Órgano del Colegio de Escribanos
de la Ciudad de Buenos Aires

Fundada el 15 de noviembre de 1897

2016

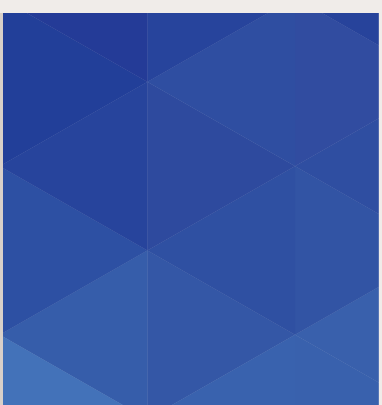
Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

Colegio de Escribanos
Ciudad de Buenos Aires

ANUARIO de la
REVISTA del NOTARIADO

2016

ANUARIO
de la REVISTA del NOTARIADO



Nº 3

ANUARIO
de la REVISTA del NOTARIADO

2016

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

Corrección y edición: Juan Pablo Álvarez y 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 y Letizia Lemme
Diseño de interior: Liliana Chouza
Todos los derechos reservados.

Consejo Directivo

Ejercicio 2015-2017

Presidente	**Carlos Ignacio Allende**
Vicepresidente	**Esteban Enrique Ángel Urresti**
Secretaria	**Rita Josefina Menéndez**
Secretario	**Santiago Joaquín Enrique Pano**
Prosecretaria	**Ana Lía Díaz Prandi**
Prosecretario	**Juan Manuel Sanclemente**
Tesorero	**Jorge Andrés De Bártolo**
Protesorera	**María Eugenia Diez**
Vocales titulares	**Eduardo Héctor Plaetsier** **Jorge Horacio Armando** **Víctor Manuel Di Capua** **Paula María Rodríguez Foster** **Mauricio Feletti** **Francisco Massarini Costa** **Silvia Impellizzeri** **Norma Haydée Padovani** **Juan Carlos Forestier** **Carlos Ignacio Benguria (h.)**
Vocales suplentes	**Tomás Pampliega** **Marta Inés Cavalcanti** **Ernesto Mario Vicente Marino** **Alejandra Graciela Vidal Bollini** **María Ivana Pacheco de Ariaux** **Ricardo Carlos Alberto Blanco**
Decano	**R. Gastón Courtial** *(Resolución Asamblea Extraordinaria del 26/9/2013)*
Presidente honorario	**Julio A. Aznárez Jáuregui †** *(Resolución Asamblea Extraordinaria del 30/9/2004)*

Este *Anuario* compila los artículos de doctrina publicados en los números 923, 924, 925 y 926, correspondientes al año 2016. Los artículos se presentan por orden alfabético de sus autores, con la indicación del número de la *Revista* en que fueron publicados. Todos los contenidos están disponibles en http://www.revista-notariado.org.ar.

Sumario

Artículos del Anuario 2016

Inhibición general de bienes y otras registraciones de carácter personal. Cesión de derechos hereditarios, por *Adriana N. Abella* | 11

Inhibición general de bienes como medida cautelar, por *María T. Acquarone* | 25

La conexidad contractual en el Código Civil y Comercial. Su aplicación en los negocios jurídicos inmobiliarios, por *María T. Acquarone* | 31

Transparencia de la contratación pública en Argentina. Armonización con la normativa prevista internacionalmente, por *María V. Bagattini* | 55

Partición de herencia. Implicancias de la Disposición técnico-registral 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, por *Sylvia V. Belatti* | 115

Una interpretación jurídica del concepto de conjuntos inmobiliarios, por *Pablo E. Bressan* y *Martha Linares de Urrutigoity* | 127

La evolución del estudio de antecedentes y el requisito de buena fe del artículo 392 del Código Civil y Comercial, por *Ezequiel Cabuli* | 149

La inhibición general de bienes y los conceptos de capacidad, legitimación, disponibilidad e ineficacia, por *José C. Carminio Castagno* | 161

Algunas omisiones en el Código Civil y Comercial, por *José C. Carminio Castagno* | 173

¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?, por *Eleonora R. Casabé* | 201

Inhibiciones, por *Ángel F. Cerávolo* | 209

Propiedad horizontal especial (countries y barrios cerrados), por *Horacio Colman Lerner* | 219

El fideicomiso inmobiliario y sus formas de celebración, o ¿escrituras para todos y todas?, por *Adrián C. Comas* | 233

Sobre el carácter vinculante de las directivas médicas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con capacidad restringida, por *María M. Córdoba*, *Natalia A. Echecury*, *Marianela R. Graizzaro* y *Romina A. Rajmil* | 245

Régimen jurídico del asentimiento en el Código Civil y Comercial. Medio de protección de la familia y del patrimonio de la comunidad matrimonial, por *Eduardo M. Cursack*, *Juan Carlos Dallaglio*, *César L. Del Zoppo*, *Liliana I. Gatti* y *María Laura Rey* | 257

El notario y el juicio de capacidad del requirente frente al Código Civil y Comercial de la Nación, por *Natalio P. Etchegaray* | 279

Registro de Actos de Última Voluntad. Presente y futuro, por *Oscar J. García Rúa* y *Alicia M. Trezza* | 287

Nuevas disposiciones del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y el Código Civil y Comercial, por *María C. Herrero de Pratesi* | 295

Las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. Intervención notarial, por *María L. Lembo* | 307

Inhibición general de bienes, por *José M. R. Orelle* | 331

Medidas cautelares. Inhibición de bienes registrables, por *Néstor O. Pérez Lozano* | 347

Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir, por *Martín Rachid* y *Pedro F. Sáenz* | 385

Inhibiciones, por *Osvaldo Solari Costa* | 409

Inexistencia del estado de propiedad horizontal. El comienzo y fin de la existencia del consorcio, su organicismo y capacidad, por *Mario G. Szmuch* | 413

La fractura del axioma "madre siempre cierta es" frente a la voluntad procreacional, por *Horacio Teitelbaum* | 447

Estatuto de disciplinamiento y capitulaciones, por *Karen M. Weiss* y *Gastón A. Zavala* | 467

Inhibición general de bienes y otras registraciones de carácter personal

Cesión de derechos hereditarios

Adriana N. Abella

RdN 923

RESUMEN

La inhibición es una medida de seguridad ordenada por el juez, que crea un obstáculo a la disposición de los bienes registrables, pero no afecta la capacidad de la persona inhibida. Es una medida cautelar con proyección registral en el ámbito de las registraciones personales. La Ley Nacional del Registro de la Propiedad Inmueble contempla otras registraciones de carácter personal que dispongan las leyes nacionales o provinciales; según la normativa de algunos registros, se anotan las cesiones de derechos hereditarios a nombre del causante. A partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial, la publicidad de la cesión de herencia respecto de terceros (otros herederos, legatarios y acreedores del cedente) se obtiene mediante la incorporación de la escritura de cesión al expediente sucesorio. Esa agregación genera los efectos propios de la oponibilidad.

Sumario: ***1.*** *Concepto.* ***2.*** *Procedencia de la inhibición.* ***3.*** *Efectos en caso de enajenación por el inhibido.* ***4.*** *Proyección en el tracto abreviado.* ***5.*** *Heredero inhibido. Venta del único inmueble legado. Posibilidad de escriturar.* ***6.*** *Otras registraciones de carácter personal. Cesión de derechos hereditarios.* ***6.1.*** *Cesión de herencia y sus efectos.* ***6.2.*** *Momento a partir del cual se producen los efectos.*

1. Concepto

La inhibición es una simple medida de seguridad, ordenada por el juez, que crea un obstáculo a la disposición de los bienes, pero no afecta la capacidad del individuo. Es un instituto prácticamente desconocido en el derecho comparado. En su acepción propia no es una medida contra la persona, como generalmente se entiende, sino una medida contra sus bienes. Por ello, no es una prohibición o interdicción personal.[1]

El artículo 228 del Código de Procedimientos Nacional (CPCCN) dice:

> En todos los casos en que habiendo lugar a embargo este no pudiere hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor, o por no cubrir éstos el importe

1. Idénticas son las disposiciones de los Códigos de Procedimiento de Capital Federal y las demás provincias.

> reclamado, podrá solicitarse contra aquél la inhibición general de vender o gravar sus bienes, la que deberá dejar sin efecto siempre que presentase a embargo bienes suficientes o diere caución bastante.

Se evidencia que el instituto nace por la inoperancia de los Registros de informar bienes de los deudores.[2]

La jurisprudencia ha resuelto que

> La inhibición es una medida de seguridad autorizada por las leyes procesales (artículo 472, Código de Procedimientos), pero no crea la incapacidad de las personas desde que es materia de derecho civil todo cuanto a capacidad se refiere, ni en el caso de que la ley provincial dispusiera la incapacidad podrá ser aplicada por los jueces obligados a dar preferencia a las leyes que el Congreso dicta (artículo 31 de la Constitución Nacional).[3]

Alsina Atienza[4] dice que, en realidad, la única diferencia que hay entre el embargo y la inhibición consiste en que aquel recae sobre bienes determinados y esta se refiere a cualquier bien inmueble que el deudor pueda tener:

> … como tal, no tiene un fin en sí mismo si no sirve a un proceso principal, que es la ejecución forzada, por tanto su existencia es provisoria, pues depende de las contingencias de aquélla.

Berizonce, Morello y Sosa[5] sostienen que

> … tratándose de los efectos de la mentada inhibición general de bienes, debe remarcarse que ella afecta la disponibilidad –venta o gravamen– de los derechos reales sobre bienes registrables que componen el patrimonio. Es decir, impide su transformación, modificación o transferencia jurídica. Comprende no solamente a los inmuebles, sino además a todos los otros bienes del deudor que cuenten con una forma específica de registración y publicidad (fondo de comercio, depósitos bancarios, automotores, prenda con registro, etc.) y pese a las dificultades prácticas que a su respecto existe para hacerla efectiva. Y es así porque la norma no alude específicamente a los inmuebles, sino a los bienes del deudor, y en tanto sea posible individualizarlos a través de las inscripciones en los registros de publicidad, no se ve porque han de limitarse sus alcances.

Sin embargo, si bien impide gravar o vender bienes registrables, en manera alguna entorpece la adquisición o la cancelación de gravámenes por el inhibido.

Para Palacio, a diferencia del embargo, que recae sobre uno o más bienes del deudor, sean muebles o inmuebles, la inhibición constituye una medida cautelar que se traduce en la interdicción de vender o gravar cualquier inmueble del que el deudor pueda ser propietario en el momento de anotarse la medida o que adquiera en lo sucesivo, pues los escribanos no pueden, sin orden judicial, otorgar escrituras traslativas de dominio o

2. Abella, Adriana N., *Derecho inmobiliario registral*, Buenos Aires, Zavalía, 2008.

3. SC Buenos Aires, 8/6/1918 (*Jurisprudencia Argentina*, t. I, p. 936).

4. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil*, t. 2, Buenos Aires, 1962, p. 289.

5. Berizonce, R. M., Morello, A. M. y Sosa, G. L., *Códigos procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, t. II-C, La Plata, Librería Editora Platense, 2ª ed., p. 918.

de constitución de derechos reales cuando surge del certificado expedido por el Registro de la Propiedad que existe anotada una inhibición respecto del titular del dominio.[6]

> … en la mayoría de los ordenamientos procesales del país, la inhibición, a diferencia del embargo, impide los actos de disposición sobre bienes registrables; en otros términos, produce una prohibición de transferir, modificar o gravar dichos bienes…[7]
>
> La inhibición general de vender y gravar bienes es una medida cautelar de carácter subsidiario, pues el mismo artículo 228 del Código Procesal determina que debe dejarse sin efecto cuando se presentan a embargo bienes suficientes o se otorga caución bastante.[8]

Podetti admite especies de inhibiciones:

a) La sustitutiva del embargo de bienes inmuebles.
   Esta es una medida cautelar preordenada o destinada a asegurar otra medida cautelar, puesto que no afecta ningún bien en particular pero permite o facilita el embargo. Por ello, solo puede coexistir con el embargo cuando este no constituye suficiente garantía.
b) La que se decreta en el concurso civil o comercial.
c) La que se decreta en los procesos por divorcio y separación de los bienes de la sociedad conyugal.
d) La que se ordena en el juicio por insania.

En el marco del artículo 30 de la Ley 17801 distinguimos entonces:

1) Las inhibiciones e interdicciones decretadas en protección del patrimonio de personas incapaces (arts. 141, 148, 152 bis y 153 CCIV; arts. 24, 31-34, 37, 48-50, 102 CCCN), de los penados (art. 12 CP), de los concursados y quebrados (arts. 14, inc. 7, y 88, inc. 2, Ley 24522), de los ausentes declarados (arts. 79-83 CCCN).
2) La inhibición general de bienes dispuesta por los jueces de conformidad con los respectivos Códigos Procesales.

Las inhibiciones ordenadas por los agentes fiscales en el marco de la Ley 11683 (texto actualizado) vulneran el principio constitucional de división de poderes, al arrogarse el Poder Ejecutivo funciones jurisdiccionales que corresponden al Poder Judicial y que lesionan las garantías constitucionales de defensa en juicio y de la propiedad (arts. 14, 17 y 18 CN). La Corte Suprema resolvió:

> 11) Que […] en su actual redacción, el art. 92 de la ley 11683 contiene una inadmisible delegación, en cabeza del Fisco Nacional, de atribuciones que hacen a la esencia de la función judicial […] el esquema diseñado en el precepto, al permitir que el agente fiscal pueda, por sí y sin necesidad de esperar siquiera la conformidad del juez, disponer embargos, inhibiciones o cualquier otra medida sobre bienes y cuentas del deudor, ha introducido una sustancial modificación del rol del magistrado en el proceso, quien pasa a ser un mero espectador que simplemente es "informado" de las medidas que una de las partes adopta sobre el pa-

6. Palacio, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 6ª ed., p. 319.

7. SC Mendoza, Sala III, 26/10/1992, "Portabella, Oscar s/ Denuncia" (*Doctrina Judicial*, t. 1993-1, p. 817).

8. CNCiv., Sala C, 18/7/1995, "Pérez Botta, José, A. c/ Coello, María" (*Doctrina Judicial*, t. 1995-1, p. 928).

> trimonio de su contraria. Tan subsidiario es el papel que la norma asigna al juez en el proceso que prevé que, para el supuesto de que el deudor no oponga excepciones, solo debe limitarse a otorgar una mera constancia de tal circunstancia para que la vía de ejecución del crédito quede expedita (art. 92, párrafo 16). 12) Que esta participación menor e irrelevante que se reserva a los jueces en los procesos de ejecución no solo violenta el principio constitucional de la división de poderes, sino que además desconoce los más elementales fundamentos del principio de la tutela judicial efectiva y de la defensa en juicio consagrados tanto en el art. 18 de la Constitución Nacional como en los Pactos internacionales incorporados con tal jerarquía en el inc. 22 de su art. 75 (confr. el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) […] 15) Que no resulta admisible que a la hora de establecer procedimientos destinados a garantizar la normal y expedita percepción de la renta pública se recurra a instrumentos que quebrantan el orden constitucional. Es que la mera conveniencia de un mecanismo para conseguir un objetivo de gobierno –por más loable que este sea– en forma alguna justifica la violación de las garantías y derechos consagrados en el texto constitucional. 16) Que […] el régimen establecido en el art. 92 de la ley 11683 –en cuanto otorga a los funcionarios del organismo recaudador la potestad de disponer y trabar unilateralmente medidas cautelares–, en la medida en que no se adecua a los principios y garantías constitucionales de la división de poderes, la defensa en juicio y la propiedad, es inconstitucional.[9]

2. Procedencia de la inhibición

Cuando los Registros Inmobiliarios no pueden informar cuáles son los bienes de una persona o estos son insuficientes, el acreedor traba una inhibición general de bienes. Al respecto, la jurisprudencia ha resuelto que

> No corresponde la inhibición general de bienes del demandado si no existe constancia alguna de que se haya acreditado la circunstancia de no conocerse bienes de su propiedad según lo dispuesto por el artículo 288 del Cód. Proc., y no habiéndose además solicitado que se trabare embargo en la diligencia de intimación de pago.[10]

3. Efectos en caso de enajenación por el inhibido

Con lo dicho, la inhibición no es una medida contra la persona sino una limitación de la facultad de enajenar o gravar ciertos bienes y, en ese sentido, ningún escribano puede autorizar actos de disposición de bienes del inhibido sin orden judicial de levantamiento total o parcial.

9. CSJN, 15/6/2010, "Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp SRL s/ Ejecución fiscal" (*La Ley*, 23/6/2010, p. 4).

10. CNCont.Adm.Fed., Sala IV, 16/11/1989, "Instituto Forestal Nacional c/ Escobar, Gustavo" (*Doctrina Judicial*, t. 1991-1, p. 744).

Si se formalizan actos de disposición de bienes de un inhibido, los efectos son distintos según los casos:

a) Si la medida cautelar fue trabada por un acreedor inhibiente a quien le interesa asegurar el cobro de su crédito, solo persigue los bienes y no la persona del deudor. En este caso, la cautelar no implica una interdicción de carácter personal. Llambías trae aquí la teoría de la inoponibilidad y declara que el acto realizado por el inhibido o el fallido es válido entre quienes lo realizan y frente a terceros, pero no es oponible al acreedor, quien queda habilitado para plantear la acción revocatoria. Alguna doctrina ha sostenido que no es necesaria la revocación de la venta cuando el comprador fue notificado de la inhibición. Siendo la inhibición, como ha quedado justificado, un embargo o una variante de este, corresponde aplicar la disposición del artículo 1174 del Código Civil. [11] El bien que dispuso el inhibido quedará ligado al proceso en el que fue trabada la inhibición y deberá proveerse a la seguridad del acreedor, tratando de que este sea informado del acto de disposición, con lo cual tendrá localizado el bien y podrá llevar adelante su ejecución a pesar de la transferencia.
b) En el supuesto de la traba de la inhibición ordenada por el juez en el proceso de incapacidad o capacidad restringida, o inhabilidad, tiene la función de anunciar la declaración judicial de una incapacidad o capacidad restringida de la persona para disponer de sus bienes según lo dispuesto en la sentencia. Esta puede determinar la necesaria autorización judicial y la intervención del curador, o de apoyos designados al efecto. [12]
c) En el concurso o la quiebra, ordenada e inscripta la inhibición, publicita la existencia de una enajenación forzosa en trámite y la desposesión de hecho de los bienes del concursado o quebrado. El acto celebrado por el inhibido es inoponible a la masa de acreedores. En razón de ello, es diferente el tratamiento a seguir en los distintos supuestos. [13]

4. Proyección en el tracto abreviado

Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Puede ejercer todas las acciones transmisibles que correspondan al causante. No obstante, a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos (art. 2337 CCCN).

La declaratoria de herederos por sí sola ni constituye derecho, ni transmite, ni declara, ni modifica derechos reales sobre inmuebles. Su valor declarativo se limita al título que acredita la vocación, el llamamiento hereditario. Todo ello sin perjuicio de

11. Nuta, Ana R., Prósperi, Fernando F. y Rotondaro, Domingo N., *Medidas cautelares y bloqueo registral*, Buenos Aires, La Rocca, 1989.

12. Los actos ejecutados en contra de la sentencia, posteriores a su inscripción, son nulos, de nulidad relativa, subsanables por confirmación.

13. Abella, Adriana N., ob. cit. (cfr. nota 2).

que debe ser considerada para el supuesto en que los herederos declarados –en conjunto– pretendiesen disponer del inmueble o bienes registrables, a los fines de preservar la continuidad del tracto.[14]

La jurisprudencia de Bahía Blanca ha dicho que

> … no cabe decretar la inhibición general de bienes contra una persona fallecida desde que si la existencia de las personas físicas termina con la muerte, tal como dicta el artículo 103 del Código Civil, no cabe la interdicción contra una persona inexistente, todo ello sin perjuicio de que sea viable el embargo de los bienes que integran el patrimonio dejado por el difunto.[15]

Advertimos que la comunidad hereditaria no se transforma en condominio por la mera inscripción de la declaratoria de herederos, que persiste hasta la partición; ni el dominio del causante queda convertido en condominio por la pluralidad de titulares originada con la apertura de la sucesión, la aceptación de la herencia y la declaración de la calidad de heredero, como ha sostenido alguna doctrina.

El Código Civil y Comercial establece en el artículo 2363 que: "La indivisión hereditaria solo cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables solo es oponible a terceros desde su inscripción en los registros respectivos".

Con lo dicho, si se inscribe la declaratoria de herederos o el testamento y el auto que lo declara formalmente válido sin la partición, se publicita una comunidad, ya que esta solo se extingue con la partición. Si enajenan todos los herederos de inmueble, se considerará un acto partitivo (art. 2374 CCCN). El acto se formaliza por tracto abreviado y se debe solicitar certificado de inhibiciones por los herederos.[16] No corresponde la enajenación o gravamen por uno o algunos de los comuneros de una parte indivisa del bien de la comunidad sin la previa partición hereditaria.[17] De realizarse el acto antes de la partición, queda sujeto a ella. Si el heredero quiere disponer de su parte en el período de la indivisión, corresponde instrumentar la cesión de herencia y, tratándose de bienes gananciales, el cónyuge supérstite debe formalizar la cesión de gananciales.[18]

14. Cfr. Zannoni, Eduardo A., *Tratado de las sucesiones*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 4ª ed., pp. 539, 565; citado también por C.Civ.yCom. San Isidro, Sala I, 8/9/1998, "S. H. s/ Suc." (*La Ley Buenos Aires*, 1999, p. 972).

15. Berizonce, R. M., Morello, A. M. y Sosa, G. L., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 924; De Lazzari, Eduardo N., *La Ley*, t. 142, p. 122.

16. Por el causante no es necesario, ya que se ha solicitado en el expediente sucesorio.

17. Ver la Disposición técnico registral 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en lo pertinente: "Artículo 1º. – Cuando se presenten a registración documentos que contengan declaratorias de herederos o testamentos sin que exista partición, sólo se tomará razón, con relación a los sucesores y –en su caso– cónyuge supérstite, de sus datos personales, sin consignarse proporción alguna. Artículo 2º. – La toma de razón de actos de enajenación sobre la totalidad de un inmueble integrante del acervo hereditario, no requiere de la partición siempre y cuando sea otorgado por todos los copartícipes declarados. Si se dispusiera de una parte indivisa, o se constituyeren gravámenes sobre todo o una parte indivisa de un inmueble integrante del acervo hereditario, se requerirá necesariamente la previa o simultánea partición de dicho bien. Artículo 3º. – La aplicación de la presente disposición operará a partir del 1° de octubre de 2016. Artículo 4º. – La publicidad de proporciones en los asientos registrales de declaratorias de herederos o testamentos, que continuará hasta la entrada en vigencia de la presente disposición, no importará cesación de la indivisión hereditaria ya que ésta sólo concluye con el otorgamiento de la partición".

18. Ver Abella, Adriana N., ob. cit. (cfr. nota 2).

5. Heredero inhibido. Venta del único inmueble legado. Posibilidad de escriturar

En una consulta a la comisión del Colegio de Escribanos,[19] se resolvió:

> Si el inhibido es uno de los dos herederos universales instituidos por el testamento y se lega el único inmueble del sucesorio con el cargo de que los herederos distribuyan el producto de su venta repartiendo una cantidad fija a unos legatarios y el resto en diversas proporciones a otros, entre los que se encuentran un hospital y otra entidad de bien público, los legatarios, para cobrar o recibir sus legados, dependen de los herederos o del albacea. Del artículo 3767 del Código Civil resulta: "El legatario no puede tomar el legado sin pedirla al heredero o albacea, encargado de cumplir los legados. Los gastos de entrega de los legados son a cargo de la sucesión". En este caso se debe pedir al juez el levantamiento de la inhibición al solo efecto de escriturar por no corresponder al inhibido ni el inmueble ni su precio de venta para cumplir el legado y formalizar la venta del inmueble.

6. Otras registraciones de carácter personal. Cesión de derechos hereditarios

De acuerdo al artículo 32, inciso b), de la Ley 17801, el registro de anotaciones personales anotará, además, la declaración de la inhibición de las personas para disponer libremente de sus bienes y toda otra registración de carácter personal. Deberá reunir dos requisitos: 1) estar dispuestas por leyes nacionales o locales y 2) incidir al mismo tiempo sobre el estado o la disponibilidad jurídica de los inmuebles.

En virtud de ello, alguna doctrina requiere la inscripción de la cesión de derechos hereditarios en los respectivos registros, según fuere el derecho transmitido, y así, si hubiere inmuebles incluidos en la cesión de herencia, la inscripción debe efectuarse en el Registro de la Propiedad Inmueble.[20] Para otra corriente de opinión, lo primordial para la publicidad y oponibilidad de la cesión de herencia es la presentación del testimonio de escritura pública en el juicio sucesorio, de carácter universal. Esta última es la opinión de los autores del anteproyecto y así lo dice el artículo 2302 del Código Civil y Comercial.

En el XI Congreso Nacional de Derecho Registral (Bariloche, 1999), el despacho de la mayoría dijo:

> La cesión de acciones y derechos hereditarios no incide sobre el estado ni sobre la disponibilidad jurídica de los inmuebles, por lo tanto no tiene vocación registral en el marco del artículo 30 inciso b) de la ley 17801. Los Registros provinciales que las anotan lo hacen como inscripciones especiales desvinculadas del Registro de Anotaciones Personales. Comprende la universalidad o una parte alícuota de los bienes que corresponde al cedente como heredero, sin consideración especial de los elementos singulares que la componen.[21]

19. Ver *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 921, pp. 516-523.

20. Ver punto 6.2. de este artículo, especialmente la recomendación aprobada en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987).

21. Despacho de minoría: "El contrato de cesión de acciones y derechos hereditarios constituye una situación jurídica registrable (art. 30 inc. b de la Ley 17801). Se trata de una registración de carácter personal en el

6.1. Cesión de herencia y sus efectos

El contrato de cesión de herencia se regula en el Título III del Libro V del Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 2302-2309). Es un contrato aleatorio. Según el artículo 2308 CCCN, las disposiciones del Título III se aplican a la cesión de derechos que corresponde a un cónyuge en la indivisión poscomunitaria que acaece por la muerte del otro cónyuge. La forma exigida es la escritura pública (arts. 1618, inc. a, y 2302, inc. b, CCCN), y el momento a partir del cual produce sus efectos se legisla en el artículo 2302.

La cesión de bienes determinados que forma parte de una herencia no se rige por las reglas del Título III del Libro V; se aplican las normas del contrato que corresponda –compraventa, permuta o donación, etc.– . Su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición (art. 2309).

En cuanto a la garantía de evicción, el contrato se rige por lo previsto en el artículo 2305, salvo cuando la cesión es entre coherederos. La acción de complemento queda neutralizada si el álea es expresada y aceptada (art. 2409).

Conviene distinguir los efectos de la cesión de derechos hereditarios respecto de los acreedores del causante y respecto de los acreedores personales del heredero. Advertimos que para el pago de las deudas del causante, los acreedores que no son titulares de garantías reales deben presentarse a la sucesión y denunciar sus créditos a fin de ser pagados, lo que determinará su declaración de legítimo abono. Los herederos pueden reconocer a los acreedores del causante o el juez emitirá la resolución (arts. 2356 y 2357). El acreedor reconocido debe ser pagado según el orden establecido en el artículo 2358. En caso de insuficiencia patrimonial para el pago a los acreedores, el Código remite en el artículo 2360 a la Ley Concursal. Los acreedores de la sucesión conservan sus acciones contra el heredero cedente. Como en toda cesión de deudas, el contrato no surte efecto respecto de ellos. Pero la doctrina es unánime en aceptar que el acreedor pueda dirigirse contra el cesionario, aunque este no acepte la asunción de las deudas que tuviera el cedente. La mejor justificación es el ejercicio de la acción subrogatoria en la que el acreedor, obrando a nombre del cedente, le reclama al cesionario las sumas correspondientes para pagar (art. 739 CCCN).[22] Todo acreedor del causante tiene a su disposición, por lo tanto, dos acciones: una contra el heredero cedente y otra contra el cesionario.[23] Elegirá para demandar a aquel de los dos que mayor seguridad de cobro le ofrezca. Si elige al heredero y no puede cobrar por insolvencia, siempre le queda la posibilidad de demandar luego al cesionario. La responsabilidad del cesionario será siempre *intra vires*.

Los acreedores personales del heredero solo tienen acción contra el cedente y una vez consumada la cesión verán disminuida su garantía al salir bienes del patri-

---

sentido de que el eje de la registración es una persona (causante). Se justifica su inclusión dentro del inciso b) del artículo 30 de la Ley 17801 pues se trata de un contrato que directa o indirectamente puede 'incidir en el estado o la disponibilidad jurídica de los inmuebles'. Idénticas consideraciones son aplicables a aquellas cesiones de derechos y acciones hereditarias celebradas entre coherederos que involucren inmuebles determinados. En la cesión de derechos y acciones hereditarias el cesionario es un sucesor particular (arts. 2160, 3263, 3322 y ccds. CC)".

22. Pérez Lasala, José L., *Tratado de sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 915.

23. Fornieles, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, t. 2, Buenos Aires, Ediar, 1960, §456 y §457.

monio de su deudor. Tendrán en sus manos el recurso de la acción pauliana, además de las medidas precautorias oportunas, si están en condiciones de trabarlas. Un caso especial referente a los acreedores personales del heredero se da cuando el cedente cae en concurso. Si la cesión ha quedado consumada antes del concurso del cedente, los bienes hereditarios no entran a formar parte de la masa. Pero si la cesión se hizo con posterioridad a la fecha en que el concurso le fue notificado al cedente, la cesión carece de validez y, por consecuencia, los bienes hereditarios entran a formar parte de la masa. Esta solución se aplica aunque el cesionario ignore la notificación del concurso del cedente.

Antes de la sanción del Código Civil y Comercial, la jurisprudencia resolvió:

> … el efecto de la cesión de herencia es que el cesionario pasa a ocupar el lugar del heredero cedente en el aspecto patrimonial, por lo tanto responde de las deudas del causante… [24]
>
> … los herederos a quienes se extienden los efectos de los contratos están legitimados para pagar las deudas del causante… [25]
>
> Respecto de terceros, el cesionario asume las deudas hereditarias y el acreedor tiene dos acciones: una contra el heredero cedente y otra contra el cesionario. [26]
>
> … la cesión de herencia no perjudica ni favorece a los acreedores del causante… [27]

6.2. Momento a partir del cual se producen los efectos

Toda vez que la cesión es un acto entre vivos, se debe fijar y conocer el momento en que dicha transmisión opera. Se ha suscitado una polémica que tiene su origen en el derecho francés y que, por extensión, se dio en el nuestro.

Para una corriente, predomina el sistema propuesto por Huc, según el cual, como por medio de la cesión se trasmite una universalidad jurídica distinta de las cosas que la componen, al no haber establecido la ley ningún requisito de oponibilidad, basta el contrato, sin ser necesario ningún acto de notificación ni de publicidad. Por lo tanto, en defensa de aquellos intereses bastaría la agregación del instrumento de la cesión en el expediente sucesorio por ser ese trámite suficiente publicidad. [28]

Colmet de Santerre considera que la cesión es una venta de cada uno de los objetos particulares comprendidos en la sucesión o de una cuota parte de cada uno de esos objetos, según la cesión comprenda toda la herencia o una cuota parte de ella. Así, la cesión es una venta de inmuebles si estos están incluidos en la sucesión, de muebles o de créditos cuando los hay. Será todo esto a la vez si el activo estuviera

24. CNCiv., Sala C, 13/12/1965, "Colluscio de Scarcella, Carmen y otros s/ Sucesión".

25. CNCiv, Sala E, 12/10/1979 (*El Derecho*, t. 85, p. 791).

26. C.Civ.yCom. Mercedes, Sala II, 14/3/1980 (*El Derecho*, t. 88, p. 457).

27. CNCiv., Sala C, 22/11/1976 (*El Derecho*, t. 72, p. 675).

28. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1975, p. 561; López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos*, t. II "Parte especial", v. 1, Buenos Aires, Zavalía, 1976, p. 865; CNCiv., Sala A, 6/2/1968 (*El Derecho*, t. 22, p. 119; *La Ley*, t. 131, p. 1095); CNCiv., Sala A, 12/5/1972 (*El Derecho*, t. 42, p. 599; *La Ley*, t. 149, p. 555); CNCiv., Sala F, 5/9/1972 (*El Derecho*, t. 45, p. 197).

formado de inmuebles, muebles y créditos y, a fin de ser oponible a terceros, deben cumplirse las formalidades establecidas para la venta de cosas de tal naturaleza. Tradición e inscripción para los inmuebles, inscripción para los automotores, tradición para los muebles, notificación para los créditos.[29]

En opinión de Salvat:[30]

> … si se tiene en cuenta la naturaleza y los efectos de la cesión de derechos hereditarios: ella opera la transmisión de la herencia como universalidad jurídica, en todo o en parte, pero al mismo tiempo sus efectos recaen sobre cada uno de los distintos bienes que la componen.

En consecuencia, deben llenarse con respecto a cada uno de ellos las formalidades que las leyes generales exigen para que los actos de enajenación o transmisión puedan ser opuestos a terceros: así, si se trata de inmuebles, será precisa la inscripción de la cesión en el Registro de la Propiedad.

Aunque con fundamentos no siempre coincidentes, concuerdan con este último criterio, en cuanto a la publicidad, Méndez Costa, Falbo, Pelosi, Cifuentes.[31]

Concluimos que la cesión produce efectos entre las partes desde el momento de su celebración, puesto que se trata de un contrato consensual. Respecto de los terceros, antes de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial, la falta de normas legales originó distintas opiniones doctrinarias y corrientes jurisprudenciales, entre las cuales se destacan:

a) No habiéndose establecido por la ley ningún requisito de oponibilidad, no es necesario acto alguno de publicidad. La cesión producirá sus efectos desde el momento en que se celebra el contrato. Este criterio, seguido en su tiempo por los tribunales de la provincia de Buenos Aires,[32] se considera hoy día abandonado.
b) Constituyendo la cesión de la herencia una acumulación de contratos relativos a cada uno de los objetos particulares que componen la herencia, la transferencia de cada uno de los bienes está sujeta a las reglas que le son propias, según su peculiar naturaleza.
c) La cesión produce efectos respecto de terceros desde la agregación de la escritura pública al expediente sucesorio. Este criterio es sostenido por un importante sector de nuestra doctrina.[33]

29. Criterio que Saignat y Baudry Lacantinerie juzgan se debe seguir y que fuera compartido por F. Laurent (*Principes de droit civil français*, t. 24, París, 1878, §478), L. Guillouard (*Traités de la vente et de l'échange*, t. 2, París, 1889, §761) y Capitant y Colin (*Cours élémentaire de droit civil français*, t. 4, París, 1930, p. 195).

30. R. Salvat (*Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, t. 1, Buenos Aires, TEA, 1957, pp. 475 y ss., ed. act. por Acuña Anzorena), antes de las últimas leyes de registro y de la reforma de 1968, se enrola en este segundo sistema.

31. Ver CNCiv., Sala C, 22/11/1976 (*El Derecho*, t. 72 p. 675; *Repertorio La Ley*, t. XXXVII, A-I, p. 122, sumario nº 30); en esta oportunidad, Alterini y Belluscio entendieron innecesario pronunciarse sobre el tema dado que se trataba de acreedores de la causante; CNCiv., Sala D, 5/5/1970 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1971-11, p. 396; *La Ley*, t. 146, p. 670), voto de Cichero; CNCiv., Sala D, 7/8/1973 (*El Derecho*, t. 52, p. 138).

32. *La Ley*, t. 11, p. 205; t. 21, p. 792; t. 17, p. 667; t. 10, p. 1011; citados por Borda, Guillermo A., ob. cit. (cfr. nota 28), §763.

33. Ver Lafaille, Héctor, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, 1945, §380; Fornieles, Salvador, ob. cit. (cfr. nota 23), §466, Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, Buenos Aires, 1994, 7ª ed., §763.

d) La oponibilidad se produce por la registración de la cesión de derechos hereditarios en el Registro de la Propiedad. Por ello, los procedimientos que, en materia de cesión de derechos hereditarios, aplicaron algunos registros de la propiedad del país. Advertimos las profundas diferencias entre uno y otro y que la anotación del contrato alienta expectativas con relación al inmueble que no pueden ser satisfechas.

El 24 de diciembre de 1979, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, resolvió que "para que la cesión de derechos hereditarios que comprende cosas inmuebles sea oponible a terceros interesados, debe ser anotada en el Registro de la Propiedad".[34] A poco de la resolución plenaria, fue derogada la Ley 17417 y el Decreto PEN 2080/1980 estableció en su artículo 104 que la cesión de derechos hereditarios debe ser inscripta simultáneamente con la declaratoria de herederos; en consecuencia, al desaparecer el registro de anotaciones especiales, era imposible cumplir con el plenario "Díscoli". Con el Decreto PEN 466/1999, que reformó el Decreto 2080/1980 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se instauró nuevamente el registro de cesiones de derechos y acciones hereditarios a nombre del causante.

En la provincia de Buenos Aires, el Decreto 987/1990 regula la inscripción de la cesión de derechos hereditarios. No obstante, si se presenta el cesionario en el juicio sucesorio, rige la prioridad a su favor frente al acreedor del cedente que no tomó medidas en el expediente. El acreedor del heredero que embarga la alícuota de este tiene prioridad sobre el cesionario si la traba de la medida es anterior a la presentación de la escritura en el expediente sucesorio, aunque la cesión fuera de fecha anterior.

El cesionario mantendrá la prioridad frente al acreedor que anote una inhibición general de bienes desde el momento de otorgarse la respectiva escritura pública, porque la inhibición solo surte sus efectos desde la anotación en el Registro. Si el acto de transmisión se hubiere hecho ante oficial público con anterioridad a la anotación, adecuándose a las formalidades de la legislación general, será ineficaz la medida cautelar respecto de dicho acto.[35]

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires resolvió:

> Es válida la inscripción de un bien inmueble hecha en el Registro de la Propiedad Inmueble por el cesionario de la herencia con posterioridad a la fecha de inhibición general decretada contra la cedente si la cesión fue hecha con anterioridad a la toma de la inhibición.[36]

La Corte de Justicia de Mendoza resolvió:

> La cesión de derechos hereditarios produce efectos respecto de terceros desde la agregación del testimonio de la escritura respectiva al juicio sucesorio, quedando a salvo los derechos trasmitidos a título oneroso sobre bienes singulares a terceros de buena fe. El acreedor del heredero que embarga la alícuota de este tiene prioridad sobre el cesionario si la traba de la medida es anterior a la pre-

34. CNCiv., en pleno, 24/12/1979, "Díscoli, Alberto T. s/ Sucesión" (*La Ley*, t. 1980-A, p. 327).

35. Berizonce, R. M., Morello, A. M. y Sosa, G. L., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 918.

36. SC Buenos Aires (*Jurisprudencia Argentina*, t. 53), citado por Berizonce, R. M., Morello, A. M. y Sosa, G. L., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 926.

> sentación de escritura en el expediente sucesorio, aunque la cesión fuera de fecha anterior.[37]

Asimismo, se ha resuelto:

> 1. Resulta improcedente el embargo pedido por el ex letrado de los herederos respecto de la porción indivisa del inmueble que fuera cedido por aquellos, pues el convenio de honorarios cuya ejecución se pretende no resulta oponible a los cesionarios conforme a lo establecido en el artículo 1195 del Código Civil. 2. Ante el desconocimiento de bienes de titularidad de los herederos, y a fin de resguardar el crédito que surge de un convenio de honorarios celebrado entre aquellos y su ex letrado, debe disponerse su inhibición general de bienes. [Del voto en disidencia del Dr. Bellucci].[38]
>
> Los embargos trabados sobre bienes de una cesión de derechos hereditarios no pueden ser opuestos al cesionario si fueron posteriores a la presentación en el sucesorio del instrumento de la cesión.[39]
>
> Corresponde admitir el pedido de levantamiento del embargo trabado sobre la cuota parte del acervo sucesorio que le correspondía al demandado si este cedió a su hermano todos sus derechos hereditarios y la escritura en la cual se instrumentó dicha cesión fue inscripta en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la traba del embargo, así como también fue anterior a esa fecha la presentación de ese instrumento en el sucesorio.[40]
>
> Encontrándose inscripta la cesión de acciones y derechos hereditarios a favor de los coherederos de la otorgante, en la sección especial del registro de la Propiedad Inmueble con anterioridad al embargo trabado sobre los derechos que poseía la otorgante en el sucesorio, resulta oponible al tercer acreedor embargante.[41]
>
> La publicidad de la cesión –en base a la fecha de incorporación del instrumento de cesión hereditaria al expediente del sucesorio– es necesaria para que tenga eficacia frente a terceros, debido a la característica específica de la cesión de derechos hereditarios como acto de disposición de una universalidad jurídica y la necesidad de reglas legales uniformes que garanticen las seguridad jurídica.[42]

En las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987) se aprobó una recomendación mayoritaria de *lege lata* en la comisión nº 6 "Cesión de derechos hereditarios", en el sentido de que

37. Ver SC Mendoza, Sala I, 1/12/1998, "Dolce, María C. y otro c/ Martínez Croizer, Silvia" (*La Ley*, t. 2000-A, p. 577, 42.363-S; *La Ley Gran Cuyo*, t. 1999, p. 79; *El Derecho*, t. 184, p. 110). En igual sentido: C.Civ.yCom. San Isidro, Sala I, 29/12/1998, "Desvard, Gabriel c/ Sucesión ab intestato" (*El Derecho*, t. 183, p. 278). La cesión de derechos hereditarios es oponible a terceros a partir del momento en que se adjunta al expediente la copia de la escritura de cesión y, por lo tanto, es este el momento que debe tenerse en cuenta para determinar la preferencia de los derechos del acreedor embargante. Ver Guastavino, Elías P., "Oponibilidad de la cesión de herencia anterior a la declaratoria de herederos", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1988-B, pp. 340 y ss.

38. CNCiv., Sala G, 2/5/2008, "Caracciolo, Juan Carlos" (*La Ley*, 12/8/2008, p. 7, sumarios 1 y 2).

39. CNCiv., Sala A, 4/4/1967 (*El Derecho*, t. 18, p. 738).

40. CNCom., Sala C, 24/4/2009, "Aveiro, Hugo Daniel c/ Italcorrugado SA" (*La Ley*, 14/7/2009, sumario nº 1).

41. C.Civ.yCom. 1ª San Nicolás, 22/11/2007, "Herrero, Ángel y Gattelet, Lilia Josefina" (*La Ley Buenos Aires*, 2008, p. 114, sumario nº 1).

42. C.Civ.Com. y Garantías en lo Penal de Necochea, 10/9/2002, "Montenegro, Elvira N. c/ Aggio, Héctor E." (*La Ley Buenos Aires*, 2003, p. 94, sumario nº 2).

> … el contrato de cesión de derechos hereditarios es aquel por el cual el cedente transmite al cesionario la universalidad jurídica –herencia– o una cuota de ella, sin consideración especial de los elementos singulares que la componen.

En la XXXIV Jornada Notarial Bonaerense (San Nicolás, 2005) el despacho en el tema IV expresó:

> 4) La cesión de acciones y derechos hereditarios es el documento notarial idóneo para la transmisión de estos durante la vigencia de la comunidad hereditaria, con prescindencia de la inscripción de la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento. En consecuencia, es necesario que los Registros de la Propiedad adecuen sus disposiciones en tal sentido. 5) Existen dos formas de publicitar la cesión de acciones y derechos hereditarios: a) su inscripción registral; y b) su agregación por las partes al expediente sucesorio. […] 9) Se ratifica el despacho de la XXVIII Jornada Notarial Bonaerense en cuanto "Se admite la llamada cesión de derechos y acciones hereditarios sobre bien determinado, como cesión parcial sobre la universalidad, limitado al valor del bien. Hecha por todos los herederos antes de la declaratoria de herederos constituye una partición parcial, teniendo plenos efectos como adjudicación a partir de la misma".

El Código Civil y Comercial de la Nación establece en el artículo 2302, respecto del momento a partir del cual produce efectos: "La cesión del derecho a una herencia ya deferida o a una parte indivisa de ella tiene efectos: a) entre los contratantes, desde su celebración; b) respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio; c) respecto al deudor de un crédito de la herencia, desde que se le notifica la cesión". En consecuencia, la publicidad respecto a terceros –otros herederos, legatarios y acreedores del cedente– se obtiene mediante la incorporación de la escritura de cesión al expediente sucesorio, y esa agregación genera los efectos propios de la oponibilidad.

Inhibición general de bienes como medida cautelar

María T. Acquarone

RdN 923

RESUMEN

La inhibición general de bienes es una medida cautelar que produce una interdicción de vender o gravar genéricamente cualquier cosa mueble o inmueble registrable de la que el deudor pueda ser propietario en el momento de anotarse la medida o que adquiera con posterioridad, en una determinada jurisdicción y donde la medida se ha publicitado registralmente. Afecta exclusivamente el patrimonio de las personas inhibidas y con los alcances que le otorga el ordenamiento procesal. La inhibición no es una medida contra la persona, por lo que no afecta su capacidad. Es una limitación de la facultad de disponer de ciertos bienes.

Sumario: ***1.*** *Concepto. Alcances.* ***2.*** *Efectos.* ***3.*** *Conclusiones.*

1. Concepto. Alcances

En el concepto de la inhibición general de bienes juega un rol importante su denominación. Inhibir significa literalmente no permitir que se haga algo, coartar, abstenerse; por lo tanto, una inhibición general de bienes significaría, desde el punto de vista literal, que no se puede efectuar ningún acto de disposición de ningún bien, material o inmaterial. Ello es lo que origina la primera confusión que nos conduce a desentrañar el significado desde su naturaleza.

De acuerdo con la interpretación de los autores y la jurisprudencia, "la inhibición general de bienes es una medida cautelar que impide genéricamente gravar o enajenar bienes registrables"[1]. Asimismo, tiene por objeto

> … asegurar el resultado de la ejecución forzada. Es una medida precautoria que afecta la disponibilidad de derechos reales, genéricamente, sin recaer, como el embargo, en uno o más de ellos…[2]

1. Cám. Civ. Com. de Concordia, 3/6/1997, "Banco Río de la Plata c/ Modernell de Etchart, Teresita" (*Zeus*, t. 75, p. J-408), citado por Eguren, María C., "Reseñas de jurisprudencia", en Peyrano, J. W. (dir.) y Eguren, M. C. (coord.), *Medidas cautelares*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 220.

2. Cám. Civ. Com. de Santa Fe, Sala III, 28/5/1993, "Hug, Aldo A. y otro c/ Gorla, Carlos S. y otro s/ Juicio ordinario. Incidente impugnación de liquidación promovido por el demandado" (*Zeus*, t. 63, R.9), en Eguren, María C., ob. cit. (cfr. nota 1).

Por su parte, la definición del artículo 228 del Código de Procedimientos Nacional dice:

> En todos los casos en que habiendo lugar a embargo éste no pudiere hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor o por no cubrir estos el importe del crédito reclamado, podrá solicitarse contra aquel la inhibición general de vender o gravar sus bienes, la que deberá dejar sin efecto siempre que presentase a embargo bienes suficientes o diere caución bastante.

De allí, se podría ajustar el concepto a la medida cautelar que produce una interdicción de vender o gravar genéricamente cualquier cosa mueble o inmueble, registrable, de la que el deudor pueda ser propietario en el momento de anotarse la medida o que adquiera con posterioridad, en una determinada jurisdicción y donde la medida se ha publicitado registralmente.

Es una medida cautelar subsidiaria del embargo, que solamente procede cuando no se le conocen bienes al deudor o estos resultan insuficientes para cubrir el crédito reclamado. Se trata de una medida precautoria de carácter general. En este concepto coinciden todos los autores.[3] Sin embargo, volvemos al panorama confuso cuando vemos que la medida puede trabarse no solo cuando no se le conocen bienes al deudor, sino también cuando, conociéndolos, no constituyen suficiente garantía y en otros supuestos, como puede ser el de la que se ordena en el juicio por insania (arts. 629, 631 y 637 CPCCN) o como consecuencia de la apertura del acuerdo preventivo (art. 14 inc. 7 Ley 24522 de Concursos y Quiebras):

> … el juez debe dictar resolución que disponga: […] 7) La inhibición general para disponer y gravar bienes registrables del deudor y, en su caso, los de los socios ilimitadamente responsables, debiendo ser anotadas en los registros pertinentes.

En estos últimos supuestos podríamos decir que, si bien afecta los bienes registrables en la jurisdicción y en el Registro donde se hubiera registrado la medida, en realidad se va a referir a la disposición de todos los bienes y derechos, ya que estamos refiriéndonos a la imposibilidad de disponer de un insano. No obstante, la incapacidad de obrar surge de la insania, no de haber trabado la medida y, consecuentemente, la disposición que hagan los insanos será nula por falta de capacidad y no por tener registrada una inhibición general de bienes. Lo mismo ocurre con la interdicción que proviene de la apertura del concurso: es la disposición que origina la medida que el juez adopta la que impide la disposición de todo tipo de bien o derecho.

Los jueces han hecho uso de esta medida en el ámbito del proceso de divorcio, en el que se ha dicho que

> … no es procedente el levantamiento de la inhibición general de bienes mientras no se liquide la sociedad conyugal, pues los fines de ella se asemejan más a la que debe decretarse en los procesos concursales que a la común, ya que tiende a garantizar los derechos del cónyuge que la solicitó hasta que la liquidación se produzca…[4]

3. Ver Díaz Solimine, Omar L., *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

4. CNCiv., Sala H, 11/3/2002 (*elDial.com*, AEI8BC), citado por Ponce, Carlos R. [comentario al art. 228], en Highton, Elena I. y Areán, Beatriz A. (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial,* t. 4, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 549.

Coincidimos con Orelle[5] en cuanto a que

> … la incidencia de la causa es de intensa relevancia en el tema en estudio: la naturaleza de la causa de la inhibición es la que delimita los efectos de la misma y por ello es que son diferentes según sea dicha causa.

Cabe agregar que el efecto no es el de la medida, sino el resultado de la causa por la cual se trabó.

La inhibición general de bienes, como medida cautelar, recién produce sus efectos a partir de su inscripción en el registro pertinente. La Ley 17801 regula estas inscripciones en su artículo 30, distinguiendo:

1) Las inhibiciones e interdicciones decretadas en protección del patrimonio de personas incapaces (arts. 34 y cc. CCCN) y de los penados (art. 12 CP); de los concursados y quebrados (arts. 14 inc. 7 y 88 inc. 2 Ley 24522); de los ausentes declarados (arts. 85 y ss. CCCN)
2) La inhibición general de bienes dispuesta por los jueces, de conformidad con los respectivos códigos procesales.

No tiene otro alcance que impedir la disposición de los bienes en cuyo registro se haya inscripto la medida, ya que su carácter cautelar surge de una medida procesal en un determinado juicio. Esto se deduce de la necesidad de la publicidad registral. La medida debe registrarse y es en el ámbito de ese registro donde su publicidad alcanza efectos sustanciales.

Habría que analizar los términos de la llamada "inhibición general de bienes" que notifica la Unidad de Información Financiera cuando informa a los escribanos de la medida sobre determinadas personas, ya que si bien la medida es tomada en un proceso judicial, lo es en una determinada jurisdicción, fuera de la cual se podría estar efectuando la transferencia de un bien registrable. No tiene efectos si no está debidamente inscripta en los registros, pero los llamados sujetos obligados han sido anoticiados de ella. Entendemos que no es operativa con respecto a la restricción a la disposición en las jurisdicciones donde no está inscripta en los Registros de bienes registrables.

2. Efectos

Afecta exclusivamente el patrimonio de las personas inhibidas y con los alcances que le otorga el ordenamiento procesal. La inhibición no es una medida contra la persona, por lo que no afecta su capacidad. Es una limitación de la facultad de disponer de ciertos bienes. En razón de ello, se ha dicho que el sujeto inhibido tendría una falta de legitimación para actuar, ya que no va en desmedro de su capacidad de actuar sino de la concreta realización de un determinado acto. Sin duda, la persona inhibida tiene una restricción para la realización de los actos de disposición o gravamen sobre bienes registrables. En determinados casos, esta situación se tratará de falta de legitimación, ya que, siguiendo las enseñanzas de Betti,[6] el orden jurídico puede exi-

5. Ver Orelle, José M., "Inhibición general de bienes", en *Revista del Notariado*, Nº 923, 2016. [N. del E.: ver en este *Anuario*, pp. 331-345].

6. Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959, 2ª ed., §27b, p. 177, citado por Cerávolo, Ángel F., "Inhibiciones", en *Revista del Notariado*, Nº 923, 2016. [N. del E.: ver en este *Anuario*, pp. 209-218].

gir que los elementos constitutivos del negocio (forma, contenido, causa) sean configurados de determinada manera o, de otro modo, disponer que el negocio

> … no despliegue eficacia si no le acompañan ciertas circunstancias que, si bien son extrínsecas al negocio en sí considerado, se integran en el seno de una compleja situación de hecho (inicial) de la que forman parte y en la que el negocio se inserta.

Sin embargo, en relación con los efectos que produciría el acto realizado en infracción de la medida cautelar trabada, nos atenemos a la causa que originó la medida que la ordenó, ya que, según se trate de una protección para el acreedor que no conoce bienes del deudor o un juicio de insania o restricción a la capacidad de obrar, o de un concurso o quiebra, o cualquier cuestión que a criterio del juez que la ordenó, resultará o ineficaz o nulo según se trate de su origen. Por lo tanto, no se puede concluir que el sujeto tendrá siempre falta de legitimación, sino en determinadas oportunidades en las que se den los demás requisitos que la doctrina de la eficacia de los actos jurídicos desarrolla.

No siempre faltará eficacia en el acto y en este sentido compartimos la opinión vertida por Abella[7] en el sentido de que si se formalizaran actos de disposición de bienes de un inhibido, los efectos son distintos según los casos:

> a) Si la medida cautelar fue trabada por un acreedor inhibiente a quien le interesa asegurar el cobro de su crédito, solo persigue los bienes y no la persona del deudor. En este caso, la cautelar no implica una interdicción de carácter personal.[8]

La mayoría de los autores sostiene la inoponibilidad del acto realizado en perjuicio del acreedor que trabó la medida y declara que el acto realizado por el inhibido o el fallido sería válido entre quienes lo realizaron y frente a terceros, pero no es oponible al acreedor, quien queda habilitado para plantear la acción revocatoria.[9] Abella destaca que "alguna doctrina ha sostenido que no es necesaria la revocación de la venta cuando el comprador fue notificado de la inhibición", pero creemos que se impone en todos los casos la inoponibilidad al acreedor que trabó la medida. Como hemos sostenido, el efecto final de la medida procesal debidamente publicitada dependerá de la causa por la cual se ha realizado.

> … el bien que dispuso el inhibido quedará ligado al proceso en el que fue trabada la inhibición y deberá proveerse a la seguridad del acreedor, tratando de que este sea informado del acto de disposición, con lo cual tendrá localizado el bien y podrá llevar adelante su ejecución a pesar de la transferencia.
> b) En el supuesto de la traba de la inhibición ordenada por el juez en el proceso de incapacidad o capacidad restringida, o inhabilidad, tiene la función de anunciar la declaración judicial de una incapacidad o capacidad restringida de la persona para disponer de sus bienes según lo dispuesto en la sentencia. Esta puede determinar la necesaria autorización judicial y la intervención del curador, o de apoyos designados al efecto.

7. Abella, Adriana N., "Inhibición general de bienes y otras registraciones de carácter personal. Cesión de derechos hereditarios", en *Revista del Notariado*, Nº 923, 2016. [N. del E.: ver en este *Anuario*, pp. 11-23].

8. Ibídem.

9. Ibídem.

c) En el concurso o la quiebra, la inhibición publicita la existencia de una enajenación forzosa en trámite y ordenada e inscripta la desposesión de hecho de los bienes del concursado o quebrado. El acto celebrado por el inhibido es inoponible a la masa de acreedores. En razón de ello, es diferente el tratamiento a seguir en los distintos supuestos. [10]

3. Conclusiones

- La medida cautelar se configura con su inscripción registral y responde a una causa que dio origen a la orden emanada del juez que la dictó.
- Se refiere únicamente a la disposición de los bienes registrables correspondientes al Registro de los bienes que la publicitó.
- A los efectos de dar publicidad-noticia, se requiere en algunas circunstancias el informe sobre si una persona tiene anotada la medida cautelar en los Registros de bienes, pero dicho informe no produce efecto sustantivos respecto de la restricción de su transferencia o gravamen.

10. Ibídem.

La conexidad contractual en el Código Civil y Comercial

Su aplicación en los negocios jurídicos inmobiliarios

María T. Acquarone

RdN 924

RESUMEN

El objetivo de este trabajo consiste en profundizar el estudio de la conexidad contractual en el negocio inmobiliario, el cual debe propender a brindar beneficios económicos para que revista interés para los inversores, y ello comprende diversas situaciones que deben ser analizadas por el jurista; las ganancias o eventuales pérdidas se relacionan directamente con la estructuración jurídica y las garantías de la inversión. Se desarrollan en este artículo los conceptos de negocio jurídico, de contrato y sus funciones dentro de la "clasificación funcional", y de conexidad contractual en el Código Civil y Comercial. Se ven las normas de interpretación de los contratos atípicos. Se analizan las distintas etapas del emprendimiento inmobiliario y las partes intervinientes y se profundiza sobre los diferentes contratos mediante los cuales se desarrollan los negocios de la construcción.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***1.2.*** *Concepto de negocio jurídico. Formas y contenido. El contrato como medio para la concreción del negocio.* ***2.*** *La normativa contractual en la sistemática del Código Civil y Comercial.* ***3.*** *Clasificación de los contratos.* ***3.1.*** *Normas de interpretación de los contratos atípicos.* ***4.*** *La conexidad contractual. Su realidad jurídica y económica.* ***4.1.*** *El negocio jurídico completo y su influencia para una revisión del principio del efecto relativo en los contratos. Antecedentes en el derecho comparado.* ***5.*** *Realidad en materia inmobiliaria. Emprendimientos inmobiliarios y etapas. Partes intervinientes. Grupos de interés.* ***5.1.*** *Introducción a las formas actuales de contratación inmobiliaria.* ***5.2.*** *Implementación en el emprendimiento inmobiliario.* ***5.3.*** *Red de contratos en el negocio de la construcción.* ***6.*** *Normativa del Código Civil y Comercial. Contratos conexos.*

1. Introducción

El emprendimiento inmobiliario, tomado integralmente, ofrece una interesante perspectiva para su estudio. Es así porque el análisis de un negocio desde su inicio hasta su conclusión, considerado globalmente, exige la observación en conjunto de las diversas etapas que lo conforman. Desde el inversor hasta el consumidor, mediante el

realizador del emprendimiento, se produce una secuencia en la que observamos el fenómeno de la conexidad.

En esta oportunidad, nuestro desarrollo consistirá en profundizar el estudio de dicha conexidad y analizar el negocio como tal, para que al empresario le resulte redituable, los inversores obtengan ganancias en el negocio y el consumidor logre su objetivo. Hemos sostenido que los emprendimientos inmobiliarios como negocios deben propender a brindar beneficios económicos a fin de que revistan interés para los inversores, lo que comprende diversas situaciones que deben ser analizadas por el jurista; el margen de ganancias o la consideración de eventuales pérdidas se relaciona directamente con la estructuración jurídica y las garantías de la inversión. Así, el hecho de que la inversión que pueda obtenerse de un tercero, y aun del propio empresario que va a llevar adelante el emprendimiento, tenga un margen de seguridad va a tener como consecuencia un mayor flujo de dinero y una tasa de interés menor.

A su vez, el análisis de las distintas formas de encarar el negocio de la construcción y la viabilidad de la financiación se relacionan directamente con las garantías de la misma. El hecho de que el negocio se realice sobre la base de un inmueble al que se le agrega cierto valor y que lo que se pretenda comercializar también sea un inmueble le da una cierta especialización al tema a tratar; por ello nos referimos a los emprendimientos inmobiliarios.[1]

1.2. Concepto de negocio jurídico. Formas y contenido. El contrato como medio para la concreción del negocio

Según Betti,[2] la consideración que el derecho hace de un comportamiento del hombre como acto jurídico consiste en reconocerle trascendencia jurídica, basándose en una valoración de la conciencia que regularmente lo acompaña y de la voluntad que normalmente lo determina. Frente al comportamiento humano, el orden jurídico puede, respondiendo a varias exigencias, sentir la necesidad de tomar posición ponderándolo. A diferencia de la moral, el derecho solo se propone resolver un círculo limitado de problemas, por lo cual selecciona los actos humanos para darles trascendencia, convirtiéndolos en actos jurídicos.

Según la naturaleza y la especie de las declaraciones, los actos jurídicos se clasifican en diversas formas y si la circulación de los bienes y servicios, como el desarrollo de las relaciones entre individuos, representa una exigencia vital en toda sociedad, el derecho debe responder a esa exigencia. Se le asigna en este supuesto un contenido dinámico que hace posible una constante renovación y le reconoce a la autonomía privada la potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, que es presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas. Constituye una regulación directa, individual, concreta, de determinados intereses propios de los mismos interesados.

El principio de la autodeterminación de la persona fundamenta la libertad de las partes referida a la configuración de sus relaciones jurídicas particulares dentro de un marco de posibilidades que el sistema jurídico permite. En nuestro sistema,

1. Acquarone, María T., *Los emprendimientos inmobiliarios. Marco jurídico y normativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.

2. Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959, p. 12.

los actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato crear, modificar, transferir o aniquilar derechos expresados por dos o más personas son actos jurídicos bilaterales, en los que, si la declaración de voluntad es común y tiene por objeto la autorregulación de sus intereses, se configuran contratos. No hay en el derecho argentino, a diferencia de otros sistemas, una categoría especial denominada "negocio jurídico" y hay coincidencia en que esta se refiere a actos jurídicos bilaterales. Este principio general, que constituye la base conceptual del contrato y del negocio jurídico según las actuales concepciones doctrinarias, sufre una crisis, ya que el mercado presenta asimetrías en las posiciones de quienes contratan. El elemento central y propiamente característico del negocio jurídico es el contenido de la declaración o del comportamiento, que es recogido por el derecho cuando este comportamiento ofrece un contenido preceptivo en orden a una materia y respecto de un contenido específico.

Las partes autorregulan sus intereses con amplia libertad en el contrato, que reconoce los límites que le impone el sistema jurídico. El principio por el cual se protege a la parte más "débil" en la contratación parece afectar la libertad contractual. Así se ha desarrollado, en la interpretación de nuestro sistema jurídico, el principio basado en la protección a la parte débil en la contratación, que se sustenta en el estatuto de la persona. La aplicación del principio protectorio, dice Lorenzetti, es una cuestión compleja y debe ser analizada como un conjunto de variables de corto y mediano plazo.[3]

Para la interpretación del contrato, expresa este autor, se pueden utilizar dos pares de modelos: el formalista-realista, que refleja la discusión sobre si hay que atenerse solamente a la voluntad de las partes o a otros criterios para interpretar un contrato, o el individualista-paternalista, que expresa el debate sobre la intervención en el contrato principalmente en protección de las partes débiles. La regla general es que la autonomía de la voluntad es un valor jurídico y una posición jurídica de rango constitucional que comprende dos aspectos: la libertad de celebrar un contrato y la de configurar su contenido. Esta voluntad libremente expresada, con los límites que impone el orden público, funda la fuerza vinculante del consentimiento como causa de la obligación contractual. Cuando se utilizan varios contratos como instrumentos para alcanzar una operación económica que les da sentido y unidad, hay una finalidad "supracontractual" que permite tener algunas reglas para la interpretación conforme a esa finalidad.

Otro de los principios desarrollados por la doctrina clásica, y que también configura un supuesto de autonomía de la voluntad, es el efecto relativo de los contratos, que enuncia que solo se obliga con fuerza vinculante aquel que prestó su consentimiento para la autorregulación de los intereses propios. Este principio también está hoy cuestionado por la tesis de los contratos conexos, ya que aun cuando las partes no hayan expresado su consentimiento pueden quedar relacionadas en los contratos conexos mediante la traslación de efectos tradicionalmente inoponibles, como la nulidad, la resolución, la suspensión del cumplimiento, la existencia de obligaciones colaterales. Se dice que el contrato ha ensanchado su contenido[4] y no se analiza aisladamente, ya que normalmente no se encuentra solo sino vinculado con otros, formando conjuntos de productos y servicios de donde surge la operación económi-

3. Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 142.

4. Ídem, p. 201.

ca que se vale de varios contratos como instrumentos para su realización formando "redes contractuales". Ello lleva al análisis de los grupos de contratos para ver la configuración en sistemas con finalidades supracontractuales, en donde se estudian la perspectiva interna que analiza las relaciones entre las partes, el objeto como operación que involucra varios contratos, el nexo asociativo y la perspectiva externa que analiza los efectos del conjunto frente a los terceros.

Este fenómeno que se relaciona con la conexidad comprende el estudio de todas aquellas relaciones en las que los contratos son instrumentos para la realización de una operación económica.

> Habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto o en las bases del negocio.[5]

La implementación de todos estos elementos se realiza a través de las herramientas que brinda el derecho privado, donde se tendrán en cuenta las normas imperativas que son propias de los derechos reales y el margen de posibilidades que brindan las convenciones de las partes.

Requisitos para que haya conexidad: a) pluralidad, b) autonomía, c) vinculación, d) finalidad económica común, e) esquema previo de origen contractual o legal. El artículo 1075 del Código Civil y Comercial (CCCN) reglamenta los efectos en que, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial, o defectuoso aun frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

2. La normativa contractual en la sistemática del Código Civil y Comercial

En el derogado Código Civil (CCIV), el codificador argentino adoptó como concepto de contrato aquel acuerdo de voluntades apto para la realización de actividades económicas, ya que, a la definición del artículo 1137 CCIV, la doctrina había agregado el concepto de los artículos 1168 y 1169, que le da contenido patrimonial al acuerdo.[6] En la definición, se adoptó una concepción más amplia que la de su fuente, el Código Civil francés, ya que en el mencionado artículo 1137 se define el contrato como todo acuerdo de voluntades que esté destinado a reglar derechos. Esta amplia definición abarcaba lo que en el sistema francés era el concepto de "convención" y de "contrato"; sirve para la finalidad que estudiamos, ya que en el Código Civil francés el

5. Conclusiones de la Comisión nº 3 "Contratos. Contratos conexos" de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999). Ver Leiva Fernández, Luis F. P., [comentarios a los arts. 1073-1075], en Alterini, J. H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 643-655 (ver especialmente las citas de Galgano, Francesco, *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 114-116).

6. Videla Escalada, Federico N., "Visión general del contrato", en *Contratos*, t. 1, Buenos Aires, Zavalía, 1973, pp. 9-96.

contrato se define como el acuerdo de voluntades que está destinado a crear derechos y no comprende los acuerdos que están destinados a crear, transferir o extinguir derechos, que serían las convenciones. En ambos sistemas, la norma responde a la misma idea liberal, y es que a través de las convenciones se pueden formular todo tipo de acuerdos, pero, al poder utilizar el contrato en el sentido amplio, se admite mayor flexibilidad para su utilización en materia de negocios.

El CCCN define el contrato en el artículo 957 y establece que es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, lo que, según opinión de Alterini[7], implica una mejora respecto del CCIV en que se relaciona al contrato con el acto jurídico, se sustituye la palabra *persona* por *partes*, se destaca el consentimiento como elemento volitivo sustancial e inserta a esta en el campo patrimonial. Es un acto jurídico y bilateral, y excluye por tanto al acto jurídico unilateral.

3. Clasificación de los contratos

El contrato tiene una doble función socialmente trascendente, ya que es la causa objetiva o la finalidad económica-social del negocio y una finalidad individual que se puede categorizar por grupos, la llamada "clasificación funcional" en la doctrina. Esta ha agrupado a los contratos en las distintas clasificaciones, lo que constituye una tarea facilitada, delimitadora y de programación.

Según un sector de la doctrina,[8] los contratos podrían clasificarse según las distintas funciones en:

- De transferencia en el uso
- Financieros
- De garantía
- De cambio
- De custodia
- De colaboración (gestoría, asociativa, en redes)
- De previsión
- De gratuidad
- De extinción

También debemos acudir a otra clasificación importante de los contratos: la de contratos típicos y atípicos, también llamados nominados e innominados.[9] Es que, tomando la idea de la amplitud de posibilidades que dan los acuerdos de voluntad dentro de nuestro sistema, debemos recordar que esos acuerdos pueden estar previstos y legislados o no estarlo.

Los negocios que puedan aparecer y que no estén previstos en la legislación o que por algún motivo no se concreten en leyes positivas serán contratos atípicos. Estos contratos deben autorregularse, por lo que en su redacción se deben prever todas

7. Alterini, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 8.

8. Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010 (ed. act. y ampl.).

9. Leiva Fernández, Luis F., [comentario al art. 970], en Alterini, Jorge H. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 92-94.

las situaciones posibles, ya que cualquier vicisitud que no esté prevista en el propio contrato no tiene norma supletoria por la cual regirse. El negocio estructurado a través de las cláusulas del contrato es la única pauta para la interpretación de la voluntad de las partes que lo conformaron. Aun así, esta tarea no es tan sencilla, porque siempre puede haber alguna vicisitud que no haya sido prevista; por ello, la doctrina ha elaborado pautas con una posible integración con la normativa existente.

3.1. Normas de interpretación de los contratos atípicos

Por una parte, se dice que los contratos atípicos, es decir, sin regulación, pueden ser contratos atípicos puros o atípicos mixtos. En este último caso, se pueden aplicar las siguientes reglas:

- *Absorción*: La interpretación se realiza en función del contrato más importante.
- *Extensión analógica*: Para la interpretación se busca el contrato que resulte más afín según la finalidad que persiguen las partes y se busca la norma regulatoria de ese contrato.
- *Combinación*: Cuando del contrato en su totalidad no surge un contrato afín, el contrato se desmenuza en sus obligaciones y se busca la interpretación más acorde con la obligación en forma aislada.

4. La conexidad contractual. Su realidad jurídica y económica

Otra forma de otorgarles interpretación supletoria es a través de las **uniones de contratos**. Las uniones de contratos han sido clasificadas por la doctrina de la siguiente forma:

- *Legal*: autónomos recíprocos; principales y accesorios; subcontratos.
- *Convencional*: grupo de contratos a los que las partes han vinculado ya que en conjunto constituyen un "negocio".

Algunos ejemplos de estas uniones son el préstamo de dinero y la compra de mercadería o la compra de mercadería y su financiación.

El contrato de tarjeta de crédito y la cuenta corriente bancaria. Estos supuestos de uniones también han sido vinculados por la doctrina y revisten gran interés como contratos conexos, ya que para concretar un resultado económico muchas veces se debe suscribir una cantidad de contratos en forma conjunta que llevan al resultado querido. Ello lleva en muchos supuestos a otorgar efectos para alguna de las partes que celebraron el contrato vinculado sin que en principio haya tomado intervención en el mismo. Esta consecuencia se relaciona con los efectos del contrato.

El principio de los efectos relativos del contrato tiene su origen en la doctrina clásica, basada en la autonomía de la voluntad, que considera parte del contrato a quien contrata en nombre propio o a quien es representado por otro, que actúa en su nombre y emite la voluntad contractual cuando esta es transmitida materialmente por otro, basada en el adagio "*res inter alios acta*", que se reflejó en el CCIV en el artículo 1195 y actualmente en el artículo 1021 CCCN: "Regla general. El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros excepto en los casos previstos por la ley". Este principio se aplica al contrato celebrado como

acto jurídico aislado cuando causa obligaciones entre quienes expresaron su voluntad por sí mismos o a través de sus representantes, y consecuentemente es oponible en distintos grados frente a los terceros.

Este principio general admite, en la actual interpretación de la doctrina, excepciones cuando existen varios contratos que aparecen unidos por una operación económica, lo que se denomina "red contractual", en la que solo tiene sentido cada contrato individual si está unido a los demás en una red o sistema. La doctrina ha utilizado distintos nombres: contratos conexos, negocios coligados, redes, *networks*.[10] El supuesto de hecho se configura cuando hay varios contratos que tienen su propia estructura, causa, objeto pero hay una operación económica que les da un sentido único.

Si el negocio excede al contrato, es necesario vincularlo en sus efectos consagrando una excepción al efecto relativo, de modo que la ineficacia de uno de los contratos será oponible a los otros en virtud de esa conexión. Esta interpretación debe ser delimitada para no distorsionar el principio rector en materia contractual consagrado en el artículo 1021 CCCN, que reitera lo legislado en el artículo 1195 CCIV.

4.1. El negocio jurídico complejo y su influencia para una revisión del principio del efecto relativo en los contratos. Antecedentes en el derecho comparado

Esta red de contratos que tienen una conexión ha requerido especial atención en el derecho extranjero; particularmente, ha sido objeto de análisis en Italia, donde se puede afirmar que la categoría se halla consolidada. Para la mayoría de los juristas italianos, hay conexidad cuando las partes, con el fin de alcanzar un determinado resultado económico, concluyen dos o más contratos distintos que presentan entre sí un nexo jurídico que se manifiesta en las vicisitudes que afectan a cada uno de los convenios celebrados sobre los otros.[11] Esto es denominado "*il collegamento negoziale*".

López Frías[12] sostiene que la jurisprudencia italiana ha tenido una influencia importante en el desarrollo de la interpretación de la conexidad contractual, elaborando una doctrina que se aplica en diversas situaciones y que sostiene que

> Las partes en el ejercicio de su autonomía contractual pueden dar vida con un solo acto a contratos diversos y distintos que, aun conservando la individualidad de cada tipo negocial y aun permaneciendo sometidos a su propia disciplina, están coligados entre sí funcionalmente y con relación de dependencia recíproca,

10. Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 717.

11. Ver López Frías, Ana, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, Bosch, p. 29. La autora cita una nota de Satta a una sentencia de un tribunal donde (ya en 1950) decía que la conexión existente entre dos negocios o entre las relaciones que de ellos derivan no puede permanecer sin relevancia en el campo del derecho, sino que debe en mayor o menor medida coligar la suerte de aquellos.

12. Ídem, p. 31. Esta doctrina ha llevado, según la autora, a las siguientes conclusiones: "1) Que si se resuelve un contrato debe declararse la resolución de otro distinto siempre que las prestaciones de los dos convenios sean conexas e inescindibles desde el punto de vista económico debido a la unidad del fin perseguido; 2) aquel que impugna varios negocios jurídicos deduciendo su conexión funcional está legitimado para hacerlo, incluso siendo extraño uno de ellos en cuanto que si existe conexión existe también legitimación; y 3) en la hipótesis de varios contratos coligados entre sí es inadmisible el desistimiento en uno solo cuando con ello se rompa el equilibrio de toda la relación negocial y 4) cuando se reclama el cumplimiento de un contrato cabe oponer al actor el incumplimiento del contrato conexo a aquel si las prestaciones en cuestión son correlativas".

> de modo que las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros condicionando su validez y ejecución.

En Francia, el análisis de la conexidad proviene de una óptica completamente diferente, que consiste en la del agrupamiento de las empresas para la realización de negocios, desarrollando su vinculación a través de los contratos de colaboración empresariales y las diversas formas de agrupamiento: "*les groupes de contrats*".[13]

Sostiene Mosset Iturraspe que los procesos de producción se han vuelto sumamente complejos, con empresas que aportan la producción de las diversas partes que los forman, como sucede con los automóviles, a lo que se suma la especialización y la división del trabajo que se realiza muchas veces fuera del país, lo que conduce a nuevas necesidades y vinculaciones entre distintas empresas que aparecen como eslabones de una unidad.[14] La primera obra doctrinaria sobre el tema data de 1975[15] y se consagró legislativamente en dos leyes, de los años 1975 y 1979, en operaciones en materia mobiliaria e inmobiliaria.

Por su parte, en España, no hay recepción legislativa, lo que no impide que la legislación civil recoja aisladamente algunas manifestaciones de los vínculos existentes entre determinados contratos. Se analizan, por un lado, las relaciones que se derivan del carácter dependiente o subordinado de determinados contratos regulados por el Código Civil y las leyes especiales, y, por otro, las acciones directas reconocidas por nuestro derecho en favor de una persona que no ha contratado con el legitimado pasivamente.

En la doctrina nacional, es reciente la consideración de los contratos conexos. Mosset Iturraspe señala como un hito la recomendación de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995):

> En los supuestos de conexidad contractual, la responsabilidad puede extenderse más allá de los límites de un único contrato, otorgando al consumidor una acción directa contra el que formalmente no ha participado con él pero ha participado en el acuerdo conexo, a fin de reclamar la prestación debida o la responsabilidad por incumplimiento.

Este desarrollo –sin duda– influyó en la Ley 24240 (LDC), en la que se establece una responsabilidad solidaria frente al consumidor del fabricante importador mayorista y minorista, es decir, de todos aquellos que intervinieron en la cadena de comercialización. Lo que está en juego es el principio del efecto relativo de los contratos y, como se interpreta en la doctrina y la jurisprudencia, el otorgamiento de efectos frente a distintas vicisitudes a partes que no han participado en la formación de la voluntad contractual.

El CCCN define los contratos conexos en el artículo 1073:

> Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada,

13. Champaud, Claude, "Los métodos de agrupación de las sociedades", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.

14. Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos conexos. Grupos y redes de contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 25.

15. López Frías, Ana, ob. cit. (cfr. nota 11), p. 30.

> o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074.

Esta norma tiene su antecedente de regulación en el Proyecto de 1998 y en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999). Se establecen los siguientes requisitos para que haya conexidad:

a) *Pluralidad*: Dos o más contratos.
b) *Autonomía*: Cada uno de los contratos debe tener su propia autonomía, si bien no se requiere ningún elemento en especial para lo cual cualquier contrato válido tenga la aptitud de ser, además, conexo;
c) *Vinculación*: Deben estar vinculados entre sí con distintos grados de conexidad, que puede ser jurídica o económica (por haber celebrado una operación económica global o única).
d) *Finalidad económica común*: Sería la finalidad supracontractual, los objetivos buscados y obtenidos a través de una red de vínculos contractuales. Es la razón de ser de la vinculación, es el sentido de estar vinculados, que es el resultado económico que motiva a las partes a participar de una red. De los múltiples ejemplos que podemos dar, se destacan: la venta de bienes informáticos, que generalmente incluye un contrato sobre el *hardware*, otro sobre el *software* y otro sobre la asistencia; el mutuo para realizar la adquisición; la tarjeta de crédito; la apertura de una cuenta corriente; etc.
e) *Esquema previo de origen contractual o legal*: el esquema negocial debe estar establecido por un diseño previo por el convenio de partes. Esta conexidad puede surgir de una coordinación organizada o espontánea.[16]

5. Realidad en materia inmobiliaria. Emprendimientos inmobiliarios y etapas. Partes intervinientes. Grupos de interés

Llamamos emprendimientos inmobiliarios a todos aquellos con los siguientes elementos comunes: por un lado, la existencia de un inmueble, ya sea el terreno donde se va a construir o donde se va a realizar la infraestructura; por otro, la inversión para realizar la construcción o la infraestructura para lograr una "plusvalía" con esa fracción, que es lo que le dará un valor agregado al inmueble. El objetivo que caracteriza cualquier negocio es la producción de esa plusvalía, lo que reviste interés para el inversor.

La implementación de todos estos elementos se realiza a través de las herramientas que brinda el derecho privado, donde se tendrán en cuenta las normas imperativas que son propias de los derechos reales y el margen de posibilidades que brindan las convenciones de las partes. Por lo tanto, es de fundamental importancia la normativa relacionada con los contratos, ya sea por su contenido convencional o por el conocimiento de las normas imperativas para lograr una estructuración eficiente.

Para el desarrollo de una obra o para conjugar las inversiones a fin de lograr este resultado, se estructura el negocio a través de diversas etapas.

16. Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 650 y ss.

5.1. Introducción a las formas actuales de contratación inmobiliaria

Las formas actuales de contratación inmobiliaria abarcan diferentes situaciones: por una parte, la de los inversores que desean tener una garantía basada en los derechos reales; por otro, la adquisición por parte de los consumidores, el último eslabón en la cadena de negocios, que se relacionan entre sí para lograr esta concreción.

Los inversores pueden actuar a través de un promotor que se encarga de estructurar el negocio, el que muchas veces toma al fideicomiso como una herramienta válida para garantizar los derechos de todas las partes que están en juego. Es común que la compra se realice en la etapa de construcción del edificio, en cuyo caso nos introducimos en toda la problemática del departamento en construcción. Desde la búsqueda del terreno donde se va a desarrollar la obra hasta la garantía por la propia obra construida, se desarrolla una importante cantidad de situaciones que deben ser previstas en la estructuración.

La construcción y la enajenación de bienes inmuebles como negocio global para buscar el rendimiento de la inversión, juntamente con el análisis de los contratos de crédito para lograr la financiación para los compradores, se encuentran relacionados, por lo que la conceptualización de sus características y sus efectos son los problemas jurídicos que importa la actual dinámica económica negocial, en el marco de la teoría clásica de los contratos. En todo este estudio, la finalidad del emprendimiento es de la mayor relevancia para la interpretación del negocio.

5.2. Implementación en el emprendimiento inmobiliario

El negocio que analizamos se trataría de un grupo de operaciones que se encuentran unidas entre sí como contratos que, si bien tienen cada uno su autonomía, no responden a una causa autónoma, ya que hay un negocio único que se compone de distintos contratos e incluso en diversas etapas.[17] Algún sector de la doctrina sostiene que el enfoque que permite establecer una finalidad supracontractual posibilita una mejor interpretación de las relaciones contractuales, que se van estructurando en una red que conforma un sistema, por lo que se refiere a ella como una teoría sistémica.[18]

Esto comprende un enfoque teórico que estudia el tema a partir de la distinción entre la estrategia negocial y los contratos que se utilizan para llevarla, elaborando el concepto de sistema como un grupo de contratos individuales conectados por una operación económica diferente de cada uno de los vínculos individuales, lo que ayuda a la interpretación de los contratos conexos que deben ser interpretados en función de la operación económica que persiguen. El negocio de la construcción

17. Galgano, Francesco, ob. cit. (cfr. nota 5).

18. Lorenzetti se refiere a la teoría sistémica, expresando: "La teoría jurídica que permita explicar y establecer reglas para solucionar los conflictos que presentan las redes no puede dejar de considerar la novedad que ellas presentan. El enfoque no puede basarse en el contrato, sino en la interacción de un grupo de ellos que actúan en forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realización de negocios"; cita como fundamento de esta postura lo expresado en el texto de la Comisión nº 3 "Contratos. Contratos conexos" de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999), en las que se manifestó que "habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra entre las mismas partes o partes diferentes una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento en el objeto o en las bases del negocio". Ver Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 3), pp. 54 y 55.

de departamentos, así enfocado, comprende una cantidad de relaciones contractuales en las que algunas de las partes quedan vinculadas a través de contratos asociativos y otras, en estructuras de contratos de cambio.

5.3. Red de contratos en el negocio de la construcción

Podríamos decir que el negocio de la construcción de departamentos se puede desarrollar a través de los siguientes contratos:

- Opción irrevocable de venta.
- Contrato asociativo entre los inversores del negocio.
- Contrato de compra del terreno: permuta del terreno por metros cuadrados construidos.
- Contratos de garantía de la asociación y del resultado del negocio: fideicomiso.
- Contrato de locación de obra.
- Contrato de locación de obra profesional con arquitectos e ingenieros.
- Contrato de venta de unidades en construcción.
- Contrato de adjudicación de unidades del contrato asociativo.
- Contrato de autorización de venta al corredor inmobiliario.
- Contrato de venta de unidades construidas.
- Contrato de *leasing*.
- Contrato de préstamo a los adquirentes de las unidades, con distintas garantías.

Estos contratos generalmente se dan en forma superpuesta y coordinada, con la finalidad del negocio de la construcción y de obtener la plusvalía pretendida por quienes emprenden el negocio y, los dueños del terreno, distintos contratos e incluso en diversas etapas.[19] La finalidad supracontractual que relaciona todos estos contratos es la edificación realizada por inversores que desean obtener un mejor rendimiento económico, realizando al mismo tiempo una actividad productiva. Es sumamente importante que el ordenamiento otorgue seguridad jurídica a estas inversiones, ya que implica la obtención de una ganancia mediante un proceso de producción.

Para un mejor análisis de esta red contractual, se debe dividir el negocio en etapas para poder desmenuzar las relaciones contractuales, siempre teniendo en cuenta que los contratos se concretan en forma interdependiente, por lo que debe hacerse un estudio conjunto. Visto en conjunto, podemos hacer un esquema en donde se visualiza la finalidad común y supracontractual de estos contratos relacionados:

ETAPA	SUJETOS	CONTRATO	NEGOCIO
1) Tratativas preliminares	Titular del dominio del terreno	Opción irrevocable de venta	Construir para vender
	Promotor del negocio	Contrato asociativo	Construir para vender
2) Adquisición del terreno	Dueño del terreno e inversores asociados	Compraventa o permuta de terreno por metros a construir	Construir para vender

19. Galgano, Francesco, ob. cit. (cfr. nota 5), p. 114.

ETAPA	SUJETOS	CONTRATO	NEGOCIO
3) Construcción del edificio	Comitente y empresa constructora	Locación de obra material e intelectual	Construir para vender
	Arquitecto - Ingeniero	Locación de obra intelectual	Construir para vender
4) Venta de unidades construidas	Titular de dominio del edificio	Adquirentes de unidades funcionales	Venta de lo construido

5.3.1. Primera etapa. Preparación del negocio

En la preparación del negocio, la búsqueda del terreno es fundamental, ya que sin él no hay negocio inmobiliario. Para la adquisición, se genera una cantidad de relaciones preliminares que se traban a través del promotor del negocio o a través de los intermediarios en la contratación inmobiliaria.

5.3.1.1. Búsqueda del terreno

La búsqueda del terreno sobre el que se va a desarrollar el emprendimiento es fundamental para el análisis de la inversión. Por un lado, el costo, que va a depender de varios factores: el lugar de la ciudad donde se encuentre y las posibilidades de construir o desarrollar un emprendimiento determinado según las reglas urbanísticas del lugar. El terreno debe contar con las autorizaciones previas que provienen de las ordenanzas y las disposiciones legales urbanísticas, para que al presentarse el proyecto concreto que ha de desarrollarse pueda ser aprobado. En consecuencia, se debe analizar, desde el punto de vista económico, la cantidad de metros cuadrados que permiten construir las normas urbanísticas. Esto va a determinar la incidencia del valor del suelo en el costo de la construcción, lo que normalmente se realiza dividiendo el precio del terreno por la cantidad de metros cuadrados a construir. La otra cuestión que se examina es si el emprendimiento va a encarar la construcción de toda la capacidad disponible del terreno o la construcción va a realizarse en etapas o si se van a comercializar los metros a construir mediante la comercialización del derecho de sobreelevar, cuya estructura jurídica también examinaremos.

5.3.1.2. Encargo del proyecto

Para poder analizar la viabilidad de un negocio se debe partir de las dos variables fundamentales: el terreno y el proyecto. Para la realización del proyecto, se puede optar entre dos vías: la primera es la que parte de la contratación de un arquitecto en forma previa para desarrollar el proyecto una vez que se ubica el terreno; la otra es convocar a un concurso para desarrollar el proyecto.

En el primer caso, se celebra un contrato entre el promotor y el arquitecto, por el cual el primero pide la realización de un proyecto con determinadas características. Los concursos entre arquitectos pueden ser abiertos o restringidos. Pueden participar en los primeros todas aquellas personas interesadas que reúnan los requisitos exigidos por el convocante; en los segundos, solo podrán hacerlo los que reciban la correspondiente invitación. La convocatoria de un concurso para encargar el proyecto presenta una serie de aspectos positivos y negativos que han de ponderarse antes

de tomar la decisión. Por un lado, se han de redactar las normas por las que se regirá; son las denominadas bases, con todos los detalles que puedan preverse a efectos de que las presentaciones los contemplen. Asimismo, se ha de contar con la infraestructura necesaria para examinar los trabajos que se presenten y adjudicar al más conveniente. Por otra parte, este sistema tiene la ventaja de analizar varias ideas y elegir la que más se ajuste a las necesidades del negocio.

La conveniencia de adoptar los concursos abiertos o restringidos dependerá del tipo de emprendimiento. Es fácil llegar a la conclusión de que, salvo que se trate de emprendimientos muy grandes, siempre convendrá que los concursos sean restringidos mediante una invitación a los profesionales que merezcan la mayor confianza de los promotores. Invitar a un número reducido de arquitectos también resuelve el inconveniente de examinar la documentación masiva que puede producir un concurso abierto. Por otra parte, los concursos cerrados generalmente no son vinculantes para el que realiza la invitación. Es más difícil que el concurso no lo sea cuando la presentación es abierta, lo que significa que también en el procedimiento se debe establecer una forma de apelación o de impugnación a la resolución del jurado.

5.3.1.3. Opción irrevocable de venta

5.3.1.3.1. Concepto y naturaleza

Cuando el promotor encuentra el terreno apropiado para el proyecto esbozado y decide buscar los inversores, necesita tener la seguridad de que el terreno para el cual se elaboró el proyecto va a estar disponible cuando reúna a las personas que lo financiarán. La figura que se emplea en estos casos es la "opción irrevocable de venta". Mediante la opción irrevocable, el propietario del terreno **ofrece** en venta el terreno y se compromete a mantener la oferta por un plazo determinado.

En una primera aproximación, podríamos sostener, como lo hace una parte de la doctrina, que la opción consiste en una oferta, o sea, un acto jurídico unilateral, en el que se exterioriza la voluntad contractual de una sola de las partes. Sin embargo, hay otro sector de la doctrina, cuya postura compartimos, que sostiene que cuando la oferta es irrevocable, nos encontramos con un acto jurídico bilateral.

Con respecto al concepto de oferta, el CCCN establece en el artículo 972 que

> La oferta es la manifestación dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada

La oferta o propuesta es una proposición unilateral que una persona dirige a otra para celebrar un contrato. Hay oferta cuando el contrato puede quedar perfeccionado con la sola aceptación de la otra parte sin necesidad de una nueva manifestación del primero.[20] Supone la culminación de las tratativas preliminares en los contratos discrecionales. Spota[21] sostiene que la oferta es un acto prenegocial, que conforma la base sobre la cual se podrá construir un contrato, pero no constituye en sí un ne-

20. Stiglitz, Rubén S. (dir.), *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 189.

21. Spota, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 261.

gocio jurídico autónomo. También se ha dicho que es la declaración unilateral de una persona, sea física o jurídica, que tiene la intención de promover la creación de un contrato.[22] Constituye una exteriorización unilateral de voluntad emitida por el "proponente" u "oferente", destinada a otro sujeto que va a recibirla, por lo que ha sido calificada como recepticia, que tiene por finalidad la formación del contrato.

Sus caracteres son: a) constituye una declaración unilateral porque depende de la sola voluntad del oferente; b) es recepticia porque está dirigida a un destinatario que podrá llegar a aceptarla, dando nacimiento al contrato; c) tiene por finalidad la formación del contrato a diferencia de las meras tratativas o de las declaraciones sin compromiso.[23] Los requisitos de la oferta son los que surgen del artículo 972 CCCN:

a) Debe tener las precisiones necesarias para establecer los efectos en caso de ser aceptada. En la doctrina, se habla de autosuficiencia o completitividad de la oferta. El CCIV exigía en el artículo 1148 que la oferta previera todos los elementos del contrato; el nuevo artículo 972 (CCCN) recibe la teoría de la *punktation*, según la cual el consentimiento se forma solo con el acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, aunque no lo exista sobre los secundarios, para que se otorgue sustento a la oferta.
b) Debe ser precisa y en firme, lo que significa que la propuesta compromete al autor en la medida en que haya sido emitida con el propósito inequívoco de hacer conocer la intención de contratar.
c) Debe referirse a un contrato determinado; es decir, debe hacer referencia a una operación jurídica determinada, por lo que debe referirse a un contrato determinado en particular, ya sea típico o atípico.
d) Debe estar dirigida a persona o personas determinadas, lo que significa que debe tener un destinatario concreto.

5.3.1.3.2. Retractación

El análisis de la opción irrevocable de venta implica el de la posibilidad de retractación de la oferta. El artículo 974 CCCN establece la fuerza obligatoria de la oferta, lo que nos obliga a plantearnos cuál es su alcance. Emitida, la oferta pone al sujeto que la realiza frente a diversas consecuencias que se desatarán conforme a la posibilidad de respuesta inmediata y el plazo con que haya sido realizada. Se diferencia del régimen anterior (art. 1150 CCIV) en que la oferta podía ser retractada mientras no hubiera sido aceptada y el contrato recién quedaba perfeccionado una vez que se hubiera expedido la aceptación por parte del destinatario. Por su parte, el artículo 975 CCCN establece que "la oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta", lo que indicaría que no puede retractarse si es recibida por el destinatario después. Por lo tanto, la oferta sería vinculante y también lo es si se efectúa sujeta a un determinado plazo en el que el oferente se obliga a no revocarla o a permanecer en ella hasta un momento determinado. Así, en ambos supuestos, la oferta sería irrevocable.

22. Leiva Fernández, Luis F. P., [comentario al art. 972], en Alterini, J. H., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 112.

23. Stiglitz Rubén S., ob. cit. (cfr. nota 19), p. 190.

Es en la interpretación de este artículo donde la doctrina difiere. Por una parte, algunos autores sostienen que la única limitación a la renuncia de la retractación es que sea por tiempo indeterminado, ya que no se podría renunciar indeterminadamente a ello. Otro sector entiende que la grave restricción a la libertad que parece admitir este artículo debe conjugarse con otras disposiciones del ordenamiento.[24] Así, la oferta se vuelve irrevocable en virtud de una renuncia. Por su parte, el oferente podría retractarse de la renuncia, salvo que hubiese sido aceptada por el destinatario. Esto no es contrario, dice López de Zavalía, a la existencia de una oferta realmente irrevocable (por haberse aceptado su renuncia) por un tiempo determinado.[25] La aceptación de la renuncia a retractarla por parte del promotor no significa que ha aceptado el contrato para el cual está destinada la oferta, es decir, el contrato de compra, sino que ha formulado un contrato preliminar, en el cual una de las partes formula la oferta de venta por un tiempo determinado y la otra acepta que mantenga la oferta durante ese lapso, es decir, acepta la irrevocabilidad por un período de tiempo, produciéndose de esta manera la opción irrevocable de venta.

Entonces, en este supuesto, que es el eficiente para el negocio que nos ocupa, se trata de un acto jurídico bilateral y dependerá de la forma en que se redacte para que efectivamente consista en una opción que permita al promotor la búsqueda de inversores. La parte propietaria vendedora realiza una oferta de venta, en la que explicita todas las condiciones en las que ofrece en venta, estipulando el precio, la forma de pago, el plazo para el pago y, eventualmente, las garantías por el pago del precio aplazado, comprometiéndose a mantener dicha oferta por un plazo determinado. Por su parte, el promotor acepta que se mantenga la oferta durante ese plazo. El incumplimiento por parte del oferente, que puede consistir en la venta a otra persona en este período o el compromiso de venta, no puede llevar a la otra parte a un juicio por escrituración, porque la compraventa ofertada no ha sido aceptada; sin embargo, sí producirá resarcimiento por daños y perjuicios, que consistirán en el reintegro de los gastos efectuados en virtud de haber comenzado todos los actos preparatorios, que pueden abarcar inclusive los gastos del proyecto de obra.

5.3.1.4. Reserva de compra

El otro acto preliminar que es frecuente encontrar en la formación del negocio es la llamada "reserva" de compra. Ello ocurre cuando una persona que es titular de dominio de un terreno celebra una autorización de venta con un intermediario, quien, a su vez, lo ofrece al público en general a través de los medios de publicidad. Esta oferta no tiene los caracteres de la oferta contractual, ya que falta la característica de la oferta dirigida a una persona determinada. Una vez que el comprador o adquirente deja una suma de dinero en la inmobiliaria, aparece la llamada "reserva de compra", que consiste en una verdadera "oferta de compra", que reúne todas las características de la oferta contractual, ya que se realiza sobre los elementos del negocio que ha de realizarse y sobre una persona determinada. Para el análisis de su naturaleza, debemos analizar diversas situaciones que se pueden presentar.

24. López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte general*, Buenos Aires, Zavalía, 1971, pp. 106107.

25. Ibídem.

La reserva celebrada con el intermediario constituye una oferta con las características de las ofertas de los contratos entre ausentes, ya que el corredor inmobiliario puede revestir las modernas características del nuncio. Si la oferta es aceptada por el propietario, estaríamos ante un contrato. Morello[26] sostiene que la reserva de compra constituye un contrato innominado mediante el cual se entrega una suma de dinero en calidad de reserva de un inmueble durante algunos días y el dueño contrae la obligación de no comprometer con un tercero la venta de un inmueble durante ese lapso, pagando la otra parte aquella suma por la espera de su conveniencia. Sostiene que, aunque el precontrato designado como reserva de compra reúna todos los requisitos propios del contrato de compraventa (cosa, precio, forma de pago, designación del escribano, plazo, etc.), si la venta quedó condicionada a la conformidad del inquilino y a la firma del boleto respectivo, operación que no se cumplió por no haberse llegado a un acuerdo, debe considerarse extinguida e inexistente la operación a que se refiere dicho documento, debiendo el vendedor restituir la suma recibida por el comprador.

5.3.2. Segunda etapa. Adquisición del inmueble a los fines del emprendimiento de construcción y enajenación. Contrato de compraventa

Una vez que se reúnen los inversores para edificar sobre el terreno, se comienza, por una parte, la etapa de su adquisición y, por otra, la estructuración jurídica que adoptarán para asociarse entre ellos. También puede ocurrir que el emprendimiento se realice para personas que deseen construir para sí mismas, obteniendo en ese caso el beneficio de la edificación al costo. En esta etapa, es fundamental realizar la distinción, según la finalidad, entre: a) edificación para comercializar las unidades a terceros, y b) edificación para los propios inversores. Estas finalidades diferentes determinarán el tipo de estructuración que adoptarán los inversores; no obstante, cualquiera sea, es imprescindible que el terreno se transmita en propiedad a favor de los inversores. Esta transmisión se puede realizar de diversas maneras, pero hay dos formas que analizaremos: la adquisición por compraventa y la adquisición a cambio de unidades funcionales a construir.

5.3.2.1. Entrega del terreno por promesa de construir departamentos

En ocasiones, el propietario de un terreno decide cederlo a alguien que va a realizar un desarrollo inmobiliario a cambio de uno o varios pisos o un departamento del edificio a construir sobre ese terreno. En principio, esto supone un intercambio en que ambas partes intervinientes se beneficiarán: por una parte, el emprendedor, porque no tiene que desembolsar dinero para pagar la tierra; por la otra, el dueño del terreno, porque obtiene un mayor valor al recibir metros cuadrados construidos. Las distintas modalidades en que se realiza esta operación permiten obtener una gran variedad de fórmulas jurídicas con un resultado parecido. Las más frecuentes son:

a) La transmisión de la propiedad del terreno a cambio de que se construya allí un edificio y se revierta al transmitente una cantidad de metros cuadrados.

26. Morello, Augusto M., *El boleto de compraventa inmobiliario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, p. 225.

b) La transmisión del terreno a cambio de un porcentual de lo edificado, sin determinar *a priori* los pisos que se recibirán.
c) La transmisión de determinados pisos o locales a construir, ya acordados, con especificaciones técnicas del edificio.
d) La permuta del terreno por beneficios en dinero que obtenga quien desarrolle el emprendimiento.
e) La transmisión del derecho de superficie por una o varias unidades funcionales (en los sistemas jurídicos en que se admite este derecho para la construcción sobre un terreno).

En todos los casos, como se trata de operaciones en las que hay una promesa futura, se paga además el pago de un precio en dinero para el caso en que la construcción no llegara a terminarse, de modo que la opción de requerir una suma de dinero equivalente al valor del inmueble es uno de los caracteres de este contrato.

Se ha discutido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre la naturaleza de este contrato, con el objeto de otorgarle una calificación. La polémica se centra en dos supuestos de diferente estructuración: a) se transfiere el terreno por metros cuadrados construidos; b) se transfiere el terreno por unidades a construir, ya determinado.

Un sector de la doctrina se ha inclinado por la calificación del contrato como de permuta de cosa presente por cosa futura. Así, Merino Fernández[27] cita a varios autores españoles que sostienen dicha posición: entre ellos, De la Cámara, quien califica al negocio de "permuta de solar por cosa futura con prestación subordinada de obra"; y García-Bernardo Landeta, quien sostiene que se trata de un cambio de cosa actual por cosa futura, que puede ser objeto de contrato, al amparo del artículo 1271 del Código Civil español. También explica que la jurisprudencia ha sido reacia a considerar que se trata de un contrato de permuta, explicando la figura a través de un contrato innominado y complejo de tipo acumulativo mixto, de permuta y ejecución de obra, en virtud del cual el actor se obliga a ceder al demandado un terreno.[28] En la doctrina argentina, esta postura es sostenida por De Hoz, quien expresa que la permuta es el contrato que mejor contempla los intereses en juego y que –citando a Salvat–, como contrato consensual, admite el cambio de una cosa por un derecho y que la palabra "cosa" debe interpretarse en sentido amplio, comprendiendo tanto las que son materiales como los derechos.[29]

Por nuestra parte, observamos que el artículo 1271 del Código Civil español se refiere al objeto de los contratos, como las cosas o los servicios, mientras que el CCIV argentino, en el artículo 1167, establecía que el objeto de los contratos eran las prestaciones, que podían ser de dar o hacer o no hacer, lo que marcaba una diferente postura, y, cuando se refería a las obligaciones de dar que pudieren surgir de un contrato, sostenía que podían tratarse de cosas presentes o futuras. Asimismo, confirmaba esta situación respecto de la compraventa, ya que el artículo 1327 postulaba que podían venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean cosas

27. Merino Hernández, José L., *El contrato de permuta*, Madrid, Tecnos, 1978, p. 345.

28. Ibídem.

29. De Hoz, Marcelo A., "Transferencia de inmueble por unidades a construir", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, nº 915, 1993, pp. 396-397.

futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida. En el caso de las cosas futuras, se consideraba a la venta como condicional a que la cosa llegue a existir, situación en la que no se podría encuadrar el contrato que nos ocupa. El CCCN ha terminado con la discusión sobre el objeto de los contratos, ya que remite la norma del artículo 1003 al objeto de los actos jurídicos, con lo cual se lo debe coordinar con los artículos 279 y 1004. Por su parte, el artículo 1007 admite expresamente que puede ser objeto de un contrato una cosa existente o futura. Respecto de la compraventa, el CCCN menciona expresamente en el artículo 1125 que

> Cuando una de las partes se compromete a entregar cosas por un precio, aunque éstas hayan de ser manufacturadas o producidas, se aplican las reglas de la compraventa a menos que de las circunstancias resulte que la principal de las obligaciones consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

Sin duda, la cuestión no puede deslindarse de la naturaleza de la transmisión de las unidades en construcción, que es la contrapartida de la obligación de transmitir el terreno. Así, el emprendedor se encuentra con la propiedad del terreno y todavía no recibe la contraprestación porque las unidades en construcción todavía no existen. Claramente el problema es similar a quien adquiere una unidad funcional a construir, aun cuando difiere el título por el cual se pretende adquirir la unidad. Presenta, sin embargo, una diferencia importante, ya que en la permuta del terreno por unidades a construir el propietario del terreno cumple con su prestación íntegramente mucho antes que el otro contratante, y en el caso de la adquisición de unidades a construir generalmente el adquirente paga solo una parte del precio al celebrarse el contrato, aplazando el resto al momento de entrega de la unidad.

Por otra parte, la posición negociadora del dueño del terreno y la del comprador no son iguales, ya que este último generalmente se adhiere a las cláusulas de un contrato que podría decirse que es predispuesto y que le ofrece la promotora. El dueño del terreno está en mejor condición negociadora, dado que la existencia del edificio pasa necesariamente por la adquisición del terreno: el promotor necesita ese bien y tal necesidad lo lleva a que deba atender y aceptar las prioridades del propietario.

Aun cuando la finalidad del negocio es diferente, la naturaleza de la obligación de transferir las unidades funcionales a construir es idéntica a la de la compraventa, ya que la obligación del constructor o promotor es la misma. Ello nos lleva a la conclusión de que no puede tratarse de una permuta, atento a que en el CCCN, de acuerdo con la definición del artículo 1172, "hay permuta cuando las partes se obligan recíprocamente a transferirse el dominio de cosas que no son dinero", situación que se producirá una vez que el edificio se haya terminado.

A nuestro entender, la transferencia del terreno a cambio de unidades funcionales a construir supone la celebración de un contrato atípico. Cuando el propietario del terreno opta, en cambio, por tomar en pago departamentos a construir en el mismo edificio para el cual está realizando la operación, estamos ante un contrato atípico por el cual una de las partes se obliga a entregar una cosa, el inmueble sobre el que se va a construir el edificio, y la otra parte se compromete a entregar departamentos del edificio que va a construir, es decir, una cosa que materialmente no existe. En ese contrato de naturaleza compleja, el dueño del terreno transmitirá esta propiedad a la otra parte contratante, que, como contraprestación, se obliga a entregar la propiedad de una o varias unidades funcionales en el edificio que al efecto ha de construir en el

referido terreno y en un plazo determinado. El transmitente del terreno no adquirirá inmediatamente la propiedad de las unidades funcionales, sino que lo que adquiere es un crédito que podrá exigir a la contraparte, consistente en el cumplimiento de las obligaciones tendientes a la "producción" de la cosa en los términos pactados en el contrato y una vez concluida la transmisión de dominio mediante la entrega y la escritura transmisiva. En este aspecto, coincidimos con las sentencias de los tribunales españoles citados por Merino Hernández.

Este contrato se rige por la libertad de convenciones que permite el sistema jurídico, por la cual se pueden formular toda clase de contratos atípicos, mientras no sean contrarios a la moral y a las buenas costumbres.

5.3.3. Tercera etapa. Construcción del edificio. Proyecto. Locación de obra

En esta etapa, el contrato que se celebra es el de locación de obra, tanto material como intelectual. Hay acuerdo en la doctrina en definir el contrato de locación de obra como aquel por el cual una persona se obliga a hacer alguna cosa o a alcanzar un resultado material o inmaterial para la otra, sin subordinación frente a esta, por un precio en dinero.[30] El locador de obra asume esa obligación a su propio riesgo, lo que exige una organización de los factores de la producción, en particular del trabajo, o sea, una organización de los medios necesarios conducentes a la consecución de la obra. Persigue la obtención de un resultado cuyo riesgo de no obtención es soportado por el empresario locador. Generalmente, está proyectado para una duración prolongada y comprende las obras nuevas, refacciones o ampliaciones en un edificio y las obras inmateriales conexas, como los anteproyectos y proyectos, planos, etc.

El CCCN regula el contrato de obra y servicios como contrato típicos en los artículos 1251 a 1277, estableciendo normas comunes a obras y servicios y una especial al contrato de obra, en las cuales se reglamenta el sistema de contratación, la retribución, las variaciones del proyecto convenido, las diferencias de retribución surgidas de modificaciones, la reglamentación particular de la contratación de la obra por pieza o medida, el derecho a verificar, la aceptación de la obra, los vicios o defectos y diferencias en la calidad, los plazos de garantía y la obra en ruina o impropia para su destino.

En la construcción de un edificio, conviven el contrato de obra material y de servicios por la obra inmaterial o intelectual, ya que, si bien en una época era posible que una sola persona pudiera realizar el proyecto, la dirección y la construcción de una obra, en la actualidad las funciones tratan de separarse: las del proyectista y director, por un lado, y la del empresario que lleva a cabo la ejecución de la obra, por otro. Ello significa que, en la construcción de un edificio, el comitente puede celebrar varios contratos de obra. Si el edificio es construido por más de un contratista, porque con unos se realiza una parte y con otros, otra, habrá varios contratos de obra

30. Spota, Alberto G., *Tratado de locación de obra*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 8. Este autor define el contrato de locación de obra como aquel por el cual una de las partes, denominada locador de obra (empresario, constructor, contratista y en su caso profesional liberal, autor, artista), se compromete a alcanzar un resultado material o inmaterial, asumiendo el riesgo técnico o económico sin subordinación jurídica, y la otra parte, denominada el locatario de la obra (dueño, propietario, comitente, patrocinado, cliente), se obliga a pagar un precio determinado o determinable en dinero.

material y, si se disocia el proyecto de la dirección, también tendremos en un mismo edificio varios contratos de servicios.

La finalidad del contrato es la realización de una obra de elaboración intelectual y material, que se concreta en una cosa inmueble realizada en forma autónoma por el empresario, conforme a instrucciones dadas por el dueño. Según Lorenzetti,[31] es un vínculo de colaboración mediante actos materiales en el que la sede del interés permanece en el dueño, quien le encarga al empresario la realización de actos que no puede realizar por sí mismo, dada la profesionalidad que requieren. El jurista expresa que, como titular del interés, está facultado a dar instrucciones sobre el modo de hacer la obra. Siendo un vínculo de colaboración y no de cambio, hay un interés en el modo de hacer interno de la cosa, lo que no existe en la compraventa, en la que la cosa comprada solo se aprecia externamente y donde el riesgo de no obtención de un resultado está a cargo del empresario. Finalmente, expresa que el contrato presenta una obligación de hacer un resultado en forma autónoma y de entregarlo en propiedad contra el pago de un precio.

5.3.4. Cuarta etapa. Comercialización de los departamentos en construcción

Es frecuente que se pretenda financiar la construcción del edificio con la venta anticipada de los departamentos. Esta modalidad, que en su momento originó la sanción de la Ley 19724 de Prehorizontalidad, distinguió aquellos edificios en donde un grupo de personas se reunía para construir un edificio y resultaban todas dueñas del edificio, de la situación en la cual la empresa titular de los departamentos resolvía comercializar y vender los departamentos en construcción. El caso de los condóminos que construían en conjunto, aun cuando se hubieran preadjudicado los departamentos en el convenio, los excluía de su regulación. Los casos que abarcaba eran todos aquellos en que hay un tercer adquirente de la unidad que todavía no existe como tal porque no se encuentra finalizada su construcción y, por lo tanto, no tiene posibilidades de afectarla al régimen de la propiedad horizontal, de transmitirla a un tercero y de inscribirla a su nombre para que sea inoponible a los acreedores del titular del negocio.

La exposición de motivos de la ley expresaba que

> … [el] período de prehorizontalidad es el comprendido entre el momento en que se ofrece una unidad que todavía no está en construcción hasta aquel en que finaliza la edificación y se cumplen los trámites para adjudicar el dominio.

Se sancionó con el objeto de tutelar a los adquirentes de unidades a construir contra el posible abuso de los vendedores, publicitando la venta en el Registro y, al mismo tiempo, impidiendo que el propietario disponga libremente del inmueble en construcción. Esta ley no se aplicó por distintos motivos, a pesar de un fallo plenario cuya doctrina planteaba que el adquirente de la unidad tenía derecho a dejar de pagar el precio en cuotas si el vendedor no había cumplido con la afectación a prehorizontalidad.[32]

31. Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos. Parte especial*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal -Culzoni, p. 64.

32. CNCiv., en pleno, 28/2/1979, "Cotton, Moisés D. y otros c/ Tutundjian, Simón s/ Sumario - Compraventa inmobiliaria - Ley de Prehorizontalidad - Inscripción registral".

El CCCN deroga el régimen de la Ley 19724 y establece, en el artículo 2070, que "los contratos sobre unidades funcionales celebrados antes de la constitución de la propiedad horizontal están incluidos en las disposiciones de este capítulo" (Capítulo 10 "Prehorizontalidad", Título V "Propiedad horizontal"). Asimismo, en el artículo 2071, el CCCN establece que

> Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular de dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar.
> El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante.

Por su parte, Mosset Iturraspe[33], anotando un fallo de 1977 en que se accionaba por incumplimiento de la vendedora, decía que no ignoraba que la situación planteada en autos fuera común y que el estado de prehorizontalidad abarcara desde el momento en que se ofrece una unidad que todavía no está en construcción hasta aquel en que finaliza la edificación y se cumplen los trámites para adjudicar el dominio. Agregaba que la protección de los adquirentes en el período de prehorizontalidad apunta siempre al terreno, que es lo existente, y no al "cubo de aire", sobre el cual no se puede constituir un derecho real actual sino eventual. Tampoco se la busca apuntando al edificio a construirse, ya que se trata solo de una cosa futura y prometida condicionalmente, y que en los sistemas que implican comercialización en la construcción por empresa promotora o administradora, la protección se busca por la inscripción de los boletos y la afectación del inmueble a la prehorizontalidad.

Si bien la situación fáctica sigue siendo la misma, es decir, el adquirente no puede inscribir su dominio y, por lo tanto, hacerlo inoponible a todos, la Ley de Prehorizontalidad 19724 ha sido derogada y es reemplazada en el Código Civil y Comercial por el Capítulo 10 del Título V, denominado "Prehorizontalidad", y dispone en el artículo 2070 que los contratos anteriores a la constitución de propiedad horizontal están incluidos en las disposiciones de este capítulo, mientras que el artículo 2071 dispone que:

> Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal el titular de dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o en su caso la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar. El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho sobre el adquirente a menos que cumpla

33. Mosset Iturraspe, Jorge, "Contrato de construcción de un departamento, compraventa de inmueble futuro o compraventa del terreno. ¿Unidad o pluralidad de contratos?", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, t. 1977-IV, p. 345.

íntegramente con las obligaciones pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante.

5.3.4.1. Naturaleza del contrato con el adquirente

La doctrina y la jurisprudencia polemizan desde hace largo tiempo sobre la naturaleza del contrato por el cual un adquirente compra un departamento en construcción, atento a que todavía no puede ser considerado cosa. En el caso que estudiamos, se trata de derechos futuros sobre una cosa futura, si se lo considera objetivamente, por lo cual se ha dicho que se trata de un contrato de compraventa de cosa futura o bien que se trata de un contrato de locación de obra. Las consecuencias prácticas resultan distintas según se trate de un contrato u otro, ya que las normas a aplicar son distintas de acuerdo con cada caso.

El artículo 1125 CCCN finaliza con la discusión doctrinaria, ya que expresa que cuando una de las partes se compromete a entregar cosas por un precio, aunque estas hayan de ser manufacturadas o producidas, se aplican las reglas de la compraventa, a menos que de las circunstancias resulte que la obligación principal consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. Si la parte que encarga la manufactura o producción de las cosas asume la obligación de proporcionar una porción sustancial de los materiales necesarios, se aplican las reglas del contrato de obra.

6. Normativa del Código Civil y Comercial. Contratos conexos

El CCCN define a la conexidad en el artículo 1073 como una situación en la que dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común, previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley expresamente pactada o derivada de la interpretación, conforme a lo que se dispone en el artículo 1074. Por su parte, el artículo 1074 establece que los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido.

En todas las etapas que mencionamos, en las que solamente hemos tomado algunos ejemplos de los contratos relacionados, se traban relaciones que dependen unas de otras, ya que no es posible que alguien adquiera un departamento en construcción sin que tenga especial interés en quién es el empresario que realiza la construcción del departamento.De esta situación puede derivarse la producción de efectos en la esfera jurídica de quienes no intervinieron directamente en el contrato. Así, un reciente fallo[34] estableció que la entidad financiera que se constituyó en fiduciaria y principal beneficiaria del contrato de fideicomiso en garantía celebrado con una empresa constructora era responsable, frente al comprador del inmueble fideicomitido, por las violaciones al régimen de defensa del consumidor. En el caso, el predio vendido no contaba con las tareas de obra previstas, dado que dicha entidad integró

34. CNCont. Adm. Federal, Sala II, 14/6/2005, "Banco Hipotecario c/ Ciudad de Buenos Aires" (*La Ley*, 20/9/2005, p. 3; t. 2005-E; cita online AR/JUR/2478/2005; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2006-2, p. 342).

la cadena de comercialización del bien y no fue un mero agente financiero carente de vinculación con los eventuales clientes de la constructora fiduciante. En la sentencia, el juez sostuvo:

> Desde otro ángulo, resulta acertada la imputación de responsabilidad a la entidad financiera con sustento en el art. 6 de la 24441, norma que dispone que el fiduciario deberá cumplir con sus obligaciones con la prudencia y la diligencia de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Su conducta quedará regida, entonces, por la directiva de la buena fe del art. 1198 del Código Civil (conf. Gregorini Clusellas, Eduardo, "Las obligaciones del fiduciario", *La Ley*, del 3 de junio de 2005).
> Entre sus obligaciones legales imperativas, de las que no puede liberarse contractualmente, podemos destacar: 1) rendición anual de cuentas; 2) prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos y 3) imposibilidad de exoneración de su responsabilidad en las consecuencias dañosas de la conducta propia o de sus dependientes (conf. De Hoz, Marcelo, "Contrato de Fideicomiso - Alternativa para emprendimientos urbanísticos y productivos", *La Ley*, 2003-A, 1067).
> En el caso, el Banco Hipotecario recibió la propiedad fiduciaria del inmueble en construcción, asumiendo la obligación de transmitir el dominio de las unidades a sus respectivos compradores, con arreglo a las disposiciones de la ley 24.441 (artículos 1, 7, 25 y 26). Aceptar el criterio de la entidad sancionada en el sentido de que no se encontraba ligada contractualmente con el denunciante importaría desnaturalizar el funcionamiento del fideicomiso.

Por su parte, en nota al fallo, Malumián[35] dice que

> Si el fiduciario no fuera fabricante, importador o productor o distribuidor del bien, asumiría un rol de mera administración del activo y quedaría amparado por la limitación de la responsabilidad. […] En esta línea, el fallo que comentamos ha entendido que el fiduciario de un fideicomiso en garantía "no resultaba un simple tercero… [pues] integró la cadena de comercialización del inmueble objeto de autos y, por ende, desestimada la falta de legitimación pasiva, resulta solidariamente responsable por el incumplimiento de la ley 24240, en los términos de su art. 40… Es que por el rol asumido en la operatoria, el banco debió controlar que los bienes fideicomitidos –bajo su administración– se encontraren correctamente terminados, en los términos de los contratos celebrados con el consumidor o al menos hacerse cargo de las eventuales reparaciones inmediatamente de tomar conocimiento de su existencia, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondieren".

Por nuestra parte, encontramos una explicación razonable en la conexidad contractual, en donde se relacionan los contratos dentro de la estructuración del negocio por su finalidad común. En el negocio de la construcción de departamentos para su comercialización se conectan todos los contratos que, siendo autónomos, se relacionan con la misma finalidad común, de manera que los contratantes de cada uno tienen acciones entre sí, pero, al mismo tiempo, se ven conmovidos por la conexidad de modo que el efecto relativo de los contratos se trasladó de la institución contractual al sistema global económico, lo que posibilita que los integrantes de la red, sin ser

35. Malumián, Nicolás, "El fideicomiso en garantía y la responsabilidad del fiduciario frente al consumidor", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 20/9/2005, p. 3; t. 2005-E, p. 436; cita online AR/DOC/2669/2005.

parte del contrato, puedan intervenir en el contrato que forma parte del sistema. El efecto relativo se mantiene pero se desplaza, lo que permite incorporar a todos los miembros de la red dentro del concepto de parte. Si el plexo contractual conexo tiene fuente legal, se habilitan acciones de terceros ante cada uno de los participantes en un negocio económico, generándose una situación de solidaridad pasiva de origen legal, como sucede con los derechos de los consumidores, situación que es amparada por la Ley de Defensa del Consumidor y por la normativa del contrato de consumo en el CCCN.

Transparencia de la contratación pública en Argentina

Armonización con la normativa prevista internacionalmente

María V. Bagattini

RdN 925

RESUMEN

Una política eficaz en materia de contratos públicos es vital para el éxito del mercado y el mejor destino de los fondos públicos. Argentina ha avanzado mucho en la puesta en marcha de la contratación pública y ha creado el marco normativo destinado a abrir contratos a la competencia y se han sentado las bases de una política eficaz de compras. Pero queda camino por recorrer. Como objetivo general y como principio rector en esta investigación, tendremos al principio de transparencia. Como objetivos particulares, desarrollaremos el control preventivo de las contrataciones públicas y la rendición de cuentas, a la vez que examinaremos, en el marco de los objetivos particulares, la planificación de las contrataciones, el funcionamiento del principio de transparencia en consonancia con las normas internacionales y los instrumentos para promoverla, todo esto estrechamente unido al control social de las contrataciones públicas. Realizaremos un desarrollo de la transparencia en las contrataciones bajo el régimen del derecho argentino y veremos cómo juegan aquí los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir del año 1994.

Sumario: *Agradecimientos.* ***1.*** *Consideraciones previas.* ***2.*** *La contratación pública.* ***2.1.*** *Caracterización del contrato administrativo.* ***2.2.*** *Objetivos de la contratación pública.* ***2.3.*** *Normativa aplicable.* ***3.*** *Principios generales aplicables a las contrataciones públicas.* ***4.*** *Principio de transparencia en las contrataciones públicas.* ***4.1.*** *Regulación normativa.* ***4.2.*** *Recepción jurisprudencial.* ***4.3.*** *Efectos de la contratación pública.* ***5.*** *Transparencia y derecho a la información pública en la contratación.* ***6.*** *Publicidad de la contratación vinculada al principio de transparencia.* ***7.*** *Instrumentos para promover la transparencia y el control social en las contrataciones públicas.* ***7.1.*** *Audiencia pública.* ***7.2.*** *Pacto de integridad.* ***7.3.*** *Discusión participada de las bases y condiciones.* ***7.4.*** *Sistema de declaraciones juradas como control de conflictos de intereses.* ***8.*** *Integridad de la contratación pública. Profesionalización, rendición de cuentas y control preventivo de las contrataciones.* ***9.*** *Distintos tiempos en la implementación de acciones de transparencia en las contrataciones públicas. Experiencias y proyectos.* ***10.*** *Corrupción como contracara de la transparencia.* ***10.1.*** *La licitación pública.* ***10.2.*** *La ejecución del contrato.* ***10.3.*** *El pago.* ***10.4.*** *La solución de las controversias.* ***11.*** *Conclusiones.* ***12.*** *Bibliografía.*

Agradecimientos

Debo dar las gracias a Néstor de Gregorio, quien me alentó a cursar la especialidad en Contratos de Derecho Administrativo, ya que sin aquella cursada toda esta investigación no hubiese existido. A María Maxit, quien leyó una primera versión del trabajo y realizó valiosas sugerencias y correcciones. También a mis padres, Ricardo Néstor Bagattini y Rosita B. Izquierdo, por su apoyo incondicional y por haberme brindado una sólida formación personal y académica en la Universidad Austral. A la Procuración del Tesoro de la Nación por los años de estudio en tan prestigiosa institución. Finalmente, quiero agradecer a mi esposo Gabriel Esteban Blanco por su paciencia infinita y a mi hijo Juan Francisco Blanco por todo su amor y dedicatorias en algún manuscrito.

1. Consideraciones previas

En estas páginas veremos que una política eficaz en materia de contratos públicos es vital para el éxito del mercado y el mejor destino de los fondos públicos. En nuestro país se ha avanzado mucho en la puesta en marcha de la contratación pública y por ello ya se ha creado el marco normativo destinado a abrir contratos a la competencia. Por su parte, los diversos operadores contractuales van adaptándose gradualmente a la nueva situación y tal marco deberá seguir siendo un factor de transformación de las prácticas tradicionales en materia de adquisiciones, contribuyendo así a la creación de un entorno propicio al desarrollo económico.

Ha llegado el momento de revisar lo transitado y lo que aún nos queda por hacer: estamos en plena transformación. Con el dictado del Decreto delegado 1023/2001 y del Decreto 893/2012,[1] sumado a la normativa de tratados internacionales, se han sentado las bases de una política eficaz de compras.

Se abandonan así prácticas adquisitivas muy arraigadas e ineficaces, pero queda, sin embargo, bastante camino por recorrer hasta llegar al aprovechamiento pleno de nuestra política de contratación pública, siendo para ello la transparencia uno de sus pilares.

Se comprenderá con nuestra exposición que hay situaciones problemáticas. Un desafío clave a nivel mundial ha sido definir un nivel apropiado de transparencia para asegurar un trato igualitario a los proveedores y la integridad en la contratación pública.

Además veremos cómo, si bien la transparencia es una parte fundamental de la buena gobernanza en relación a la contratación, se trata de una condición necesaria pero no suficiente para la integridad de este tipo de procesos, ya que es necesario que también sea eficiente y eficaz para asegurar el cumplimiento de los objetivos a través de un uso óptimo de los recursos, que exista un comportamiento ético para garantizar que el interés público se sitúe por encima de los intereses privados, que se

1. Sobre los antecedentes normativos, ver Montes, María V., "Manual práctico de contrataciones de la Administración Pública Nacional", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, RAP, Nº 305, pp. 10 y ss. (Advertencia: redactado en vigencia del Decreto 893/2012, derogado por el 1030/2016, que reglamenta actualmente el régimen de contrataciones y al que el lector deberá remitirse cuando sea pertinente).

garantice al público un acceso libre a la información para facilitar la comprensión de la gestión de los asuntos públicos, que exista una gestión financiera sana para garantizar un uso prudente y productivo de los fondos públicos y la obligación de rendir cuentas para garantizar que los representantes y los políticos asuman sus responsabilidades y sean responsables de sus propios actos.[2]

La comunidad internacional ya no promueve solo la democracia, el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, sino además "la buena gobernanza", término que surgió de un estudio del Banco Mundial para explicar por qué las simples reformas económicas no eran suficientes para alcanzar el desarrollo económico, sino que además, se requería de ciertas condiciones básicas en la gestión de los asuntos públicos.

En la actualidad, el concepto de gobernanza, y para extensión el de buena gobernanza, viene a constituirse como una exigencia obligada de renovación en el estilo de gobierno. La buena gobernanza es "el buen gobierno que responde a las expectativas y necesidades de los ciudadanos y que se concreta en que se ejerza responsablemente la autoridad pública y que se ofrezcan servicios de calidad".[3] Y hallaremos como relevante que la contratación pública debe ser considerada cada vez más como un elemento básico de la rendición de cuentas por parte del gobierno a la ciudadanía. La transparencia y la ética, si bien son una obligación, también son una orden expresa del nuevo presidente tal como lo señala la doctrina.[4]

Como objetivo general y como principio rector en esta investigación tendremos al principio de transparencia. Como objetivos particulares desarrollaremos el control preventivo de las contrataciones públicas y la rendición de cuentas, a la vez que examinaremos, en el marco de los objetivos particulares, la planificación de las contrataciones, el funcionamiento del principio de transparencia en consonancia con las normas internacionales y los instrumentos para promoverla, todo esto estrechamente unido al control social de las contrataciones públicas.

Partimos de que el objeto de la política de la contratación es establecer en el sector una competencia real y abierta que permita que las empresas se beneficien y las entidades adjudicadoras elijan libremente entre ofertas más competitivas y numerosas. Ya se ha establecido la legislación de base necesaria para alcanzar tales objetivos. Este marco normativo representa un equilibrado balance entre los imperativos de seguridad jurídica y flexibilidad. Por cuanto hace a la transparencia, ya se han obtenido resultados muy alentadores, aunque resta mucho por hacer. Debido a la enorme incidencia que las compras públicas tienen en las cifras del gasto público se reconoce este ámbito de las contrataciones estatales como de riesgo y una zona en la que se siguen concentrando significativas oportunidades para prácticas irregulares por tratarse del lugar donde el sector público y el privado se relacionan con más asiduidad.[5]

2. Estos son algunos de los doce principios que concretan la buena gobernanza, según el Consejo de Europa. Al respecto, puede ver Rodríguez Pacheco, Isidro N., "La buena gobernanza local y la participación de la sociedad civil en los asuntos públicos", 2009.

3. Ferro Ilardo, Susana B., *Estados latinoamericanos. Palabras claves para la región*, Buenos Aires, Dunken, 2008, p. 249.

4. Báez, Julio C. y Grisetti, Ricardo A., "Las nuevas formas de enfrentar la criminalidad organizada", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, Nº 3, 2016, pp. 217-260 (cita online AR/DOC/699/2016).

5. Transparency International, *Source book*.

En el marco de las reformas del Estado, las políticas de burocratización en los procesos de contrataciones estatales han atendido las distorsiones de una administración pública excesivamente centralizada y formal donde han predominado los obstáculos y las incertidumbres más que la penalización de las malas gestiones.

Ello ha producido confusiones que tendieron permanentemente a dejar de privilegiar los principios fundamentales de la administración pública, entre ellos la transparencia, y a permitir que prime el interés particular del funcionario o empleado público por sobre el interés público.

En todo procedimiento no debemos olvidar la ardua tarea de empapar a la contratación del principio de transparencia. Esto es así porque la práctica nos demuestra que muchos procedimientos han sido viciados por su no observancia.

De esta manera, cobra importancia la relación entre los principios de eficiencia y transparencia en las adquisiciones. La Oficina Anticorrupción considera, y estamos de acuerdo, que con la entrada del tema de la corrupción en la agenda pública, la visión se ha movido a considerar las políticas de transparencia como una condición para el buen gobierno. En este nuevo marco, la modernización de los sistemas de compra, la implementación de modalidades innovadoras de contratación, la generación de cuerpos normativos coherentes que contengan disposiciones adecuadas para fomentar las prácticas transparentes y prevenir la corrupción, y el desarrollo de esquemas de capacitación de los funcionarios encargados de realizar las contrataciones constituyen, entre otras herramientas, la base para el desarrollo de sistemas de adquisiciones que apunten a la eficiencia y estén, a su vez, estrechamente ligados a la transparencia.

Estas nuevas visiones se han ido consolidando en el plano internacional a partir de diversos aportes, entre ellos el sólido trabajo desplegado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a través del área de gobernanza pública.[6] El apoyo a los sistemas de integridad en adquisiciones y el impulso de modelos de estudio de casos exitosos han permitido generar un corpus consistente de políticas y mecanismos de contrataciones que ponen su foco en el fortalecimiento de las instituciones públicas y en la construcción de la confianza pública en el ámbito del OCDE.

En el ámbito de las convenciones internacionales en materia anticorrupción, puede observarse una evolución similar. La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), por su parte, contiene solo un inciso dentro de su artículo III referido a los sistemas de contrataciones públicas y sus disposiciones son de carácter optativo para los países que ratificaron la convención.[7] Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) abre el foco en materia de adquisiciones públicas reconociendo la importancia de los aspectos preventivos y de transparencia a través de un exhaustivo artículo.[8]

Los funcionarios o empleados públicos requieren una profunda transformación para responder a las nuevas necesidades de la administración y de la gestión

6. "Integrity in public procurement. Good practice from A to Z", París, OECD-Publishing, 2007.

7. Más allá de lo dicho, es posible apreciar el importante avance que ha significado en este sentido el trabajo del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la CICC, al consultar, por ejemplo, el Informe de Análisis de Argentina en http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/internacional_02.asp.

8. Ver art. 9 de la CNUCC.

pública. En este sentido, consideramos fundamental que los nuevos funcionarios en todas las áreas del gobierno respeten y hagan respetar la ética pública, la transparencia y la rendición de cuentas.

En el presente trabajo, realizaremos un desarrollo de la transparencia en las contrataciones bajo el régimen del derecho argentino y veremos cómo juegan aquí los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir del año 1994, fecha a la cual nos remitimos para acotar nuestro estudio. Nada más resta decir que en el año 2012 se promulgó en nuestro país un sistema normativo[9] para la adquisición de bienes y servicios. Y es por ello que sobre la base de la experiencia adquirida y observada en todo el proceso de obtención, vemos factible indagar en esta temática.

Queremos que a lo largo de este trabajo, el *clari loqui*, que significa "hablar claro", esté presente. Y hablar claro es un deber de la administración que surge del principio de transparencia, de la predictibilidad, del debido procedimiento y, a nivel contractual, del principio de buena fe.[10]

2. La contratación pública

En este apartado vamos a considerar el marco normativo que rige las contrataciones administrativas en el orden nacional, en especial el Decreto delegado 1023/2001 y el Decreto 893/2012, para luego profundizar en el principio de transparencia.

Cuando hablamos de contrato en sentido genérico hacemos referencia a un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, entendidas como las partes, que tiene por finalidad regir sus derechos. De esta manera las partes se ponen de acuerdo acerca de cómo se regulará una determinada relación entre ellas. Lagarde[11] nos introduce al tema diciendo que "la noción de contrato es única para el derecho privado y para el derecho público".

Por eso, el concepto de contrato que consagra el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) es plenamente aplicable tanto al contrato de derecho privado como a los contratos administrativos, como principal especie de los contratos de derecho público.[12] No obstante esta conceptualización, que se refiere pura y exclusivamente a la noción de contrato, sí encontramos diferencias radicales entre los contratos civiles y administrativos.[13]

9. El Decreto 893/2012 Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, reglamentario del Decreto delegado 1023/2001, fue sancionado el 7/6/2012 y publicado en el Boletín Oficial (BO) el 14/6/2012.

10. En el ámbito de la contratación administrativa, el contenido de buena fe se vuelve más intenso, en atención a los intereses o necesidades públicas que se tiende satisfacer, lo que naturalmente conlleva a que el Estado se encuentre impedido de actuar como si se tratara de un negocio lucrativo del que deba obtener la mayor cantidad de ganancias legítimas en perjuicio del contratista (ver Cassagne, Juan C. y Sacristán, Estela B. [colab.], *El contrato administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2005, pp. 126-127).

11. Lagarde, Fernando M., "Cuestiones de contratos administrativos", Buenos Aires, [s.e.], [s.f.] [ponencia expuesta en la primera jornada del Curso Básico de Abogacía Estatal, Local y Federal organizado por la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2/9/2013] [última consulta: 5/1/2017].

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

13. Gordillo, Agustín A., "Clasificación de los contratos administrativos", en *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Macchi, p. 15.

La Oficina Anticorrupción define el concepto de contratación pública como

> … toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de los cuales una se encuentra en ejercicio de la función administrativa, cuyo objeto puede estar constituido por la realización de una obra, la prestación de un servicio público, así como la obtención o enajenación de un bien o servicio que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales. En este acuerdo se exterioriza la actividad administrativa cuya especificidad está dada por su régimen jurídico. […] Los procedimientos de contratación pública requieren para su gestión un conjunto de reglas y parámetros, a fin de que el Estado pueda cumplir de la manera más adecuada con las tareas que le son inherentes y, a la vez, alcanzar una administración eficiente y transparente de los recursos públicos.[14]

Las normas básicas que regulan la materia son, como enunciamos al comienzo, el Decreto delegado 1023/2001 y el Decreto 893/2012 (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional). Existen, asimismo, otras normas vinculadas con el tema, entre las que podemos destacar: la Ley 13064 (Obra Pública), la Ley 24156 (Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional), la Ley 25188 (Ética en el Ejercicio de la Función Pública), la Ley 25551 (Compre Trabajo Argentino), el Decreto 1545/1994 (Creación de la Oficina Nacional de Contrataciones. Parte Pertinente), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por la Ley 26097[15]).[16]

En el marco legal se encuentran comprendidos[17] los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, y concesiones de uso de los bienes de dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y todos aquellos contratos no excluidos expresamente de conformidad con lo dispuesto por el inciso a) del Decreto delegado 1023/2001. Están excluidos[18], en cambio, los contratos a) de empleo público; b) de compras por caja chica; c) que se celebren con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Decreto delegado 1230/2001 y sus modificaciones y del Decreto 893/2012, cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual, ni de las facultades de fiscalización sobre este tipo de contratos que la Ley 24156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control; d) comprendidos en operaciones de crédito público; e) de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y li-

14. "Compras y contrataciones públicas", documento editado por la Oficina Anticorrupción como parte de la colección "Herramientas para la Transparencia en la Gestión", Nº 4, [s.f.], pp. 2-3. [Última consulta: 5/1/2016].

15. En su art. 9, establece los valores mínimos que cada Estado parte deberá considerar a la hora de establecer los sistemas de contratación pública basados en la transparencia, competencia y criterios objetivos para la adopción eficaz de decisiones.

16. Cfr. ob. cit. en nota 14, p. 3.

17. Decreto 893/2012, art. 2.

18. Decreto 893/2012, art. 3.

cencias, enumerados en el artículo 4 inciso b) del Decreto delegado 1023/2001 y sus modificaciones.[19]

> El régimen de contrataciones públicas es de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8 de la Ley 24156 de Administración Financiera y sus modificaciones. En ese sentido, el Sistema de Contrataciones de la Administración Pública Nacional se aplica a la administración central, organismos descentralizados, universidades nacionales y en las Fuerzas Armadas y de Seguridad. Su ámbito de aplicación no alcanza, en cambio, a provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios, ni otros organismos que cuenten con un régimen específico, como PAMI o AFIP. También se encuentran excluidos empresas y sociedades del Estado, fondos fiduciarios con participación estatal, entidades financieras del sector público nacional tales como Banco Nación, Banco Hipotecario y Banco Central y entidades multilaterales de crédito como el BID y el Banco Mundial. Las entidades no comprendidas, sin embargo, pueden voluntariamente aplicar el sistema y participar de su operatoria.[20]

El tipo de procedimiento de selección del proveedor que se va a utilizar se debe determinar junto con su respectiva clase y modalidad, conforme el tipo de contratación que se quiera efectuar, de acuerdo a las disposiciones establecidas por la norma marco en cada caso. No obstante lo señalado precedentemente, para definir qué procedimiento de selección del proveedor resultará más adecuado y conveniente a los intereses públicos, se deberán evaluar circunstancias tales como: a) objetivos de economicidad, b) características de los bienes o servicios a contratar, c) monto estimado del contrato y d) razones de urgencia o emergencia.[21]

En relación a la elección del procedimiento[22], según el monto estimado del contrato se considerará el importe total en que se estimen las adjudicaciones, incluidas las opciones de prórroga previstas, y se aplicará la siguiente escala[23]: a) licitación pública o concurso público: más de seis mil módulos, b) licitación privada o concurso privado: hasta seis mil módulos y c) contratación directa: c1) por trámite simplificado: hasta setenta y cinco módulos, c2) del apartado 1 del inciso d) del artículo 25 del Decreto delegado 1023/2001 y sus modificaciones, hasta mil trescientos módulos.

Si bien la regla general debe ser la licitación pública, además de las variables mencionadas basadas en los montos del contrato, la normativa prevé excepciones a dicha regla en casos como urgencia, exclusividad, obras artísticas y científicas, contrataciones entre organismos o con universidades o reparación de equipos.

Para su gestión, los procedimientos de selección requieren un conjunto de reglas y parámetros que mejoren las prácticas en esta materia con el propósito de cumplir cabalmente con los fines del Estado y alcanzar la adecuada administración en los recursos públicos. Ello dentro de un marco de la mayor transparencia, eficiencia, eficacia y economía.

19. Cfr. ob. cit. en nota 14, p. 4.

20. Ibídem.

21. Ídem, p. 5.

22. Marienhoff sostiene que, en principio, existe libertad teórica de la administración para elegir su cocontratante en la medida en que una norma expresa no imponga un sistema que limite esa libertad (Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. 3-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 157, § 627).

23. Decreto 690/2016, art. 3.

Es necesario destacar la importancia de la contratación pública como instrumento que utiliza el Estado para la realización de los fines que le son inherentes, por lo que resulta imprescindible que el Estado compre un bien o contrate un servicio necesario para satisfacer una necesidad con la menor cantidad de recursos públicos y de manera eficaz y eficiente. Además si las contrataciones públicas se desarrollan en un contexto de publicidad y acceso a la información, se posibilita el control social.[24]

En un proceso de contratación transparente podemos decir que se benefician: a) el sector público, ya que sus decisiones tienen un respaldo de legitimidad y legalidad, b) el sector privado, que puede participar en estos procesos en un marco de competencia leal y c) la sociedad en general, dado que las necesidades sociales son cubiertas con bienes y servicios públicos adquiridos en mejores condiciones de mercado.

Ahora bien, para determinar que existe contrato administrativo debemos considerar tres datos fundamentales y ellos son: a) que una de las partes sea el Estado, b) que la prestación o actividad objeto del contrato esté destinada a satisfacer una necesidad de interés general de la ciudadanía, incluso las compras que son necesarias para el funcionamiento de los organismos públicos y c) que las normas jurídicas que regulan la relación contractual sean especiales, que exista un régimen exorbitante que salga de la órbita del derecho privado.

Por su parte, Andreucci[25] sostiene que "cualquiera sea el tipo de contrato que desee realizar la Administración, deberá respetar un procedimiento especial, atento a que las contrataciones de la Administración podrán ser" preponderantemente regidas por el derecho privado o "por el derecho público, lo que determina la existencia o no de contrato administrativo". Todas las contrataciones de la Administración tendrán los requisitos esenciales de la presencia de un sujeto estatal (centralizado o descentralizado), una persona de derecho público o un particular y una causa fin de protección del interés público. Cuando a estos requisitos se agrega la existencia de un régimen de derecho público, se concreta que la administración imponga un régimen legal que desplace la vigencia o aplicación del derecho de fondo o común, fijando prerrogativas (por ejemplo, en la obra pública la locación de obra se rige por la legislación local del contrato de obra pública imponiendo prerrogativas que si no estuvieran se regiría por el derecho de fondo; en el empleo público, la locación de servicio se rige por el régimen local del empleo público fijando sus prerrogativas estatales). En los casos de locaciones regidas por el derecho de fondo, la administración no impone sus potestades y todo se rige por el derecho común).

En el siguiente punto, se detallarán estos elementos.

2.1. Caracterización del contrato administrativo

Según este criterio, un contrato de la administración puede ser considerado administrativo por cualquiera de las siguientes razones.

24. Arcidiácono, Pilar, Arenoso, Federico y Rosenberg, Gastón [Poder Ciudadano], *Transparencia y control social en las contrataciones públicas*, Buenos Aires, Fundación Poder Ciudadano, 2006.

25. Andreucci, Carlos A., "Contratación pública: sistemas de selección. Transparencia pública", en la obra colectiva *Cuestiones de contratos administrativos. En Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, p. 802.

1) Estado como parte:

Considerar al Estado como parte del contrato administrativo implica genéricamente referirnos a la Administración Pública, englobando en esa expresión a todas las manifestaciones jurídicas del Estado en que pueden celebrarse contratos administrativos.

En el caso del Poder Ejecutivo Nacional y sus órganos dependientes, los denominados entes autárquicos o entes descentralizados, se considera Estado a la Administración Federal de Ingresos Públicos, a la Administración Nacional de la Seguridad Social, a la Comisión Nacional de Energía Atómica, al Ente Nacional Regulador de la Electricidad, al Ente Regulador del Agua, entre otros. Y en lo que se refiere al Poder Legislativo y Poder Judicial Nacional, a través de sus órganos competentes, es decir, por medio de las dependencias facultadas para celebrar los contratos administrativos necesarios para el funcionamiento de tales poderes (función administrativa[26]), como la contratación de personal o el suministro de insumos indispensables para su funcionamiento.

Dicho esto, es importante tener en cuenta que, para que se configure un contrato administrativo, una sola de las partes debe ser la Administración Pública. Por lo tanto, cuando las dos partes del contrato pertenecen a esa Administración, ya sea nacional, provincial, municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no se celebra un contrato administrativo sino que se celebra un contrato interadministrativo.[27] La distinción es trascendente ya que las normas y reglas aplicables a los contratos administrativos no son aplicables a los contratos interadministrativos.

Podemos decir que en los contratos interadministrativos la Administración contrata consigo misma, motivo por el cual no resultan de aplicación las normas que rigen los contratos administrativos, concebidas para regular una relación contractual entre la Administración y un particular.

En ese contexto, la sola circunstancia de que una de las partes sea la Administración Pública no convierte automáticamente la relación en un contrato administrativo. Es indispensable que una de las partes del contrato sea la Administración pero para que ese contrato sea considerado administrativo o público debe concurrir otra característica más y es que la finalidad perseguida por la Administración al celebrar el contrato sea la satisfacción de una necesidad de interés general como veremos seguidamente.

2) Interés público:

Toda la actividad de la Administración Pública debe orientarse a satisfacer en forma directa e inmediata los intereses públicos, es decir, las necesidades colectivas del grupo social.

Una de las maneras en que la Administración intenta satisfacer las necesidades de interés general es mediante la celebración de distintos contratos. Ello sobre la idea

26. Al respecto, ver Altamira Gigena, Julio I., "La función administrativa" [online], en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [portal web], [s.e.], [s.f.]. [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artfuncionadministrativa - Última consulta: 5/1/2017].

27. Muñoz, Ricardo A. (h), "Contratos interadministrativos. En la Unión Europea y en la Argentina" [online], en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, RAP, 03, 09/2014. [Último ingreso: 5/1/2017].

de que su ejecución permitirá satisfacer una necesidad pública concreta, incluyendo la compra de insumos y bienes que hacen al funcionamiento corriente de las dependencias del Estado. Por esto, una de las formas en que se instrumenta la actividad administrativa es la de la contratación pública.

En este sentido, debe tenerse presente que el interés general no es, simplemente, la suma de intereses individuales de la totalidad o de la mayoría de la población, sino que la trasciende.

En nuestro país, tanto la jurisprudencia como *a fortiori* la doctrina han tendido a utilizar formas más amplias pero en definitiva menos precisas y puntuales, manifestando que la caracterización como contrato administrativo requeriría nociones tales como las de fin o interés público, o utilidad pública, o que pueda afectar una necesidad o fin público o de bien común.[28]

3) Régimen exorbitante:

La presencia de la Administración Pública como una de las partes necesarias de las contrataciones administrativas y la finalidad íntimamente vinculada a la satisfacción de una necesidad de interés general son motivos suficientes para justificar la aplicación, respecto de los contratos, de un conjunto de principios generales y normas de características especiales, diferente del que regula las relaciones contractuales entabladas entre particulares.

En un contrato celebrado entre dos personas individuales o entre empresas, o entre un individuo y una empresa, los intereses que se encuentran involucrados son exclusivamente particulares y privados, de cada individuo, de cada empresa. Por lo tanto, se rigen por normas y reglas propias del derecho privado (ya sea civil o comercial), que se caracterizan por consagrar los principios de autonomía de la voluntad e igualdad jurídica absoluta entre las partes.

El principio de la autonomía de la voluntad puede resumirse en el clásico adagio que reza "todo lo que no está prohibido, está permitido". Es decir que, en los contratos que celebran los particulares, las partes tienen un amplio margen para definir de qué modo regularán su relación contractual, teniendo como únicos límites ciertas exigencias establecidas en las normas, de cumplimiento ineludible, y algunas prohibiciones expresas. Pero la situación cambia significativamente cuando ingresamos en el campo de las contrataciones públicas.

Ciertamente, la intervención de la Administración Pública como parte de contratos y su estrecha vinculación con las necesidades de interés general obligan a modificar los ejes sobre los que se asienta el régimen jurídico aplicable, ya que mientras que el derecho privado está pensado para regir situaciones en las que solo están involucrados intereses particulares, este mismo régimen resulta insuficiente cuando

28. Coviello, Pedro, "Los contratos de derecho privado de la administración", en AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 25), pp. 102 y ss. La Corte menciona el mismo criterio finalista, pero dice en otros casos que siempre el Estado actúa, por definición, en la prosecución del fin público o que el mero fin público no determina el carácter del contrato. En la primera línea, ver los *obiter dicta* de: a) 22/6/1962, "Empresas Rodríguez Inc., Delaware c/ Empresa Nacional de Transportes" (*Fallos*, t. 253, p. 101); b) 20/12/1965, "Cooperamet c/ Instituto Argentino de Promoción del Intercambio" (*Fallos*, t. 263, p. 510); c) 3/3/1992, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ Cobro de australes" (*Fallos*, t. 315, p. 158); d) 2/3/1993, "Cinplast IAPSA c/ ENTel s/ Ordinario" (*Fallos*, t. 316, p. 212); entre otros casos que reseña Coviello (pp. 110 y ss).

el interés general aparece en escena con un protagonismo preponderante. Y se desdibuja así el principio de autonomía de la voluntad, uno de los pilares básicos de los contratos privados.

Esto es así debido a que el particular que contrata con la Administración no puede, en general, discutir o negociar con ella las cláusulas del contrato, sino que debe limitarse a aceptar las que unilateralmente fija la Administración.

La propia Administración carece de libertad plena para fijar las cláusulas contractuales que considere más convenientes. Esto se deriva del hecho de que la Administración Pública deberá ajustarse a las normas jurídicas aplicables, como ser la Constitución Nacional, tratados internacionales, leyes del Congreso, reglamentos administrativos, entre otras, que condicionan estrictamente la actuación en todos los ámbitos, entre ellos el contractual. Esto es lo que se denomina "principio de legalidad" o "principio de juridicidad", cimiento fundamental del Estado de derecho. Así, el Estado en todas sus manifestaciones y en todas sus actividades debe actuar siempre con plena sujeción a las normas existentes.

La Administración, al representar el interés general comprometido en la celebración y ejecución del contrato, cuenta con una serie de poderes jurídicos denominados "potestades" o "prerrogativas", que puede y debe ejercer frente al particular que contrató con ella cuando el interés general así lo exija.

Gordillo[29] entiende que el contrato quedará sometido a un régimen de derecho público, siendo por lo tanto un contrato administrativo y no un contrato de derecho privado de la administración cuando la Administración: a) contrate bajo un procedimiento de derecho público como lo es la licitación pública, con un pliego de bases y condiciones impuestos por la Administración en forma unilateral, b) incluya cláusulas por las que puede aplicar y ejecutar por sí ciertas penalidades (extinción unilateral por acto administrativo, multas por retardo, pérdida de la fianza, ejecución por terceros en caso de incumplimiento, entre otros), c) se exima de responsabilidad por falta de pago o mora en los pagos, salvo el reconocimiento de intereses reducidos, d) excluya la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato y e) dé carácter precario a los derechos del contratista, o subcontratista en su caso (la provisión de obras, bienes o servicios a los concesionarios), entre otros.

Contrarrestando y limitando las potestades, el ordenamiento jurídico confiere a los particulares que contratan con la Administración una serie de garantías jurídicas que sirven para equilibrar aquellas potestades y ponen a debido resguardo los derechos e intereses del particular. El reconocimiento de esas garantías a favor de una de las partes solo se justifica frente al otorgamiento de potestades a la otra. Por eso, ambas potestades y garantías solo existen y se justifican en los contratos administrativos, motivo por el cual no se presentan en los contratos privados.

Por su parte, Andreucci[30] afirma que

> … el derecho administrativo actual se particulariza por la existencia de prerrogativas de la Administración frente a los particulares para lograr los fines de interés público y de derechos sustanciales o adjetivos del administrado frente a la Administración. Así, la función administrativa posee las siguientes prerroga-

29. Gordillo, Agustín A., ob. cit. (cfr. nota 12).

30. Andreucci, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 25).

> tivas: a) generar vínculos y obligaciones frente a terceros, siendo el reglamento lo más característico, b) la presunción de legitimidad del acto administrativo, c) la ejecutoriedad del acto administrativo, d) la convocatoria, celebración, interpretación dirección, control, inspección y rescisión unilateral de los contratos administrativos por parte de la función administrativa y e) las prerrogativas procedimentales o procesales a favor de la función administrativa (tales como la caducidad por el transcurso de los plazos para recurrir, demandar).
> Por su parte, los derechos sustanciales emergen del plano constitucional (igualdad ante la ley: requisito de idoneidad en el acceso a los cargos públicos, procedimiento de selección del contratista; propiedad: mantenimiento de la ecuación económica financiera, la intangibilidad salarial, pago del precio en los contratos o del sueldo en el empleo; debido proceso o debida defensa: en la inspección en la obra pública con participación del contratista, representante legal o inspector, ofrecimiento de prueba y sustanciación de la misma para obtener un acto fundado; el procedimiento disciplinario en el empleo público que garantice un trámite regular, con oportunidad de respetar el derecho de defensa, ofrecimiento de prueba y sustanciación de la misma previo al dictado de un acto fundado). En este marco, la contratación pública permite que la Administración pueda cumplir con sus fines públicos por medio de terceros particulares que voluntariamente, siendo colaboradores del Estado, se involucren en la búsqueda del interés público aceptando las prerrogativas estatales y el ejercicio de sus derechos frente a la Administración.

Esta dualidad de potestades y garantías es propia del derecho público en general y de los contratos públicos en particular, en los que el Estado actúa en procura del interés general, configurando así un régimen jurídico especial, distinto del derecho privado que técnicamente recibe el nombre de régimen jurídico exorbitante, esto es régimen y/o cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado.[31]

2.2. Objetivos de la contratación pública

Como objetivos de la política de contratación pública encontramos: a) crear las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación; b) conseguir una utilización racional del erario público mediante la elección de la oferta más conveniente; c) facilitar a las empresas el acceso al mercado; y d) reforzar la competitividad de las empresas como resultado de todo el proceso.

Al respecto, creemos que es interesante, para poner en práctica, un estudio ordenado por la Unión Europea en el que se llegó a la conclusión de que una eficaz política de contratación pública era esencial para: a) que el mercado único generara un crecimiento sostenido a largo plazo, con la consecuente creación de empleo; b) fomentar el desarrollo de empresas capacitadas para aprovechar las posibilidades que les ofrece el mayor mercado integrado del mundo y para hacer frente a la competencia en los mercados mundiales; y c) permitirle al contribuyente y al usuario obtener servicios públicos de mejor calidad a menor costo.[32]

31. Barra, Rodolfo, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, pp. 166 y ss.

32. Comisión de las Comunidades Europeas, "Libro Verde. Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro", Bruselas, 27/11/1996, COM(96) 583 final.

Por todo esto, son muchos los años de experiencia que podemos aprovechar para implementar y generar una transformación que aparte la corrupción como contracara de la transparencia.

Es probado que dada la gran dimensión de las contrataciones, el establecimiento de compras eficaces puede representar abonos considerables para los gobiernos y con ello para los contribuyentes. Asimismo, una adjudicación de contratos públicos limpia, no discriminatoria y transparente reduce el peligro de fraude y corrupción en las administraciones, pero si no basta la transparencia por sí sola para erradicar totalmente los vicios arraigados, entonces un mecanismo de seguimiento y control de los procedimientos con capacidad sancionadora proporcionada, efectiva y disuasiva ayudaría a prevenir el riesgo de perjudicar el interés público.

2.3. Normativa aplicable

El campo de la contratación pública es realmente vasto pues refleja las múltiples actividades que desarrolla la Administración Pública y es por ello que los tipos de contratos administrativos son numerosos.

Existe una amplísima gama de estos contratos, que va, por ejemplo, desde la contratación de un empleado público hasta la concesión de un servicio público esencial para la ciudadanía, como la distribución eléctrica o de agua corriente.

Esta diversidad tiene en el plano normativo una consecuencia inevitable que es la imposibilidad de incluir en una regulación legal, uniforme, única e integral la totalidad de estos contratos públicos.

Así podemos enumerar algunas de ellas: la Ley 25164 y los Decretos 1421/2002 y 1184/2001, que establecen distintas variantes en la contratación de empleados públicos; la Ley 13064, que rige el contrato de obra pública; la Ley 17520, que regula el contrato de concesión de obra pública; la Ley 11672, complementaria permanente de presupuesto; la Ley 24156 de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional que contienen disposiciones aplicables en general a todas las contrataciones y, en especial, rigen el contrato de empréstito público; y la Ley 22460, que establece el régimen del contrato de consultoría.

No obstante, esta variedad tiene vigencia en el ámbito nacional una norma por la que se establece un régimen general de contrataciones públicas, que regula todos estos contratos, salvo los expresamente excluidos. Es decir, que si bien no es posible establecer un sistema único para todas las contrataciones, al menos se ha generalizado la regulación normativa de los aspectos que son comunes a todas ellas.

En el Decreto delegado 1023/2001, se establecen, entre otras cuestiones: a) los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones; b) las formalidades que se deben cumplir en las actuaciones administrativas tendientes a celebrar los contratos; c) las facultades, los derechos y las obligaciones de la autoridad administrativa contratante y de los particulares que contratan con la administración; d) las responsabilidades de los funcionarios intervinientes; e) el criterio de selección de aquel con quien contratará la administración.

Por su parte, mediante el Decreto 893/2012 se aprobó el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, complementando al Decreto 1023/2001, y en una posición de subordinación jurídica. Por medio del mismo, se regulan cuestiones tales como: a) las formas de

publicidad y difusión de los pliegos de bases y condiciones y de los procedimientos de licitación, concurso y subasta en el país y en el exterior; b) el desarrollo de estos procedimientos y las distintas modalidades de las contrataciones; c) la forma de confeccionar los pliegos de bases y condiciones; d) los elementos relacionados con la presentación y evaluación de las ofertas; e) el perfeccionamiento, la ejecución y la extinción del contrato; f) lo relativo a los proveedores de la administración: sanciones aplicables; g) la vista de las actuaciones, h) la programación de las contrataciones; y i) la publicidad de la convocatoria para recibir observaciones al pliego de bases y condiciones particulares.

El Decreto delegado 1023/2001, en su artículo 1, señala que

> El régimen de contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible…

Tanto el decreto como nosotros dedicaremos especial atención al principio de transparencia, el cual debe verificarse en las actuaciones administrativas. Para ello se señala la necesidad de dar mayor publicidad y difusión a las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad.

3. Principios generales aplicables a las contrataciones públicas

En estas breves reflexiones, abordaremos estos principios generales de derecho, inabarcables en este trabajo pero sobre lo cual nos interesa efectuar unas consideraciones previas. Cualquiera sea el procedimiento de contratación estatal que vayamos a aplicar, este deberá interpretarse desde el inicio de las acciones administrativas hasta la finalización de la ejecución acordada, sobre la base de un riguroso cumplimiento de una serie de principios generales consagrados normativamente en el artículo 3 del Decreto delegado 1023/2001: legalidad o juridicidad, razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación, promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes, transparencia en los procedimientos, publicidad y difusión de las actuaciones, responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que intervengan en las contrataciones y, finalmente igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes; y en el artículo 7 de la Ley 2095 de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Hacemos referencia a esta última ley, ya que, en general, ambas normas coinciden y pueden resumirse así:

a) Principio de libre competencia: en los procedimientos de compras y contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia y objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de oferentes potenciales.
b) Principio de concurrencia e igualdad: todo oferente de bienes y/o servicios debe tener participación y acceso para contratar con las entidades y jurisdicciones en condiciones semejantes a la de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de ley.

c) Principio de legalidad: todo el proceso de contratación y posterior ejecución de los contratos que el sector público celebre con terceros debe estar positivamente sometido al ordenamiento jurídico en su totalidad.
d) Principio de publicidad y difusión: la publicidad de los llamados es el presupuesto necesario para asegurar la libertad de concurrencia suscitando en cada caso la máxima competencia posible, garantizando la igualdad de acceso a la contratación y la protección de los intereses económicos de la Ciudad.
e) Principio de eficiencia y eficacia: los bienes y servicios que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones en su uso final.
f) Principio de economía: en toda compra o contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar en las bases y en los contratos exigencias y formalidades costosas e innecesarias.
g) Principio de razonabilidad: en toda la contratación debe existir una estrecha vinculación entre el objeto de la contratación con el interés público comprometido.
h) Principio de transparencia: la contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de éste régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de contrataciones y participación real y efectiva de la comunidad.

Pero todo esto no se logra solo con la sanción de leyes, como han anticipado los doctrinarios Canosa, Ivanega y Rejtman Farah:

> … las prácticas reñidas con la ética no cambiarán por una ley ni se revertirán con meros cambios de textos normativos. Es necesario realizar un abordaje sistémico, una aplicación irrestricta de soluciones que garanticen los principios y garantías constitucionales en juego, y la clara y firme voluntad de funcionarios, partes intervinientes en el proceso, sociedad civil y operadores del derecho, por hacerla efectiva.[33]

En relación a esta cuestión, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que "el principio de transparencia no es propio o específico del procedimiento licitatorio, porque debería serlo de todos los procedimientos administrativos". La transparencia aparece así "como el cumplimiento cabal de todos los otros principios propios de la licitación (publicidad, concurrencia, igualdad) y entendemos que los engloba. Es un resultado de su cumplimiento". La transparencia está también emparentada con el control[34] y la publicidad, receptados por la jurisprudencia en "Copimex CAC".[35]

33. Canosa, Armando N., Ivanega, Miriam M. y Rejtman Farah, Mario, "Procedimiento y proceso administrativo, jornadas organizadas por la Carrera de Especialización", en Cassagne, Juan C. [dir.], *Derecho Administrativo Económico. Sección I - El procedimiento administrativo.* (Ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. AP/DOC/2642/2012).

34. Dictamen 15/2005 PTN del 12/08/2005. Expte. 01-0153535/04. Organismo Nacional de Administración de Bienes, Dictámenes 253:167.

35. CSJN, 27/8/1991, "Copimex CAC e ISA c/ Alesia SACIF y AG" (*Fallos*, t. 314, p. 899).

En igual sentido, el ordenamiento europeo ha reconocido la necesidad de encauzar el procedimiento de contratación administrativa a principios esenciales, destacando entre ellos los de igualdad, no discriminación y transparencia.[36] Es interesante el conocido Informe Nolan,[37] en donde el primer ministro británico, para el establecimiento de unas normas de conducta en la vida pública, da una serie de recomendaciones sobre los principios que han de inspirar la actuación de políticos y servidores públicos:

> … desinterés: decisiones solo con arreglo al interés público, integridad: no colocarse bajo ninguna obligación financiera o de otro tipo con terceros u organizaciones, objetividad: se deben elegir razones de mérito al momento de decidir, responsabilidad: sometidos a procedimientos de control de acuerdo con el cargo que se ocupa, transparencia, honestidad, liderazgo…

4. Principio de transparencia en las contrataciones públicas[38]

Entenderemos completamente la importancia de este principio si tenemos presente que en el proceso de compra pública cuidar el dinero del comprador es central porque no es propiedad de quien lo gasta en ese momento. Si bien esto puede parecer una obviedad, muchas veces es olvidado, y es un dato primordial ya que determina el notable valor que tiene la capacitación e idoneidad de los funcionarios que trabajan en las áreas de compras. Además, las contrataciones son un punto de contacto entre la Administración Pública y el sector privado. Y es en este contexto en donde se dan intereses contrapuestos ya que, mientras que el sector privado tiene como interés particular el económico, la Administración Pública tiene que satisfacer el interés general de la sociedad. Y a través del sistema de contrataciones públicas, la Administración ejecuta gran parte del presupuesto, lo cual implica un movimiento de miles de millones de pesos que influyen en miles de procesos de contrataciones en manos de miles de funcionarios públicos.

Estos elementos, junto a otros muchos factores, hacen que los procesos de contrataciones públicas sean espacios donde los actores intervinientes tienden a ejercer presiones para satisfacer sus propios intereses, dejando de lado la finalidad de satisfacer el interés general de la sociedad, razón por la cual el respeto y cumplimiento de las normas y principios que rigen las contrataciones públicas por parte de los funcionarios públicos se tornan esenciales para evitar que las presiones por satisfacer el interés privado vulneren el propósito público.

36. Al respecto puede verse la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, del 31/3/2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

37. Cfr. *Informe NOLAN, Normas de conducta de la vida pública.* La versión completa del informe puede verse en Documentos INAP, Madrid, 1996. A petición del primer ministro británico, a finales de 1995 se constituyó un comité de expertos para proponer las Normas de Conducta en la Vida Pública, referida a la actividad parlamentaria y administrativa. Dicho comité, presidido por el juez Nolan, emitió en mayo de 1995 un primer informe con recomendaciones.

38. La fundación Poder Ciudadano ha estudiado estas cuestiones que, por considerarlas completas, simplemente adaptaremos y transcribiremos. Así, como podremos comprobar al avanzar en la lectura, aquello que difiere del texto original es porque lo hemos ampliado. Ver Arcidiácono, Pilar, Arenoso, Federico y Rosenberg, Gastón [Poder Ciudadano], ob. cit. (cfr. nota 24).

Como afirma Lamoglia

> La organización y puesta en marcha de una Administración Pública eficiente, accesible, comprometida con los valores del Estado de Derecho y que además acredite transparencia en cada una de las decisiones que adopte, son objetivos primarios a los que debe contribuir el derecho administrativo como rama de la ciencia jurídica ocupada del quehacer de la administración y de su relación con los ciudadanos en pos de satisfacer el interés de la población.[39]

Esto, que parece simple, en la práctica no lo es, ya que las compras públicas deben desarrollarse con un doble objetivo complejo: no solo tienen como finalidad la satisfacción inmediata o mediata del interés general de la sociedad, sino que deben hacerse al mejor precio y la mejor calidad posibles. Y es así como el principio de transparencia juega un rol sumamente importante. Prueba de ello es que tanto los tratados internacionales como las leyes y decretos internos se ocupan de él.

La transparencia en las contrataciones públicas no solo obliga a los funcionarios a publicitar sus acciones en diversas etapas y fundamentar cada una de las decisiones, sino que genera el derecho de la sociedad de ejercer un control sobre los procesos de compras que están destinados a satisfacer las propias necesidades de la ciudadanía en su conjunto.

Como se ha pronunciado parte de la doctrina española,

> … la transparencia, debe aparecer en toda la tramitación del procedimiento, incluyendo como es lógico el aspecto relativo a la aprobación y control del gasto, hasta su finalización, lo que obliga a publicar también el acto de adjudicación del contrato, a fin de que los interesados puedan impugnarlo.[40]

En este sentido, corresponde mencionar, como explicación del principio de transparencia, el artículo 17 del Decreto delegado 1023/2001 y las observaciones al proyecto de pliego contenidas en el artículo 54 del Decreto 893/2012.

El artículo 17 prevé que

> el principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes, debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta las aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, no pudiendo alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3 de este Régimen, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

Y el artículo 54 que hemos mencionado establece que

> … la convocatoria para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares deberá efectuarse mediante la difusión en el sitio de internet de la Oficina Nacional de Contrataciones con diez (10) días corridos, como mínimo, de antelación a la fecha de finalización del plazo para formular observaciones. Durante todo ese plazo cualquier persona podrá realizar obser-

39. Lamoglia, Carlos M., "Los principios de la licitación pública. Pautas y lineamientos para una mejor administración", en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007 (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. AP/DOC/4598/2012).

40. Sánchez Morón, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 574.

> vaciones al proyecto de pliego sometido a consulta pública. A los fines de su difusión la información referente a la convocatoria deberá remitirse a la Oficina Nacional de Contrataciones, con dos (2) días de antelación al de la fecha en que corresponda efectuar su difusión, conjuntamente con los proyectos de bases y condiciones particulares.

Dicho esto, entendemos que la sociedad no solo tiene el derecho a exigir a los funcionarios públicos una gestión transparente, sino que este derecho es también un deber. Entre los ciudadanos existe, al menos, la responsabilidad de preguntarse de qué manera la Administración gasta el dinero destinado a satisfacer nuestras necesidades. No puede pasar desapercibido que los recursos con los que el Estado cumple sus funciones son públicos, lo cual significa que son de la sociedad. Por eso preferimos hablar de un derecho-deber de los ciudadanos de exigir una gestión pública transparente.

4.1. Regulación normativa

Como venimos desarrollando, el principio de transparencia en las contrataciones públicas está ligado a conceptos claves, como ser la fundamentación de acciones y decisiones, el derecho a informarse que tienen los miembros de la sociedad, la publicidad de los actos en las diferentes etapas y el control social. En este sentido, Rejtman Farah expresa que "el principio de transparencia aparece así superando su tradicional objetivo cual es el de constituirse en una valla a la corrupción".[41]

El marco normativo de referencia para la transparencia en materia de contrataciones públicas se rige en el ámbito nacional por el Código de Ética de la Función Pública (Decreto 41/1999), la Ley de Ética Pública (Ley 25188), el Decreto delegado 1023/2001 y la Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley 25152 y Ley 23696).

En el plano internacional se rige por la Ley 24759 y la Ley 26097 que aprueban respectivamente la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

4.1.1. Ámbito nacional

El Código de Ética de la Función Pública dispone que la transparencia es exigible a todo funcionario público, ya que deben ajustar su conducta al derecho que tiene la sociedad de estar informada sobre la actividad de la Administración.[42] Por su parte, la Ley de Ética Pública establece como principio que quienes ejercen la función pública deben fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas, sin restringir información a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan.[43]

Puntualmente, la transparencia en los procedimientos es uno de los principios generales y centrales de las contrataciones públicas, tal como lo señala su norma

41. Rejtman Farah, Mario, *Régimen de contrataciones de la administración nacional*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, pp. 124 y ss.

42. Ver art. 20 del Decreto 41/1999.

43. Ver art. 2, inc. e), Ley 25188.

rectora: el Decreto delegado 1023/2001.[44] En su artículo 9 define al principio de transparencia:

> Transparencia. La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de éste régimen, la utilización de tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas.
> Asimismo, teniendo como base el principio de transparencia, la apertura de las ofertas siempre se realizará en un acto público, siendo ello también aplicable a las contrataciones públicas electrónica[45].

Podemos ver que la norma al desarrollar este principio no solo la relaciona con el principio de publicidad de los actos[46], sino que va más allá y deja en claro que la transparencia tiene como fin posibilitar el control social sobre las contrataciones públicas.

Es interesante el aporte que doctrinarios hacen a nuestra disciplina comentando el Decreto delegado 1023/2001[47] y que aquí queremos transcribir por su precisión y claridad. Es así que señalan que la transparencia aparece como pilar de toda pauta interpretativa del régimen contractual. Asimismo, dicho principio no es patrimonio exclusivo de las contrataciones públicas nacionales, como ya vimos, porque si bien en lo que respecta al artículo 9 del Decreto, se refiere a las contrataciones comprendidas dentro de su ámbito de aplicación, este debe encontrarse presente en toda la actividad estatal.

En relación a la conceptualización del principio de transparencia, hacen un interesante desarrollo y manifiestan que es muy importante señalar qué es lo que realmente comprende en el ámbito de aplicación de los contratos que se deben regir por el Decreto delegado 1023/2001. Y si bien encuentra previsión fundamentalmente en

44. Decreto delegado 1023/2001, art. 3: "Principios generales. Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, serán: […] c) Transparencia en los procedimientos". Es muy importante la parte final del artículo donde dice que "Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que le anteceden".

45. Párrafo incorporado por el art. 4 del Decreto 666/2003 (vigencia: desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial y será de aplicación a las contrataciones que, aunque autorizadas con anterioridad, tengan pendiente la convocatoria). En tal sentido, el decreto reglamentario, en su artículo 71, indica que en el lugar, día y hora determinado para celebrar el acto, se procederá a abrir las ofertas en presencia de todos aquellos que desearan presenciarla, quienes podrán verificar la existencia, número y procedencia de los sobres, cajas o paquetes dispuestos para ser abiertos. En tal sentido, la legitimación para presenciar el acto no solo es amplia, sino que también intensa en cuanto a las facultades de fiscalización. Resulta este un acto de suma importancia, ya que en este momento las ofertas pasan a ser de dominio público con todos los efectos y consecuencias que ello trae aparejado.

46. En nuestro país, el principio de publicidad tiene rango constitucional, ya que emerge del sistema republicano, representativo y popular establecido en el art. 1 de la Constitución Nacional.

47. Rejtman Farah, Mario [dir.], Alonso Regueira, Enrique y Cardaci Méndez, Ariel [coords.], *Contrataciones de la Administración Pública Nacional. Decreto 1023/2001. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp. 99-108.

los artículos 3, 9, 19[48] y 32[49] del mencionado Decreto, también se halla en otras normas que inciden profundamente en el régimen general de los contratos administrativos en cuestión y que ya hemos mencionado.

Para darle precisión al principio y dado que ha sido legislado con terminología similar en varias normas, aunque no de manera idéntica, todas estas deben entenderse complementadas con las de rango superior y de similar jerarquía.

La legislación que reguló la llamada reforma del Estado, especialmente las privatizaciones contempladas en la Ley 23696, asoció[50] el principio de transparencia y también el de publicidad con el de concurrencia. Por su parte, la Ley 25188 de Ética de la Función Pública[51] y el Decreto 41/1999 también contemplan expresamente el principio en análisis. La ley en su artículo 2 exige que los funcionarios públicos muestren la mayor transparencia en el ejercicio de sus deberes vinculándolo en el in-

48. Decreto delegado 1023/2001, art. 19: "Control del procedimiento contractual. Toda persona que acredite fehacientemente algún interés, podrá en cualquier momento tomar vista de las actuaciones referidas a la contratación, con excepción de la información que se encuentre amparada bajo normas de confidencialidad, desde la iniciación de las actuaciones hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas. La negativa infundada a dar vista de las actuaciones se considerará falta grave por parte del funcionario o agente al que corresponda otorgarla. La vista del expediente no interrumpirá los plazos".

49. Decreto delegado 1023/2001, art. 32: "Publicidad y difusión. La convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones y concursos públicos que no se realicen en formato digital, deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno por el término de dos (2) días, con un mínimo de veinte (20) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura, computados a partir del día siguiente a la última publicación. En los casos de contrataciones que por su importancia, complejidad u otras características lo hicieran necesario, deberán ampliarse los plazos de antelación fijados, en las condiciones que determine la reglamentación.
Cuando se trate de licitaciones o concursos internacionales, deberán disponerse las publicaciones pertinentes en países extranjeros, con una antelación que no será menor a cuarenta (40) días corridos, en la forma y con las modalidades que establezca la reglamentación. La invitación a presentar ofertas en las licitaciones y concursos privados deberá efectuarse con un mínimo de siete (7) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura, en las condiciones que fije la reglamentación, y complementarse mediante la exhibición de la convocatoria, el pliego de bases y condiciones particulares y las especificaciones técnicas en carteleras o carpetas ubicadas en lugares visibles el organismo contratante, cuyo ingreso sea irrestricto para los interesados en consultarlos" […] (expresión "licitación o concurso abreviados" sustituida por "licitación o concurso privados" por el art. 8 del Decreto 666/2003 [vigencia: desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial y será de aplicación a las contrataciones que, aunque autorizadas con anterioridad, tengan pendiente la convocatoria]).
"Todas las convocatorias, cualquiera sea el procedimiento de selección que se utilice, se difundirá por internet u otro medio electrónico de igual alcance que lo reemplace, en el sitio del Órgano Rector, en forma simultánea, desde el día en que se les comience a dar publicidad por el medio específico que se establezca en el presente o en la reglamentación, o desde que se cursen las invitaciones, hasta el día de la apertura, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios generales establecidos en el artículo 3 de éste régimen. Con el fin de cumplir el principio de transparencia, se difundirá por internet, en el sitio del Órgano Rector, las convocatorias, los proyectos de pliegos correspondientes a contrataciones que la autoridad competente someta a consideración pública, los pliegos de bases y condiciones, el acta de apertura, las adjudicaciones, las órdenes de compra y toda otra información que la reglamentación determine. Quedan exceptuadas de la obligación de difusión en todas las etapas del procedimiento, las contrataciones directas encuadradas en el apartado 6 del inciso d) del artículo 25 y de difusión de la convocatoria las de los apartados 5, para los casos de emergencia, y 8".

50. Art. 18 Ley 23696: "Procedimiento de selección. Las modalidades establecidas en el artículo anterior, se ejecutarán por alguno de los procedimientos que se señalan a continuación o por combinación entre ellos. En todos los casos se asegurará la máxima transparencia y publicidad, estimulando la concurrencia de la mayor cantidad posible de interesados…".

51. La Ley 25188, en su art. 2, incs. e) y h), prevé que los organismos del estado nacional se encuentran obligados a fundar sus actos y a mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o interés público claramente lo exijan, y a observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad.

ciso h) también con el principio de concurrencia. En relación con dicha normativa, para su total implementación se previó la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública[52] como órgano para la efectiva garantía del cumplimiento de la Ley 25188. Sin embargo, no ha sido creada ya que han existido reparos constitucionales a su conformación.

También el Decreto 229/2000, Carta Compromiso con el Ciudadano, en sus considerandos menciona, de manera concordante con lo hasta aquí expresado, que la transparencia en el desempeño efectivo de cada organismo es la piedra angular de un Estado[53] que opera de cara a sus administrados, en especial rindiendo cuenta en forma periódica sobre la eficacia en la prestación de sus servicios. Se verifica así la gran importancia que tiene el principio aquí expuesto y cuán arraigado se encuentra en el ordenamiento jurídico nacional.

A nivel constitucional, se consagra implícitamente en su artículo 1 el principio de publicidad y transparencia de los actos de gobierno como ya hemos expresado y a lo cual nos remitimos. Lo republicano comprende conceptualmente el respeto a los principios mencionados.

Volviendo a lo reseñado por la Fundación Poder Ciudadano al desarrollar el principio de transparencia de acuerdo al Decreto delegado 1023/2001, no solo se lo relaciona con el principio de publicidad de los actos, sino que va aún más allá y deja en claro que la transparencia tiene como fin posibilitar el control social sobre las contrataciones públicas.

No podría ser de otra manera ya que, si bien las contrataciones públicas tienen como finalidad inmediata adquirir un bien, un servicio o ejecutar una obra de la mejor calidad y al menor costo posible, todo el proceso debe cumplir con estándares mínimos de transparencia que permitan un efectivo control social, tal como lo dispone la normativa.

Y es la misma norma la que nos brinda un parámetro sobre el contenido del control social, que debe darse sobre el efectivo cumplimiento de los demás principios de las contrataciones y el acceso a la información, que veremos luego, como herramienta fundamental de este control.

La Ley 25512, que establece el Régimen de la Convertibilidad Fiscal, dispone que la documentación producida en el ámbito de la Administración Nacional que allí se detalla tiene carácter de información pública y será de libre acceso para cualquier institución o persona interesada en conocerla.[54] Se puede decir entonces que el principio de transparencia tiene un ámbito de manifestación interno y otro externo.

En el ámbito interno, la transparencia se logra, entre otros mecanismos, mediante el envío permanente, detallado, adecuado y veraz de toda la información relativa a las contrataciones públicas, al órgano rector del sistema de contrataciones de la

52. Art. 23 Ley 25188 reza así: "Créase en el ámbito del Congreso de la Nación, la Comisión Nacional de Ética Pública, que funcionará como órgano independiente y actuará con autonomía funcional, en garantía del cumplimiento de lo normado en la presente ley".

53. Ya que en la parte dispositiva, el art. 4 del Decreto 229/2000, bajo el título "Principios rectores", menciona en su inc. g) el principio de transparencia, señalando que los organismos prestadores de servicios a los ciudadanos en tanto tales deben realizar la publicidad de su gestión en cuanto dar a conocer qué puede razonablemente esperarse en cada caso como garantía de efectividad y eficiencia en la asignación de sus recursos humanos, económicos y financieros. Dicha normativa asocia nuevamente este principio con el de publicidad, efectividad y eficiencia.

54. Art. 8 Ley 25152.

Administración Nacional: la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) dependiente de la Jefatura de Gabinete de la Nación. En el ámbito externo, la transparencia se consigue a través de la permanente intervención de los oferentes en las actuaciones administrativas; por la masiva publicidad y difusión que se dé a dichas actuaciones, de modo que puedan ser conocidas por la sociedad civil, y por el respeto irrestricto de las formas normativamente impuestas, que en una República, siguiendo a Comadira[55], "son aliadas inseparables de la transparencia".

Dentro de este marco normativo orientado a la transparencia de las contrataciones públicas, aparece como central la cláusula anticorrupción[56] como contracara del principio en estudio.[57]

4.1.2. Ámbito internacional

Tal como leemos en el Decreto delegado 1023/2001 comentado,[58]

> … el principio de transparencia se encuentra en un marco jurídico que no solo compromete a la Administración central y demás entes del Estado respecto del ámbito de su competencia de manera exclusiva en el ámbito nacional e interno, sino que vincula a la Argentina de manera internacional en tanto el país, como ya hemos adelantado, ha ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción[59] y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.[60]

55. Comadira, Julio R., *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2da ed. act. y ampl., pp. 612 y ss.

56. Art. 10 Decreto delegado 1023/2001: "Será causal determinante del rechazo sin más trámite de la propuesta u oferta en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que: a) Funcionarios o empleados públicos con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones, b) O para que hagan valer la influencia de su cargo ante otro funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones, c) Cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones. Serán considerados sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica. Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aún cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa".
Antecedentes de este artículo son la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 24759) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 26097), que encara fuertemente el tema de la transparencia y, por lo tanto, constituye un gran esfuerzo por combatir la corrupción que en la práctica ha tenido auspiciosos resultados. No obstante, el referido art. 10 encuentra su inmediato antecedente en el ya derogado Decreto 436/2000, que en su oportunidad previó idéntico contenido. Y puede mencionarse como íntimamente relacionado con el precepto el art. 36 del Decreto 41/1999, aprobatorio del Código de Ética de la Función Pública, en tanto dispone: "Beneficios prohibidos. El funcionario público no debe, directa o indirectamente, ni para sí ni para terceros, solicitar, aceptar o admitir dinero, dádivas, beneficios, regalos, favores, promesas u otras ventajas en las siguientes situaciones: a) para hacer, retardar o dejar de hacer tareas relativas a sus funciones; b) para hacer valer su influencia ante otro funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer tareas relativas a sus funciones; c) cuando resultare que no se habrían ofrecido o dado si el destinatario no desempeñara ese cargo o función".

57. Sugerimos al lector que quiera ahondar en la temática la lectura de Mairal, Héctor A., "Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla", en *Revista RAP*, 2007.

58. Rejtman Farah, Mario, ob. cit. (cfr. nota 47), pp. 612 y ss.

59. Ver Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 24759), art. 3, inc. 5.

60. Ver Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 26097), arts. 5, 7, 9, 10 y 13.

Ambos tratados internacionales gozan de jerarquía superior a las leyes locales, sin dejar de mencionar la existencia de otros tratados internacionales suscriptos por el país en los que se prevé el derecho de los particulares de recibir información.[61]

La aprobación de estas dos normas significa un paso muy importante en materia de transparencia, por tratarse de compromisos asumidos que habilitan a los ciudadanos a exigir su cumplimiento a las autoridades locales. No obstante ello, no debemos perder de vista que se trata de declaraciones de principios y estándares mínimos de transparencia que en todos los casos son puestos en práctica a través de las normas locales ya mencionadas.

Entre sus directrices, la Convención Interamericana contra la Corrupción encuentra notorios preceptos respecto de conductas estatales referidas a la transparencia y publicidad, señalando como finalidad la indicada en su preámbulo: "La corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia".

A su vez, expresa en el artículo 3 apartado 5 sobre la promoción de sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.

Rejtman Farah señala que

> … autorizada doctrina ha sostenido que conforme a la Ley 24.759, no parece que en adelante pueda afrontarse válida y legalmente sin incurrir en responsabilidad personal e institucional, una contratación de gran significación sin el cumplimiento de tales recaudos previos, debiendo dichas contrataciones efectuarse y transitar al amparo del principio de transparencia, vinculado a la publicidad, equidad, eficiencia y concurrencia, para así lograr los cometidos públicos y mantener la validez de la contratación.[62]

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción define en su preámbulo un aspecto del principio de transparencia, en tanto si bien reconoce que la prevención y erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que deben cooperar entre sí, destaca que ello debe hacerse necesariamente con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces.

Además trata específicamente la temática de las contrataciones públicas y obliga a cada Estado parte a adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública basados en la transparencia, competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.[63] También dispone que los sistemas de compras deben tener ciertos estándares mínimos como ser: a) la difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública incluida información sobre licitaciones e

61. Cfr. art. 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 23054); art. 19 inc. 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 23313); art. 19 Declaración Universal de Derechos Humanos del 10/12/1948.

62. Rejtman Farah, Mario, ob. cit., p. 613 y ss.

63. Art. 9 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 26097).

información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas, b) la formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección, adjudicación y reglas de la licitación, así como su publicación, c) la aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos, d) un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos.

Estas normas son herramientas fundamentales para combatir la corrupción de los Estados y deben ser complementadas en su aplicación con las disposiciones locales que promueven la transparencia en la gestión pública, fundamentalmente a través del acceso a la información y publicidad de los actos de gobierno que permiten un efectivo control social.[64]

4.2. Recepción jurisprudencial

En la jurisprudencia encontramos antecedentes de este principio y el Máximo Tribunal ha señalado que es necesaria la transparencia en el manejo patrimonial de la cosa pública.[65] Lo apunta como algo necesario y no como una opción. Se advierte así como un imperativo la aplicación efectiva de este principio.

De igual modo, la Sala 3ª de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal resolvió claramente este criterio, confirmado posteriormente por la Corte Suprema en los mismos autos, de que la transparencia es condición esencial de validez de un contrato y debería reflejarse tanto en su celebración como en su ejecución.[66]

> También se ha dicho por mayoría que si la licitación se caracteriza fundamentalmente por la publicidad y el trato igualitario, el acceso de las partes al expediente favorece decididamente la observancia de la legalidad y transparencia del procedimiento mediante el control que, como colaboradores del buen funcionamiento de la Administración, ellos asumen.[67]

64. Es importante incrementar los controles y la transparencia de la gestión, entendida esta última no sólo como un imperativo legal sino como un presupuesto fundamental para el gasto eficiente de los recursos públicos. Así, es necesario impulsar medidas tendientes a ampliar la publicidad de los trámites de adquisición de bienes y servicios y profundizar el control para evitar irregularidades en la selección de los adjudicatarios como podrían ser adquirir bienes y servicios a firmas que: a) no cuentan con capacidad operativa para proveerlos o b) no se encuentran en una situación regular en relación al cumplimiento de sus obligaciones tributarios y/o c) que estén vinculadas entre sí o con funcionarios de órganos contratantes. En consecuencia, es necesario adoptar medidas tendientes a permitir monitorear en forma asistemática la utilización de los recursos destinados a la contratación de bienes, obras y servicios.

65. CSJN, 20/6/2006, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)" (*Fallos*, t. 329, p. 2316).

66. CSJN, 18/7/2002, "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo" (*Fallos*, t. 325, p. 1787).

67. Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1996, p. 133; ver, asimismo, en Cám. Nac. Contencioso Administrativo Federal, Sala 1, 6/11/1998, "Finmeccanica Spa Aerea Alenia Difesa c/ EN –Mº de Defensa– Licitación 12/97 s/ Medida cautelar (autónoma)", voto del juez Coviello, considerando Nº 4, Bujá en disidencia, Licht. (*La Ley*, t. 2000-C, p. 113; y t. 1999-B, p. 517; cita online AR/JUR/2890/1998).

Como señala Rejtman Farah[68], el principio de transparencia y publicidad de las actuaciones "deja de ser una declaración de intenciones, y viene teniendo progresivamente oportuna recepción jurisprudencial", tanto en el ámbito de las Cámaras de Apelaciones del Fuero, como en la doctrina del Máximo Tribunal.

4.3. Efectos en la contratación pública

De acuerdo al informe Cecchini[69], encargado por la Comisión de la Comunidad Europea y que se hizo público en 1998, "el aumento de transparencia y apertura en la contratación pública podría significar un ahorro de bastantes millones". Es así que se ha elaborado, en cooperación con una empresa, un método de investigación para medir de manera armonizada y comparable la importancia y la estructura de la contratación pública en diferentes Estados, siendo algunos de ellos Portugal y Grecia, y ha permitido la cuantificación de la importancia de la contratación.

En el caso de Estados Unidos, el presidente Lincoln propulsó la inserción de la acción *Qui Tam* para combatir el fraude a gran escala y que tenía como partícipes a contratistas del gobierno y proveedores militares. El término proviene de la Edad Media inglesa y su denominación proveniente del latín: *Qui tam pro domino rege quam pro se ipso inhaec parte sequitur* significa "quien presenta la acción al rey también la presenta para su propia causa". Así, la jurisprudencia de Estados Unidos ha implementado este mecanismo, cuya arquitectura jurídica es fuente[70] de nues-

68. Rejtman Farah, Mario, ob. cit. (cfr. nota 47), p. 105.

69. WS Atkins Management Consultant, "The cost of non-Europe in public sector procurement", Office for Official Publications of the European Communities, 1987.

70. No obstante, según lo estudiado por el académico Pablo Neme y los antecedentes legislativos, en nuestro país existió al menos un proyecto en el Congreso Nacional para la consagración de esta acción, presentado en el año 2003, pero hasta el momento no se han logrado avances. A pesar de esto, a partir de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 26097), el Estado Nacional se encuentra obligado a implementar políticas públicas efectivas para contrarrestar la corrupción. Argentina ha suscrito dos instrumentos legales donde ha manifestado su voluntad de contribuir a la lucha contra la corrupción. Ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA), con la sanción de la Ley 24759; y a través de la Ley 26097 ha ratificado el protocolo de Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre de 2003. Así se han asumido importantes compromisos vinculados a la problemática. Haber adquirido estas obligaciones se traduce en la necesidad de elaborar políticas públicas eficientes para abordar el flagelo de la corrupción e instaurar de manera definitiva el Estado de derecho. La participación social facilita este propósito y contribuye de manera efectiva a su esclarecimiento, dando así solución a lo previsto en el artículo 5, incisos 1 y 3, de la Convención contra la Corrupción que específicamente declara la necesidad de "(…) elaborar políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas, evaluando periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuadas para combatir la corrupción". El art. 13 del mencionado texto legal impone la obligación de "(…) fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y lucha contra la corrupción". También el artículo 34, bajo el título "consecuencias de los actos de corrupción", establece la "(…) obligación de adoptar medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros", indicando seguidamente: "En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva". El informe del Comité Especial de Negociación de la ONU señala que en el segundo período de sesiones (se realizaron siete) celebrado en Viena en junio de 2002, se realizó un seminario técnico donde se formularon –entre otras observaciones– d) la posibilidad de utilizar en mayor medida el ofrecimiento de recompensas por toda

tra Carta Magna y con esto se trata de beneficiar al denunciante de un acto de corrupción con un porcentaje del monto recuperado por el Estado. Ello ha funcionado aproximadamente ciento cuarenta años desde su implementación a través del *False Claims Act* (originalmente llamada Ley Lincoln) con las directrices de la acción *qui tam.*

Durante el período entre 1980 y 1986 se denunciaron fraudes en el sector militar y gran parte de los beneficiados fueron los cazadores de recompensas. Con los años, este instrumento se ha fortalecido a tal punto que en 1986 el Congreso de los Estados Unidos la declaró como la primera herramienta jurídica para combatir el fraude y realzar el principio de transparencia. Así, miles de millones de dólares fueron recuperados y alguna parte de la doctrina considera que hacia el año 2020 cuando los costos provenientes de este sector asciendan a la cifra de dos mil trescientos millones de dólares, será éste el objetivo clave de quienes buscan defraudar al Estado, para lo cual, los mecanismos y principios *Qui Tam* tendrán un rol fundamental.[71]

5. Transparencia y derecho a la información pública en la contratación

Volviendo al tema del acceso a la información como determinante en la prevención de la corrupción e incremento de la transparencia, Gusman[72] afirma, citando a Morris, Yandle y Dorchak, que

> … uno de los motivos por el que los políticos suelen atender más a intereses particulares que al interés público se debe a que no son monitoreados de cerca por los votantes. En suma, información y transparencia están sumamente ligadas.

El mismo autor expone que

> El jurista norteamericano Black (Jr) da comienzo a una de sus obras más importantes: The People and the Court publicada en el año 1960, diciendo que el trabajo de un gobierno, cuando realmente trabaja, está siempre rodeado de un misterio. Y parafraseando también al canciller alemán Bismarck, podemos decir que muchas decisiones gubernamentales son como las salchichas, la gente no dormiría tranquila si supiera cómo se hacen. Pero la verdad es que todos tene-

información que condujera a la devolución de bienes de origen ilícito o de recurrir a un litigio civil *Qui Tam* en virtud del cual los particulares o "informantes" pudieran demandar, en nombre del Estado, a funcionarios corruptos y a otras personas que defraudaran al gobierno, y recibir luego una recompensa consistente en una parte de los bienes de origen ilícito recuperados por cuenta del Estado.
En las conclusiones del III Congreso de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA), se propuso que "junto al control jurisdiccional subjetivo, institucionalizado para la protección de los derechos individuales, se prevean acciones que tutelen la juridicidad objetiva del obrar estatal, tales como la acción *Qui Tam*, ya implementada en otros ordenamientos jurídicos para combatir el fraude a gran escala". La Constitución Nacional, en su reforma de 1994, introduce en el artículo 43 los derechos de incidencia colectiva, categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a restar importancia a la clásica distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, habilitando de esta manera las condiciones para la elaboración de esta acción.

71. Neme, Pablo, "Hacia una ley *qui tam*. Marco normativo y antecedentes jurídicos. Propuesta de creación", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 26/8/2015 (cita online AR/DOC/1499/2015).

72. Gusmán, Alfredo S., "Acceso a la información pública. Fortalecido en los tribunales, debilitado en el congreso", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2016-B, p. 736, y "supl. Const.", 2016 (marzo), p. 20 (cita online AR/DOC/514/2016).

> mos derecho a conocer en base a qué dato, hipótesis, pronósticos, consejos, los gobernantes actúan, han actuado o actuarán.[73]

En lo que respecta a nuestra Constitución Nacional, en su artículo 42[74] se reconoce el derecho a la información en nuestra condición de usuarios o consumidores, entonces sería inaceptable que como ciudadanos no podamos enterarnos del manejo de los asuntos públicos, en este caso concreto en relación a las contrataciones.

Recientemente la Corte Suprema, en el caso "Giustiniani" consideró que se trata de información que "no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina".[75] En otro precedente,[76] ubicó al acceso a la información pública como un derecho enraizado con el principio de publicidad de los actos de gobierno, de acuerdo a los artículos 1, 33, 41, 42 y concordantes del capítulo segundo y del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Por analogía, podemos decir que rige en el tema la regla de la máxima divulgación, tal como lo establece el artículo 11 inciso d) de la Ley de Información Pública chilena. Así, en principio, toda información debe brindarse salvo cuando verse sobre datos sensibles para las personas o para la defensa nacional. Pero, de darse ese supuesto, de todos modos, tienen que expresarse en forma fundada los motivos de la denegatoria –los cuales deben ser expresos y derivar de una norma– y la desestimación siempre podrá ser cuestionada en un ámbito judicial.[77]

La información es poder y es necesaria para decidir, participar, expresarse u opinar. Es por ello que la doctrina sostiene que este derecho se vincula de manera inquebrantable con la participación ciudadana, ya que para que esta sea útil, debe ser una participación informada; sin su reconocimiento y respeto por parte de las autoridades públicas la intervención de la sociedad civil sería inocua.[78] Muchas veces, los errores en la difusión de la información pueden esconder la velada intención de especular con que se consumen los hechos que podrían ser objetados sin dar margen temporal para corregir las falencias o bien para pagar el menor costo político posible ante medidas cuestionables.

73. Citando a su vez a Sainz Moreno, Fernando, [prólogo], en Fernández Ramos, Severiano, *El derecho al acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 13.

74. Art. 42 Constitución Nacional: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

75. CSJN, 10/11/2015, "Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF SA s/ amparo por mora" (*El Derecho*, 25/11/2015 con comentario de Pedro Coviello; *Fallos*, t. 338, p. 1258).

76. CSJN, 4/12/2012, "Asociación Derechos Civiles c/ EN-PAMI (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16986" (*Fallos*, t. 335, p. 2939).

77. CIDH, 19/9/2006 "Claude Reyes y otros c/ Chile - Fondo, reparaciones y costas" (Serie C, Nº 151).

78. Comadira, Julio R., "El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y a la selección de autoridades públicas)", en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, UCA, t. 2005, p. 400.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la garantía establecida en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[79] reconoció que el derecho de acceso a la información de cualquier fuente se encuentra incluido en la libertad de pensamiento y expresión. Sostuvo la instancia supranacional que dicho precepto del pacto

> … al estipular expresamente derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención […] Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique la legítima restricción.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo IV establece que "toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, y de expresión, de difusión del pensamiento por cualquier medio". Y, en su artículo 19, la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé que

> Todo individuo tiene derecho de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Al margen de los tratados, Andreucci[80] se refiere a que la doctrina

> … ha elaborado una serie de Estándares Internacionales bajo el auspicio de la Sociedad Interamericana de Prensa y así surgen contenidos mínimos que comprende el derecho de acceso a la información: a) toda persona tiene derecho a acceder a la información en poder del Estado sin necesidad de expresar causa que motiva su ejercicio, b) el Estado tiene la obligación de suministrar toda información que obre en su poder, c) los tres poderes del Estado y las empresas privadas que brindan servicios públicos se encuentran alcanzados como sujetos pasivos de este derecho, d) el principio general es la publicidad de la información y la excepción es la reserva, la que debe interpretarse de forma restrictiva, e) la información debe suministrarse en plazos breves, oportunos y razonables, f) cuando exista un costo por la búsqueda o transmisión de la información, éste será asumido por el solicitante mediante el pago de una tasa que no excederá el costo del servicio, g) las excepciones al principio de publicidad deben ser expresas y relacionadas con la seguridad nacional, un interés público concreto y la protección del derecho a la intimidad de terceros y h) en caso de denegatoria debe existir la posibilidad de una vía judicial ágil e inmediata.

De todo esto podemos hacer un balance de la situación en nuestro país. Al respecto, Gusman, en su investigación publicada recientemente, arrojó algunas conclusiones en orden a las consideraciones que venimos desarrollando y a las que adherimos plenamente. Considera de importancia que

79. Dice la norma supranacional en lo pertinente: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

80. Andreucci, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 25), p. 820.

> De un tiempo a otra parte, en nuestro país se ha venido intentando evolucionar hacia una democracia con más participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones públicas y en el control social. Esa necesidad se agudizó ante la crisis de representatividad de la clase política, que eclosionó a inicios del siglo veintiuno. El presidente Kirchner, una vez asumido el gobierno luego de las elecciones presidenciales de 2003 en que obtuvo un escaso porcentaje electoral, impulsó diversas medidas para, de algún modo legitimar su accionar obteniendo consenso de la ciudadanía. En ese camino, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 1172/2003, que consagró una serie de saludables disposiciones tendientes a la transparencia en el manejo de la cosa pública. En materia de información pública, dicho Reglamento establece que se trata de una instancia en la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los sujetos involucrados en el artículo 2 del Anexo VII, con la finalidad de permitir y promover una efectiva participación ciudadana, a través del suministro de información completa, adecuada, veraz, oportuna, en forma gratuita. A su vez, el ente u órgano obligado a responder tiene el deber de informar lo requerido, con el único límite de hacerlo sólo sobre los datos existentes y en el estado en que se encuentren. Es que no media obligación de producir información con la que no se cuenta, siempre que su generación no sea un deber que incumba a la Administración.

Sostuvo además que

> … al haber pasado más de una década desde el dictado del Decreto 1172/2003, se estaba en condiciones de realizar un balance respecto a su aplicación, pero no encontró resultado satisfactorio ya que varias de sus disposiciones no pasaron de ser un catálogo de buenas intenciones necesitadas de mayor voluntad política para concretarse.[81]

No hay duda de que en un Estado de derecho emerge como deber de la Administración velar por la juridicidad de su actividad, la probidad de la actuación de sus agentes y la transparencia en el ejercicio de la función pública, como ha postulado el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.[82] De igual modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Herrera Ulloa"[83] expuso que el control democrático por parte de la opinión pública fomenta la transparencia.

El 7 de abril de 2016, el Poder Ejecutivo Nacional presentó un proyecto de ley sobre el derecho de acceso a la información pública con el objeto de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública.[84] Actualmente, cuenta con aprobación de la Cámara de Diputados y pasó al Senado de la Nación. La redacción[85] de la iniciativa, encargada en buena medida a la Oficina Anticorrupción,

81. Gusman, Alfredo S., ob. cit. (cfr. nota 72).

82. STJ de Córdoba, Sala Contenciosoadministrativa, 4/7/1996, "Esteban Elsa c/ Provincia de Córdoba".

83. CIDH, 2/7/2004, "Herrera Ulloa c/ Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas" (Serie C, Nº 107).

84. SAIJ, Sistema Argentino de Información Jurídica, Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional.

85. En este proyecto los entes comprendidos son la Administración Pública Nacional conformada por la administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de

tomó como base los proyectos presentados en el Congreso en los últimos años[86] y obligaría a los organismos de los tres poderes del Estado a brindar mayor transparencia. Así, nos estamos acercando a la resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos titulada "Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia" que instó a los Estados a respetar el acceso a la información de todas las personas y a promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva.

De aprobarse dicho proyecto estaríamos dando cumplimiento a la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, que establece que la legitimidad democrática proviene no solo de la elección popular de los poderes estatales partidarios, sino también de la participación y del control de la ciudadanía sobre los asuntos públicos. Se trata de una derivación del derecho de una buena administración, que la Unión Europea recepta en el artículo 41 de su Carta de Derechos Fundamentales y que se encuentra ligado con los principios de transparencia y participación.

6. Publicidad de la contratación vinculada al principio de transparencia

Estrechamente vinculados se encuentran estos dos principios, pero, no obstante, y como afirma Del Boca[87],

> Mucho se ha hablado de la publicidad de los llamados a contratación; sin embargo, y recurriendo a la naturaleza del principio de transparencia […] –coincidimos– puede existir publicidad pero no transparencia en la convocatoria del llamado.

---

la seguridad social, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa, el Consejo de la Magistratura, las empresas y sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Abarca además a concesionarios, licenciatarios y permisorios de servicios públicos, organizaciones empresariales, los partidos políticos, los sindicatos, las universidades y cualquier entidad privada a las que se les haya entregado aportes o subsidios del Estado.

Se prevé como excepciones a la información clasificada como reservada o confidencial o secreta por razones de defensa o política exterior, información que pudiera poner en peligro el funcionamiento del sistema financiero; secretos industriales, comerciales, financieros, científicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad, entre otros.

En los plazos se indica que la información deberá ser contestada en un plazo no mayor a quince días hábiles desde la fecha en que se presenta la solicitud. Prevé además la responsabilidad que cabe ante la obstrucción, obstaculización o el suministro incompleto de la información pública, lo cual se considera una falta grave sin perjuicio de las responsabilidades en que se podría incurrir de acuerdo al Código Penal y Código Civil y Comercial de la Nación. Y ante la denegatoria los interesados podrán interponer un recurso administrativo.

86. Durante el año 2002, el PEN envió un proyecto de ley de acceso a la información pública que fue aprobada en Diputados durante mayo de 2003 y pasó al Senado a fines de 2004, aunque volvió al recinto de origen por modificaciones que le hicieron. Y así perdió estado parlamentario al no tener tratamiento posterior. Lo mismo ocurrió con un proyecto que el Senado aprobó sobre tablas unificando diversas iniciativas legislativas existentes sobre la materia, consensuado en 2010 y cuyo estado parlamentario feneció en el año 2012.

87. Del Boca, Vanesa, "Transparencia en los procedimientos de selección de concesionarios de servicios públicos", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 2007-II, p. 935 (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. 0003/013274).

Se trata de un principio de raíz constitucional, en tanto la publicidad de los actos de los funcionarios hace a la forma republicana de gobierno.[88] Podría sostenerse que, luego de la reforma de 1994, habría adquirido nuevos bríos, en tanto el artículo 42 de la Constitución Nacional otorga a los usuarios y consumidores, en las relaciones de consumo, el derecho a una información adecuada y veraz.

La publicidad se torna así en un reaseguro preventivo contra los actos de corrupción y no en vano se encuentra en la ya citada Convención Americana contra la Corrupción, receptada tanto por la Ley 24759, artículo III inciso 5, como por la Ley 25188 de Ética Pública, en su artículo 2 inciso h.

La amplitud de los medios de publicidad utilizables, en modo alguno deben entenderse limitados a la publicación en medios gráficos estando habilitados también los medios electrónicos. Así, sostiene gran parte de la doctrina que el principio de publicidad constituye un lógico presupuesto de la libre concurrencia y un elemento garante de la transparencia, honestidad y moralidad del proceso selectivo. En este orden de ideas, Del Boca afirma que

> … Dromi[89] imprime un doble sentido a la publicidad de los procedimientos de contratación: en cuanto a la difusión de la convocatoria, en pos de lograr la mayor concurrencia y competencia posible; y por otro lado, la publicidad de hechos y actos que las normas exigen que sean públicos (actos de apertura). Como resultado de ello se genera un mayor control por parte de los oferentes, sociedad y órganos de control.

Sin embargo, podemos observar que tanto en el régimen nacional como en la legislación de otras jurisdicciones existen diferencias respecto de los recaudos de publicación de los avisos en función del procedimiento de selección escogido, sea licitación pública, licitación privada o contratación directa, no obstante la moderna tendencia a enunciar explícitamente este contenido como uno de los principios rectores del sistema nacional de contrataciones públicas (ver art. 9, Decreto delegado 1023/2001).

El incumplimiento del requisito de publicidad, en todo o en parte, o en tiempo inoportuno o insuficiente según una razonable apreciación de los plazos del llamado y la apertura de las ofertas, especialmente, daría lugar a la nulidad del procedimiento de contratación. Para ello, debería valorarse el caso concreto, y en particular el perjuicio ocasionado, el incumplimiento de las formas establecidas, el grado de concurrencia y la posibilidad material de confeccionar una propuesta adecuada a la complejidad del objeto a licitar en su confrontación con los días previstos entre su difusión y el acto de entrega o apertura de las ofertas.

Este carácter público del procedimiento, bien se ha precisado, no debe agotarse en la publicidad del llamado, sino que ha de completarse con el libre acceso a las actuaciones por parte de los interesados, en todas sus etapas pertinentes, como analizamos en el capítulo anterior.

88. Art. 1 Constitución Nacional.

89. Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*, Madrid, Ciudad Argentina, 1998, p. 368.

7. Instrumentos para promover la transparencia y el control social en las contrataciones públicas[90]

La Fundación Poder Ciudadano ha efectuado un valioso trabajo, el cual resumiremos y en donde se distinguen los siguientes instrumentos para el Programa de Contrataciones Públicas Transparentes: a) audiencia pública, b) pacto de integridad, c) discusión participada de las bases y condiciones y d) sistema de declaraciones juradas como control de conflicto de intereses.

Implementar este programa ofrece grandes ventajas por ser de amplio impacto. Su foco no es solo la lucha contra la corrupción, sino también la eficacia, buscando lograr oportunidad, eficiencia y conveniencia en la compra, es decir la correcta utilización de los recursos. Es simple, ya que las herramientas no requieren complicados conocimientos técnicos ni procedimientos especiales sino que basta con seguir cada uno de los pasos del reglamento que se utilice y respetar los plazos y las escasas formalidades exigidas. Es rápido, ya que no le agrega tiempos excesivos a los normales de un proceso de contratación pública y a la vez es económico debido a que ninguna de las herramientas exige gastos extraordinarios al Estado.

Asimismo, está estandarizado. Un estándar es un valor determinado que se toma como significativo para los distintos factores de una etapa y así cada una de las etapas comprende una serie de factores que se repiten invariablemente, de modo que existe una serie de previsiones que deben tomarse para lograr que el proceso total sea exitoso.

Es participativo, ya que en cada una de las etapas la intervención de los ciudadanos es un valor agregado a la transparencia y la eficiencia de todo el proceso. De este modo, no se concibe la intervención del programa de contrataciones públicas transparentes sin la participación de la ciudadanía.

Es de etapa múltiple y secuencial ya que comprende tres etapas claramente diferenciadas y cada una arroja un producto diferenciado. La conveniencia de las etapas radica en que pueden identificarse errores o defectos en una etapa y ser subsanados antes de pasar a la siguiente y estos errores o defectos serán inherentes a una etapa que en caso de ser detectados y corregidos a tiempo, no necesariamente afectarán al resto.

Además, este programa beneficia a todos los sectores involucrados en el proceso de licitación, es decir, a los ciudadanos, al sector privado y al Estado. A los ciudadanos porque cuentan con un espacio que les permite acceder a una instancia de la contratación a la que antes permanecían ajenos, y, si bien las observaciones que los ciudadanos pueden realizar no son vinculantes, obligan al gobierno a justificar sus decisiones; al sector privado porque se genera un mercado transparente con reglas de juego claras que alcanzan de la misma manera al Estado y a todos los oferentes que participan de una contratación; y finalmente al Estado porque recibe ideas y puntos de vista de todos los sectores involucrados con el objeto de manejar de manera eficiente los recursos disponibles y garantizar un proceso transparente.

90. Arcidiácono, Pilar, Arenoso, Federico y Rosenberg, Gastón [Poder Ciudadano], ob. cit. (cfr. nota 24), pp. 36-65. Estas cuestiones han sido abordadas por la Oficina Anticorrupción, que por considerarlas bastante completas adaptaremos y transcribiremos. Nuevamente podremos comprobar, al avanzar en la lectura, que aquello que difiere del texto original es porque lo hemos ampliado.

Para la implementación de las herramientas se necesita voluntad política y firma de un convenio entre la autoridad convocante y las organizaciones de la sociedad civil. Para avanzar en este proceso es fundamental la férrea decisión de las máximas autoridades políticas ya que sin ella no se puede contar con la apertura de espacios en la Administración Pública. La resistencia interna de la organización puede ser disminuida con las decisiones y órdenes de quien ocupe el liderazgo político, aun en los contextos más intensos.

Y, como ya manifestamos, se necesitará que las autoridades suscriban un convenio con las organizaciones de la sociedad civil, considerando la necesidad de establecer mecanismos de transparencia de gestión técnico-administrativa. Es importante señalar que sin acuerdo no hay monitoreo y el acuerdo o convenio es un documento donde las partes establecen obligaciones y derechos básicos que serán dados a conocer por ser este documento de carácter público. De este modo, la firma del convenio posiciona a las autoridades como funcionarios ejemplares a favor de la transparencia y se transforma en una herramienta de presión para que las autoridades cumplan con el compromiso asumido a riesgo de que el acuerdo sea rescindido públicamente por iniciativa de las organizaciones de la sociedad civil, exponiendo a los funcionarios la situación de ser señalados como incumplidores ante la ciudadanía.

La entidad gubernamental, a fin de implementar este programa, no necesitará disponer de la creación de nuevos cargos ni que contrate personal exclusivo para el programa ya que deberían participar quienes trabajan en las áreas ya existentes afines a las contrataciones. Dentro de estas áreas el equipo debería estar identificado por un funcionario con poder de decisión y hasta tres funcionarios de distintas áreas con responsabilidades asignadas, un representante de prensa de la entidad de gobierno y uno o dos empleados para atender al público. Además, es muy importante establecer un cronograma de trabajo para que las etapas del proceso se cumplan sin contratiempos y pueda ser respetado el procedimiento permitiendo así a las organizaciones de la sociedad civil monitorear por etapas el cumplimiento del acuerdo según los parámetros establecidos.

7.1. Audiencia pública

La audiencia pública es una instancia en el proceso de toma de decisión en la cual el responsable de esa determinación habilita un espacio para que todos los ciudadanos, sean partes directamente afectadas o no, expresen sus opiniones y puntos de vista sobre el objeto de la decisión. En los procesos de compra pública, esta audiencia puede ser utilizada para la detección de la necesidad y el objeto a comprar o construir, para la elaboración y confección de los pliegos que rigen el proceso de selección o para el control de resultados del contrato una vez finalizado.

Las opiniones vertidas en la audiencia pública son de carácter consultivo y no vinculante y teniendo en cuenta la evaluación de las opiniones servirán luego para fundar la decisión final. Por otro lado, en muchas oportunidades existen temores por parte de funcionarios públicos y organizaciones de la sociedad civil respecto a estas audiencias, y se fundan en experiencias negativas que han llevado a funcionarios a percibirlas de una manera errónea y alejada de su razón de ser.

Para eliminar temores, es necesario comprender que una audiencia pública no es una asamblea donde se votan opciones. En caso de que esto fuera cierto, el temor

estaría totalmente fundado ya que los partidos de la oposición podrían colmar el espacio de la audiencia con operadores y referentes políticos. Así se votaría en contra y la autoridad perdería el control de la licitación. Pero no se vota por una opción sino que se presentan ideas no vinculantes que sirven de aporte a la decisión posterior.

Y además las audiencias públicas no son un espacio para legitimar decisiones preestablecidas ya que el rol de las organizaciones de la sociedad civil al monitorear el proceso es asegurar que se cumplirán todas las reglas que garantizan la máxima participación de los distintos actores y, fundamentalmente, que se exigirá a la Administración Pública la emisión de un informe final.

La obligación de las autoridades convocantes de presentar este informe final que fundamente la decisión de aceptar o rechazar las sugerencias acercadas durante la Audiencia implica una rendición de cuentas por los aportes de opiniones, sugerencias e ideas formulados por los participantes.

Los principales actores en la Audiencia Pública son: a) la autoridad convocante, b) el presidente de la audiencia pública, c) el moderador, d) el panel de expertos, e) los participantes, f) la prensa y g) las organizaciones de la sociedad civil como observadores externos. La autoridad competente para convocar es la máxima autoridad política del organismo, quien además luego aprueba los pliegos y adjudica las contrataciones. El presidente de la audiencia pública será el responsable de instrumentar, es decir coordinar y dirigir, la etapa preliminar y la audiencia. Su actuación deberá garantizar la libre participación de las partes de manera imparcial y promover el debate participativo, ordenado y respetuoso. Además, es el encargado de registrar a las partes interesadas en participar, incorporar la documentación que presenten, llevar el expediente de la audiencia e informar a la autoridad convocante sobre el resultado de esta etapa mediante el informe respectivo y la confección de la orden del día. Luego deberá fijar los plazos y medios por los cuales se registre la audiencia.

El presidente será quien pondrá a disposición de los participantes, veinticuatro horas antes de la realización de la audiencia, el orden del día, que incluirá: a) nómina de los participantes registrados, b) una breve descripción de la documentación, los informes, las propuestas o los estudios presentados por las partes, c) el tiempo de duración de las exposiciones, que será igual para todos los participantes, d) designación de la autoridad que presidirá la audiencia y los responsables de la coordinación general.

Finalizadas las intervenciones, el presidente dará por terminada la audiencia pública e informará sobre el plazo en el cual emitirá la resolución correspondiente al objeto de la audiencia y este plazo no debería superar los 30 días. Una vez concluida la audiencia labrará un acta que incluirá la versión taquigráfica que elevará a la autoridad convocante.

La autoridad convocante podrá requerir el asesoramiento oral o escrito de los expertos técnicos y legales, internos o externos, públicos o privados, para que opinen sobre la cuestión objeto de la audiencia pública y estos podrán hacer presentaciones orales que en la medida de lo posible deberían ser previamente escritas. Las partes interesadas en intervenir en la audiencia pública deberán notificar su participación hasta setenta y dos horas antes de su inicio y a tal efecto se debe habilitar un registro de participantes en la oficina responsable. Los participantes podrán presentar previamente a su realización los informes, propuestas, pruebas y estudios que consideren necesarios para acompañar su intervención. La documentación presentada será in-

gresada en el momento en que se registren los participantes y podrá ser de consulta pública antes y después de la audiencia.

Entre los potenciales participantes a la audiencia se incluyen: a) los ciudadanos en general, afectados o no directamente por el objeto de la contratación, b) todas las empresas interesadas en prestar el servicio objeto de la licitación, sean nacionales o extranjeras, c) los organismos públicos que tengan un interés en esta cuestión, d) universidades, centros de investigación, unidades académicas y demás entidades que tengan conocimientos técnicos sobre esta cuestión, e) los legisladores nacionales y provinciales, f) los organismos de control de la Administración Pública, g) los miembros del Poder Judicial, h) expertos nacionales o extranjeros, peritos y técnicos, voluntarios o invitados a instancia de la autoridad que convoca a la audiencia, i) entidades sindicales, j) organizaciones de la sociedad civil, k) colegios profesionales y l) el defensor del pueblo.

Más allá de la relación que se tenga con la prensa, es sumamente importante que la organización de la sociedad civil interviniente tenga su propio contacto con los medios de comunicación. En el caso de la audiencia pública es necesario enviar lo siguiente: a) una gacetilla de prensa diez días antes de la audiencia para que se difunda la convocatoria, b) una gacetilla el día inmediatamente anterior a la audiencia para asegurar la concurrencia de los medios, c) una gacetilla posterior donde se narre el desarrollo de la audiencia pública.

Los medios son aliados estratégicos en el proceso de transparentar la gestión de la Administración y todos son importantes ya sean nacionales, provinciales, municipales, oficiales y alternativos. La función de los periódicos zonales y las radios son trascendentes en este punto ya que su cercanía con los actores y con los hechos les da un conocimiento sobre aspectos puntuales que medios más poderosos y de mayor renombre podrían pasar por alto.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,[91] la audiencia pública es un instituto de participación consagrado en su Constitución y sancionado por la Legislatura en el año 1998 (Ley 6). Es una herramienta participativa que antecede a una determinada medida ofreciendo a la ciudadanía la posibilidad de conocer un proyecto, las ventajas y desventajas que conlleva su realización, pone de manifiesto la confrontación de intereses, caracterizando aquellos de índole individual y los de índole colectivo evidenciando la complejidad de factores que deben tenerse en cuenta ante la ejecución de una política pública. Así, es una oportunidad para los vecinos, ya que acceden a la información detallada sobre un proyecto en cuestión. Es una oportunidad para los funcionarios, porque recepciona en pie de igualdad las diferentes posiciones frente a un tema objeto de decisión y es una oportunidad para la gestión pues transparenta la ejecución de un acto administrativo.

Dentro de estas audiencias que venimos desarrollando, encontramos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a un subtipo, llamadas audiencias temáticas y de requisitoria ciudadana. Las audiencias temáticas son celebradas a fin de conocer la opinión de la ciudadanía acerca de un asunto objeto de una decisión administrativa o legislativa específica y pueden ser convocadas por el Poder Ejecutivo de la Ciudad

91. Ver "Audiencias públicas. Instancia participativa para ejecutar políticas públicas", en el portal web oficial del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [http://www.buenosaires.gob.ar/]. [Último ingreso: 6/1/2017].

Autónoma de Buenos Aires, por el Poder Legislativo como así también por la Junta Comunal.

Para el Poder Ejecutivo, la convocatoria a audiencia es obligatoria en cumplimiento de la Ley 123 de Evaluación de Impacto Ambiental y en cumplimiento de la Ley 210, que establece las facultades del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad. La Ley 123 alcanza aquellas actividades, proyectos, programas o emprendimientos susceptibles de producir un impacto ambiental de relevante efecto. En este sentido determina que una vez finalizado el análisis del proyecto y elaborado el dictamen técnico por parte de la autoridad de aplicación, el Poder Ejecutivo debe convocar a audiencia. Y entre las actividades que comprende esta ley se encuentran: a) las autopistas, autovías y líneas de ferrocarril y subterráneas y sus estaciones, b) los puertos comerciales y deportivos, c) los aeropuertos y helipuertos, d) los supermercados totales, supertiendas y centros de compras, e) las obras proyectadas sobre parcelas de más de 2500 metros cuadrados que requieran el dictado de normas urbanísticas particulares, f) las centrales de producción de energía eléctrica y redes de transporte de las mismas, g) los depósitos y expendedores de petróleo y sus derivados en gran escala y las estaciones de servicio de despacho o expendio de combustibles líquidos y/o gaseosos inflamables y fraccionadoras de gas envasado, h) las plantas siderúrgicas, elaboradoras y/o fraccionadoras de productos químicos, depósitos y molinos de cereales, parques industriales, i) la ocupación o modificación de la costa y de las formaciones insulares, j) las obras relevantes de infraestructura que desarrollen entes públicos o privados que presten servicios públicos, k) las plantas destinadas al tratamiento, manipuleo, transporte y disposición final de residuos, l) las actividades o usos a desarrollar en áreas ambientales críticas, m) las obras que demanden la deforestación relevante de terrenos públicos o privados y n) los grandes emprendimientos que por su magnitud impliquen superar la capacidad de infraestructura vial o de servicios existentes.

Por su parte, la Ley 210, que reglamenta las funciones del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad, asigna a este organismo la facultad de requerir al Poder Ejecutivo la realización de audiencias previo al dictado de resoluciones en las siguientes materias: a) cuando una tarifa se considere inadecuada o en caso de solicitud de modificación tarifaria, b) conductas contrarias a los principios de libre competencia derivadas de una posición dominante en el mercado, c) obras a realizar por un prestador que amenacen las prestación de algún servicio y d) en caso de modificación del reglamento de un servicio o de los términos del contrato original (en términos usuario-empresa-Estado).

En lo que respecta al Decreto 1172/2003, este aprueba el Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional y el formulario de inscripción para audiencias públicas del Poder Ejecutivo Nacional.

Y las leyes de privatización de los años 90 también se han referido a estas audiencias. Tal es el caso de la Ley 24065 (Régimen Legal de la Energía Eléctrica) y la Ley 24076 (Marco Regulatorio y Privatización del Servicio de Gas Natural).

A modo de cierre, estamos convencidos de que la capacitación de todos los involucrados en el proceso de la audiencia pública es fundamental para asegurar el éxito de esta herramienta.

7.2. Pacto de integridad

El pacto de integridad es una herramienta de transparencia internacional destinada a lograr un cambio cultural y gradual en las compras públicas. Genera un contexto de transparencia entre los proveedores y el Estado para evitar el pago de sobornos entre funcionarios y el sector privado. Es un acuerdo voluntario entre el Estado, que ofrece al mercado la oportunidad de provisión de un bien o servicio, y las empresas que participan de la compra. Así, la Administración asegura la transparencia en el diseño de las bases para la compra, el proceso de adjudicación y la ejecución del contrato. También se compromete a que ningún funcionario público ni del sector privado exigirá ni recibirá el pago de sobornos. En este sentido, las empresas oferentes por su lado se comprometen a no ofrecer sobornos y a denunciar a todos aquellos de los que tuvieran conocimiento.

En términos legales, este pacto no es otra cosa que un compromiso de invocar y respetar las leyes existentes en el país. Sin embargo, en términos más operativos, este modelo ayuda a modificar gradualmente el complejo esquema de intereses políticos y económicos de compras públicas en sociedades donde la corrupción es un fenómeno estructural.

Entre los beneficios que podemos destacar es que aumenta la transparencia en relación con el proceso licitatorio construyendo credibilidad frente a la opinión pública; genera confianza y establece reglas de juego claras entre la sociedad, el Estado y las empresas; ayuda a reducir el nivel de discrecionalidad entre los funcionarios públicos que toman decisiones claves relacionadas con la evaluación de las ofertas y la adjudicación del contrato; genera un marco transparente con nuevas posibilidades para todo el sector privado, y para su aplicación no es necesario crear burocracia ni modificar leyes.

Siempre un pacto de integridad requiere compromisos explícitos por parte de todos los actores implicados: el Estado y las empresas. De esta manera, para concretar un pacto de integridad, el Estado debe: a) establecer que el pacto sea un requisito que deban cumplir las empresas para participar en la contratación pública, b) instruir a los funcionarios que intervendrán en cualquiera de las etapas de la contratación sobre los alcances del acuerdo y las consecuencias de su incumplimiento, c) redactar las condiciones del acuerdo bajo los términos de un contrato de adhesión, d) designar a un funcionario responsable del seguimiento del acuerdo y de registrar los eventuales incumplimientos, e) designar un árbitro imparcial y de incuestionable idoneidad, f) determinar un proceso breve y ágil por el cual las partes podrán efectuar denuncias sobre hechos corruptos de otros oferentes o del propio gobierno, g) garantizar a todos los participantes confidencialidad en el caso de una denuncia y h) excluir de la contratación a las empresas que hayan violado las reglas de juego.

Dicho esto, es importante que la propuesta del pacto la elabore cada proponente en el interior de su empresa con todos los involucrados, para que la máxima autoridad de la empresa, que es quien suscribe el pacto, cuente con las obligaciones éticas que han adquirido sus empleados con él.

Por su parte, las empresas quedarán obligadas a: a) hacer pública su adhesión al acuerdo, b) comprometerse a no ofrecer premios, comisiones, reconocimientos o recompensas de ningún tipo ni a los funcionarios ni a los integrantes de otras empresas que de algún modo, directo o indirecto, puedan afectar el resultado de la contratación o su posterior control, c) comprometerse a informar al Estado de cualquier

comportamiento violatorio del acuerdo por parte de la propia empresa o de sus competidores y d) hacer pública la información relacionada con el contenido de su oferta en lo referido a la licitación.

En cuanto al árbitro es preciso que cuente con: a) capacidad operativa para concretar el arbitraje, b) acceso a elementos probatorios y decidir en equidad sobre la violación de compromisos de carácter ético más allá de lo que suceda posteriormente en el plano de la justicia ordinaria cuando la violación ética tenga asociado un delito penal y/o una irregularidad administrativa y c) no solo credibilidad para las partes sino que sea el mayor respeto por parte de la sociedad en general.

Para la implementación exitosa de este pacto se exige una clara y efectiva voluntad política de los responsables del gasto público, lo cual debe manifestarse, por lo menos, en tres resultados: a) el equipo directivo de la institución pública responsable de la contratación comparte la pertinencia y la viabilidad de la aplicación de esta herramienta, como mecanismo adecuado para fortalecer la transparencia del proceso, b) la máxima autoridad a cargo de la licitación o el concurso público expresa ante los interesados su compromiso ético con la transparencia del proceso e invita a todos los involucrados a proceder en igual sentido, c) la entidad suscribe un convenio con el capítulo nacional de Transparencia Internacional para formalizar el compromiso institucional con la implementación del pacto de integridad.

Un componente importante para el éxito de estos pactos es el desarrollo de la discusión pública de los pliegos para garantizar que las reglas del juego sean claras, equitativas, viables y transparentes. Entre los mecanismos que podemos utilizar para esta discusión encontramos a la audiencia pública mencionada en el apartado anterior ya que esta herramienta es un elemento que, claramente, puede ser visto de manera independiente pero que, por el valor agregado que da al proceso, siempre debe programarse como parte de la metodología de implementación de todo pacto de integridad.

7.3. Discusión participada de las bases y condiciones

Si bien la Administración Pública es la que debe encargarse de elaborar las bases y condiciones que reglamentarán todo el proceso de contratación, tiene la posibilidad de abrir el juego e involucrar a las empresas del sector privado, las cuales competirán por el contrato. La discusión participada es una posibilidad que tiene la Administración de convocar a todas las empresas del sector para el que se está contratando, con el objetivo de conocer sus opiniones y escuchar recomendaciones para elaborar de manera participada las bases y condiciones que regirán la contratación.

Para que esta discusión participada tenga sentido, la autoridad convocante debe tomar ciertas precauciones como ser: a) asegurar la notificación a todas las empresas del sector, b) establecer un temario de discusión para lograr orden y que se abarquen todos los temas de interés, c) asegurar que todas las empresas cuenten con la misma información, d) garantizar que todas las empresas cuenten con las mismas oportunidades a la hora de participar y e) dar tratamiento a todas las observaciones por igual.

Así como se explica, es importante tener en cuenta que las opiniones vertidas son de carácter consultivo y no vinculante. De esta manera se busca que el sector pri-

vado contribuya a generar un espacio abierto, participativo, transparente y promover reglas de juego claras y definidas conjuntamente[92].

7.4. Sistema de declaraciones juradas como control de conflicto de intereses

En general, la normativa y la doctrina especializada en el tema enfocan los conflictos de intereses entre la función pública y la actividad privada a fin de evitar que los funcionarios públicos incurran en situaciones donde el interés general de la función que ejercen pueda verse influido por su interés propio o el de personas físicas o jurídicas estrechamente vinculadas.

La implementación de estas declaraciones juradas tiene como objetivo prevenir todo tipo de conflicto de interés entre el funcionario público que actúa de jurado o evaluador en un proceso de contratación pública y el sector privado.

En este sentido, se propone la publicación de las declaraciones juradas por parte de los funcionarios involucrados y deben estar orientadas a los antecedentes profesionales, de investigación, los cargos en la actividad pública y privada, entre otros. A la vez, deben estar disponibles para todas las empresas del sector privado y paralelamente tiene que habilitarse un canal de fácil acceso para el caso en que deban realizarse impugnaciones.

Son un sistema simple y de fácil implementación. Solo se requiere publicar las declaraciones juradas de los funcionarios que actuarán como jurado o evaluadores de la contratación y habilitar un canal accesible para potenciales impugnaciones.

Es importante que el organismo que desarrolle el sistema de declaraciones juradas tenga en cuenta que el éxito de la implementación de la herramienta estará sujeto a una correcta difusión y un fácil acceso a las mismas. Para lograr esto, creemos que se debería: a) designar un lugar donde se harán públicas las declaraciones juradas. Se recomienda en la web del organismo, en un lugar de la página donde pueda ser identificado fácilmente, b) publicar el proceso de declaración jurada de manera exhaustiva y con suficiente antelación para que los interesados puedan recopilar toda la información pertinente, c) garantizar una vía simple por la cual las empresas del sector privado puedan realizar sus observaciones y/o impugnaciones, d) procurar un ágil tratamiento de todas las observaciones, sin tener en cuenta si son correctas o no, e) publicar un informe sobre el tratamiento dado a todas las observaciones y/o impugnaciones una vez finalizado el período de publicación de las declaraciones juradas.

La organización que intervenga en este proceso debe procurar que todos los aspectos mencionados sean cumplidos por parte del organismo contratante. Para ello, deben trabajar conjuntamente y con un mismo objetivo que es promover la transparencia de la contratación previendo cualquier potencial conflicto de interés.

92. Esto se encuentra contemplado en forma voluntaria y para determinado tipo de pliegos en el Decreto delegado 1023/2001 y el Decreto 893/2012.

8. Integridad de la contratación pública: profesionalización, rendición de cuentas y control preventivo de las contrataciones

En este capítulo, nuestro objetivo es integrar las nociones de profesionalización, rendición de cuentas y control preventivo de las contrataciones, por considerarlos estrechamente unidos entre sí.

Como bien apunta Kauffman[93] al analizar la situación para el Banco Mundial, "la contratación pública se ha identificado como la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción". Es así como la contratación pública plantea diversas oportunidades para que tanto los agentes públicos como privados desvíen fondos del pueblo de la Nación para la consecución de ganancias particulares.

Frente a ello, pensamos que la transparencia y la rendición de cuentas se han reconocido como condiciones clave para la promoción de la integridad y la prevención de la corrupción en la contratación pública. No obstante se deberían equilibrar con otros imperativos de buena gobernanza, como asegurar una gestión eficaz de los recursos públicos –"eficacia administrativa"– o proporcionar garantías para la competencia justa. El reto para quienes han tomado las decisiones sería definir un nivel apropiado de transparencia y rendición de cuentas para reducir los riesgos de integridad en la contratación pública al mismo tiempo que se persiguen otros objetivos en este tipo de procesos.

Entre los hallazgos del estudio se ha confirmado, a lo cual adherimos, que la transparencia y la rendición de cuentas son claves para mejorar la integridad a lo largo de todo el ciclo de la contratación, incluyendo la evaluación de las necesidades y la gestión de los contratos. Además, han dado a conocer que la contratación pública se considera cada vez más como parte de una profesión estratégica que desempeña una función central en la prevención de la mala gestión y en minimizar las posibilidades de corrupción en el uso de los fondos públicos.

Se considera como desafío clave definir niveles adecuados de transparencia para asegurar un trato igual a los proveedores así como la integridad en la contratación pública.

Podemos ver que la transparencia en la contratación pública implica un coste inmediato tanto para los gobiernos como para los postores, de acuerdo a lo investigado por Kauffman. No obstante, es un elemento clave para apoyar los principios fundamentales del sistema de la contratación pública, y en especial, la competencia y la integridad. Es tarea de los gobiernos encontrar un equilibrio adecuado entre los objetivos de garantizar la transparencia, la eficacia y ofrecer igualdad de oportunidad para los postores. De este modo, el impulso de la transparencia debería, por lo tanto, tender a aumentar la transparencia de aquello que permita un control suficiente de la corrupción; pensamos que si el nivel de transparencia se define de forma adecuada, las ventajas superarán al coste.

Consideramos que se pueden utilizar varios métodos y soluciones para garantizar la integridad, los cuales van desde los requisitos de transparencia mínimos a los mecanismos de control adicionales.

93. Kauffman, basado en la encuesta de opinión ejecutiva 2005 del Foro Económico Mundial, que contempla ciento diecisiete países. La pregunta planteada a la empresa fue: "En su industria, ¿con qué frecuencia realizan las empresas pagos adicionales no documentados y sobornos en relación con permisos / servicios públicos / impuestos / concesión de contratos públicos / el poder judicial?", Banco Mundial, 2006.

Eigen señala que "la falta de transparencia es un mal endémico" y propone como solución para desarticular las redes de corrupción en las licitaciones, la herramienta desarrollada por Transparencia Internacional en los años noventa, denominada "Pacto de Integridad", a la que dedica el capítulo 8 de su libro[94] y nosotros hemos analizado más en profundidad en el capítulo anterior.

Este pacto, como desarrollamos, se trata de una promesa de reciprocidad válida para ambas partes, tanto para ministerios como empresas y asesores técnicos. El ente público que contrata el servicio tiene que especificar que él y todos los candidatos se someterán al pacto. En el acuerdo se reúne a todas las partes implicadas en un procedimiento de contratación como ser autoridades, empresas y potenciales oferentes en situación de competencia, que se comprometen a renunciar a cualquier conducta corrupta, a cuyo efecto generalmente se selecciona una entidad independiente, que puede ser una entidad no gubernamental, para que supervise el mencionado procedimiento licitatorio. Su violación implica sanciones para ambos sectores involucrados y además cada empresa privada puede encargar la supervisión a una empresa externa, generalmente una firma auditora de prestigio. Además, lamenta[95]que en el año 1997 en su país, Alemania, hayan rechazado esta metodología propuesta para la construcción del aeropuerto de Berlín - Schonefeld, donde a pesar de la aprobación gubernamental la empresa de explotación rehusó el pacto con vehemencia, apareciendo tres meses después el primer caso de corrupción.

Sostiene Del Boca que

> El mecanismo del pacto de integridad y las audiencias públicas, así como la expansión del *e-procurement*, dentro de las infraestructuras de gobierno electrónico, hacen más accesible a la ciudadanía la información sobre importantes procesos de decisión. Participación que debería extenderse a la valoración de ofertas en concursos públicos o privatizaciones.

Así, el acceso a la información, como veremos, resulta determinante en la prevención de la corrupción, abusos y desvíos del poder y el incremento de la transparencia.[96]

En el estudio para el Banco Mundial, se manifestó que las excepciones a los procedimientos competitivos representan una zona oscura, es decir, vulnerable a la mala gestión y, posiblemente a la corrupción, debido a la restricción de la competencia.

Hemos dicho que se considera cada vez más a la contratación pública como parte de una profesión estratégica. Y si bien la transparencia es una parte integral de la buena gobernanza en la contratación, se trata de una condición necesaria pero no suficiente para la integridad en este tipo de procesos. Así, generar profesionalidad entre los responsables de la contratación como un conjunto de normas profesionales y éticas es igualmente importante. Como la contratación pública es un factor significativo para gestionar correctamente los recursos públicos, se debería considerar como una profesión estratégica a la labor realizada por los profesionales competentes y no solo como una función administrativa la que se desarrolla.

94. Eigen, Peter, *Las redes de la corrupción: La sociedad civil contra los abusos de poder*, Barcelona, Del Bronce, 2004, pp. 75-81.

95. Ídem, p. 168.

96. Del Boca, Vanesa, ob. cit. (cfr. nota 87).

En este estudio que mencionamos, se ha reconocido que los responsables de contrataciones han de estar equipados con las herramientas apropiadas para mejorar la planificación, la gestión y que sus decisiones han de tener fundamentos correctos. De igual modo, apreciamos que los países invierten mucho en nuevas tecnologías de la información y la comunicación, por ejemplo, a través de bases de datos sobre precios de productos para apoyar a responsables de la contratación en su trabajo y sus decisiones diarias.

Dado que la mayoría de los países ha adoptado un enfoque más descentralizado, mejorar la profesionalidad de la contratación se ha convertido en algo más que importante. Se han dedicado esfuerzos para dotar a los responsables de la contratación de los conocimientos adecuados, experiencia y calificación para evitar riesgos en la integridad de la contratación pública. A los responsables de la contratación, a los que se exige cada vez más que desempeñen la función de gestor contractual, además de sus obligaciones tradicionales, les es requerido no solo conocimientos especializados relativos a la contratación pública, sino también con respecto a la gestión de proyectos y aptitudes de gestión de riesgos.

En un entorno de gestión desarrollado, los responsables de la contratación también necesitan unas pautas éticas que aclaren las restricciones y las prohibiciones para evitar situaciones de conflictos de intereses y, más en particular, la corrupción. Al respecto, la Ley de Ética Pública hace referencia a los conflictos de intereses en el Capítulo V, artículo 13.[97]

Ahora bien, al definir prioridades, los políticos han de decidir a qué partes interesadas sirve principalmente la contratación pública, es decir, usuarios finales, gobierno, sector privado, medios o público en general. Dados los importantes intereses económicos que están en juego y su posible impacto en los contribuyentes y los ciudadanos, la contratación pública se considera cada vez más como un elemento básico de la rendición de cuentas por parte del gobierno al público sobre la gestión de los fondos estatales.

En los últimos años, los gobiernos han reforzado sus mecanismos de control y rendición de cuentas sobre la contratación pública. Es así que se trata de un desafío clave definir una cadena clara de aprobación y responsabilidad en el proceso de contratación pública, dentro de un contexto de contratación desarrollado. Asimismo, se está reconociendo cada vez más que los controles internos y las auditorías externas deberían basarse en un enfoque más centrado en los riesgos, a fin de ayudar a evitar y detectar la falta de transparencia en la contratación.

La rendición de cuentas, como pilar del Estado moderno, se encuentra contemplada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que goza de jerarquía constitucional en nuestro país, y cuyo artículo 15 establece que "La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración". Pero esto no es exclusivo del derecho público, ya que existe en la medida que se

97. Art. 13 Ley 25188: "Es incompatible con el ejercicio de la función pública: a) dirigir, representar, administrar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado, tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades; b) ser proveedor por sí o por terceros de todo Organismo del Estado donde desempeñe sus funciones".

gestiona, se actúa en nombre de otro a quien se le deben explicaciones y es así como vemos esta figura también en el CCCN.[98]

Ivanega[99] vincula la noción de rendición de cuentas con responsabilidad, y diferencia la rendición de cuentas vertical de la horizontal. La primera, ligada a la dimensión electoral, pero como razones estructurales y contextuales demuestran que las elecciones libres y justas no son suficientes para garantizar un buen gobierno, es que se necesita complementarlo con mecanismos de rendición de cuentas horizontal que exijan a los funcionarios responder lateralmente a otros funcionarios y a instancias del mismo Estado. Esto supone la existencia de organismos estatales que estén legalmente habilitados y autorizados para emprender acciones que abarquen desde la fiscalización rutinaria hasta sanciones penales o destitución, en relación con actos u omisiones de otras instituciones del Estado. También diferencia la rendición de cuentas financieras, la rendición de cuentas sobre imparcialidad y rendición de cuentas sobre resultados.

Aunque los países tienen varios mecanismos de rendición de cuentas y de control, cada vez hacen más partícipes a los licitadores, otras partes interesadas y al público en general en cuanto al control del proceso de las contrataciones públicas, a través de un mayor acceso a la información y de la participación activa.

Coincidentemente con Del Boca, consideramos que

> … las formas de corrupción pueden ir mutando hacia modalidades diferentes: por ejemplo, los sobornos pueden ser reemplazados por figuras como conflictos de intereses o incompatibles con la función pública. En consecuencia, se considera pertinente orientar soluciones al diseño de políticas de transparencia y prevención de la corrupción, más allá de la represión de los delitos cometidos con ajuste al tipo legal ya establecido.

La autora citada anteriormente pone de manifiesto lo expresado por Eigen, al decir que

> La prevención es sin duda mucho más beneficiosa incluso desde el punto de vista económico. La transparencia, la atención de la opinión pública, y un sistema de reglas voluntarias y aceptadas tienen un costo muy reducido. En comparación, la persecución y las sanciones jurídicas son mucho más costosas y complejas, ya que requieren la intervención de profesionales del Derecho y de la policía. No se puede renunciar nunca a las sanciones, pero cuanto mejor sea la prevención, menos efectivos policiales y judiciales serán necesarios.

Y además estamos convencidos de que se evita el daño material y social generado por un contrato deficiente.

En este sentido, Del Boca señala que

> La Comisión Europea considera que las iniciativas futuras en este ámbito deberían subsumirse a medidas preventivas destinadas a reducir las oportunida-

98. Art. 1334 CCCN: "Rendición de cuentas. La rendición de cuentas por el mandatario debe ser en las condiciones previstas en los artículos 858 y siguientes acompañada de toda la documentación relativa a su gestión…".

99. Ivanega, Miriam M., "El deber ser de la gestión pública. Responsabilidad y rendición de cuentas", en CTPBG. Comisión Técnica de Prácticas de Buena Gobernanza [portal web http://buenagobernanza.agn.gov.ar/], [s.e.], [s.f.], p. 6.

> des de conductas corruptas evitando los conflictos de intereses e introduciendo controles y verificaciones sistemáticas. Es así que en materia de contrataciones públicas las directivas de la Comisión Europea tienden a garantizar la transparencia y el acceso sin discriminaciones a las oportunidades de licitación. Entre las medidas que podemos nombrar existen las destinadas a sancionar conductas colusorias entre empresas participantes en una contratación pública.[100]

Pensamos que, además de estas verificaciones sistemáticas, también podrían ejecutarse controles asistemáticos para que sean sorpresivos y no puedan ser previstos por los funcionarios.

9. Distintos tiempos en la implementación de acciones de transparencia en las contrataciones públicas: experiencias y proyectos

En el año 2009, la Oficina Anticorrupción, con el apoyo de la Embajada Británica en Buenos Aires, realizó una exposición de las contrataciones públicas,[101] que permite evaluar la gestión de las contrataciones y las eventuales dificultades en materia de transparencia y accesibilidad. Es un instrumento concreto para la mejora de la gestión pública ya que contiene conclusiones y recomendaciones prácticas orientadas tanto a resolver los modos problemáticos del proceso contractual como a fortalecer los aspectos destacables del sistema. Se consideró que debían profundizarse los esfuerzos por difundir las conclusiones del primer estudio[102] y entre las actividades que se desarrollaron estuvo la realización del seminario "Implementación de acciones para la transparencia en contrataciones públicas", desarrollado en el año 2008 en el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

Pero pensamos que esto no es suficiente, debido a la complejidad del tema y porque son muchos los funcionarios a los que hay que impregnar y habituar a las buenas prácticas, a la transparencia. Además de que la sociedad en general debería estar formada para poder participar y efectuar controles eficientes. No debería tra-

100. Del Boca, Vanesa, ob. cit. (cfr. nota 87).

101. Oficina Anticorrupción, *El estado de las contrataciones. Estudio en profundidad de las contrataciones públicas*, 2009.

102. A fines del año 2007, la Oficina Anticorrupción publicó *El estado de las contrataciones. Mapa de condiciones de transparencia y accesibilidad en las contrataciones públicas*, y su objetivo fue elaborar una herramienta innovadora apoyándose en información estadística y verificable, así como fundamentalmente proponer, sobre la base de dicha investigación, recomendaciones concretas para optimizar la transparencia en la gestión de las compras y contrataciones públicas, acotando los problemas existentes y fortaleciendo los aspectos destacables. Por eso, a comienzos del año 2008 se decidió profundizar y desarrollar una segunda parte del mapa. Tuvo en cuenta dos objetivos: a) la identificación y análisis de los principales espacios de accesibilidad y transparencia en los procedimientos de contrataciones, que fomenten la participación, la concurrencia y su buen funcionamiento y b) la identificación y análisis de las condiciones que favorecen la aparición de espacios vulnerables a la corrupción. Este primer estudio se basó en las contrataciones de bienes y servicios efectuadas por los organismos públicos amparadas por el Decreto delegado 1023/2001, durante el período 2003, 2004 y 2005 y se seleccionaron quince organismos: Energía Atómica (CNEA), Dirección Nacional de Vialidad, Estado Mayor General de la Armada, Estado Mayor General del Ejército, Estado Mayor General de la Fuerza Aérea, Gendarmería Nacional, Hospital Nacional Dr. Alejandro Posadas, Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente, Ministerio de Economía y Producción, Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, Ministerio de Salud, Prefectura Naval Argentina, Registro Nacional de las Personas y Servicio Penitenciario Federal. Transparencia Internacional también tiene un formato denominado "Mapa de Riesgo de las Contrataciones Públicas".

tarse de un entusiasmo momentáneo sino que deberían ser estrategias de mediano y largo plazo con el objeto de que se constituyan políticas de Estado en nuestro país en cuanto a la transparencia en la gestión, la corrupción administrativa y cursos de acción posibles para prevenir y sancionar los actos de corrupción. Alternativa a ello podría ser lo desarrollado en el capítulo IV apartado 3 en cuanto a la acción *qui tam*, a lo cual nos remitimos.

Queremos resaltar el libro *Resetear la sociedad*[103], producto de estos trabajos y orientado a jóvenes de los últimos años de la escuela secundaria, por ser ellos el futuro de nuestro país. Sería provechoso darlo a conocer y estudiar para que algún día esos jóvenes lo puedan aplicar en sus vidas, sea como funcionarios públicos o desde el ámbito laboral privado.

El programa Transparencia de las Contrataciones ha dado excelentes resultados en cuanto al mejoramiento de los pliegos y traduciéndose ello en una optimización de la calidad de los bienes y servicios adquiridos y en la posibilidad de obtener ofertas más convenientes.

Finalmente, entre los objetivos de este programa encontramos: a) facilitar la gestión de los pliegos de contrataciones de todas las unidades de compras del organismo, b) someter los pliegos a revisión por parte de una comisión de supervisión, c) mantener el historial de cambios sobre los distintos pliegos y archivos que componen la contratación; no simplemente dejar publicada la última modificación, sino mantener el historial para saber cómo llegó el pliego final a determinadas condiciones, cómo se originó, quiénes son los actores que generaron esos cambios, por qué y cómo fueron tenidas en cuenta esas observaciones, y d) difundir públicamente los pliegos a través de internet.

La realidad nos señala que existen diversos procesos de contrataciones públicas en los que se han buscado aplicar las herramientas descriptas en el apartado anterior. Expondremos respecto a qué temáticas se han implementado y en qué años pero aclaramos que no pretendemos describir cómo han sido estos mecanismos sino tan solo mencionarlos.

La herramienta de la audiencia pública fue utilizada en el año 1996, en la provincia de Mendoza, para la prestación de servicios informáticos; en 1998, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para el contrato de concesión de la línea H de subterráneos; en 1999, en el municipio de Avellaneda de la provincia de Buenos Aires, para la construcción del puente De La Serna; en 2003, en el municipio de Morón, para la renegociación del contrato de recolección de residuos; y en 2006, en el municipio de Córdoba, para el proceso de negociación de deuda entre la autoridad municipal y la prestadora del servicio de recolección de residuos. También podemos destacar que se ha empleado la audiencia pública combinada con el pacto de integridad en el año 2000, en el municipio de Morón, para el servicio de recolección de residuos domiciliarios y, en el año 2006, también en el mismo municipio, para el mismo objeto contractual.

En los años 2003 y 2004 en el procedimiento de consulta para la adquisición de textos escolares, el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación utilizó las herramientas pacto de integridad, decisión participada del pliego de bases

103. Gamallo, Gustavo, *Resetear la sociedad. Ideas de los jóvenes sobre la corrupción*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2007.

y condiciones de la compra de textos y el sistema de declaraciones juradas para evitar conflictos de intereses en la Comisión Asesora Nacional. Y en el año 2005 fue usado el acuerdo sectorial de transparencia entre las empresas fabricantes de tuberías para infraestructura de agua potable. Durante los años 2013, 2014 y 2015, la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual realizó diecisiete audiencias públicas y dos encuentros nacionales para recibir los aportes, reclamos y sugerencias de la ciudadanía sobre la radio y la televisión. El 15 de junio de 2016, el jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires convocó a una audiencia pública para el tratamiento de la tarifa técnica y de la modificación del cuadro tarifario para la explotación del servicio de subte[104]. Asimismo, se llevaron adelante audiencias públicas para tratar el aumento del gas en el mes de agosto.

No obstante todo ello, no nos podemos engañar, porque la corrupción enraizada en nuestro país es muy grande y todavía queda mucho por hacer. No puede perderse de vista que las sumas de dinero gastadas en el Estado son altas y en comparación a ello son muy pocas veces las que se han usado estas herramientas.

10. Corrupción como contracara de la transparencia

La sociología entiende que la corrupción es el relajamiento de las costumbres, con incidencia negativa en las estructuras sociales y, en especial, políticas, y en el plano político la corrupción de la dirigencia se manifiesta en el manejo de la cosa pública en su propio beneficio, sin importarles la intención histórica del cuerpo social.

Desde el punto de vista semántico, el diccionario de la Real Academia Española define a la corrupción como la "acción y efecto de corroer". Una de las definiciones más empleadas desde la economía clásica fue propuesta por Klitgaard, como función de la discrecionalidad, el monopolio y la falta de transparencia a través de la siguiente fórmula: M (monopolio) + D (discrecionalidad) – A (responsabilidad) = C (corrupción).[105]

El Programa de Naciones Unidas[106] para el Desarrollo en el año 2004 dio un concepto más amplio:

> El mal uso del poder público o de la autoridad para el beneficio particular, por medio del soborno, la extorsión, la venta de influencias, el nepotismo, el fraude, el tráfico de dinero y el desfalco.

El Banco Mundial definió la corrupción como el abuso de un cargo público para beneficio privado, concepto que permitió vincular la corrupción con prácticas tales como intercambio de favores, el soborno y el nepotismo. De Michele[107], por analogía, describe esta situación y nos trae a la memoria una famosa decisión judicial

104. Cfr. ob. cit. en nota 91.

105. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y Cámara de Comercio de Bogotá (CCB), *Guía anticorrupción para las empresas*, Bogotá, 2014, p. 25 y ss.

106. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Anticorrupción. Nota práctica*, 2004, p. 2.

107. De Michele, Roberto, "Medir la corrupción es como la pornografía, Gobernarte. Ideas innovadoras para mejores gobiernos" [online], en www.blogs.org [última consulta: 15/7/2016].

referida a la pornografía, en donde el juez Stewart sentenció que le costaba mucho encontrar tal definición pero que "la reconozco cuando la veo".

En lo que respecta al derecho administrativo, y como ya pudimos adelantar, esta problemática[108] ha sido estudiada por muchos autores, pero en profundidad por Mairal[109], en una obra que nos introduce en las diversas causas de la misma y nos demuestra que el contrato administrativo está armado para favorecer los negociados y la corrupción, la lisa y llana extorsión al particular. Y no es solo un mal[110]que afecta a nuestro país sino que también, como ya lo ha expresado Bianchi[111], "existe en los Estados Unidos, donde encuentra en la contratación pública un campo propicio para su desarrollo".

Como un fenómeno mundial, Mairal afirma categóricamente que

> … su grado de difusión difiere significativamente entre los diversos países. En algunos países el fenómeno es esporádico mientras que en otros la corrupción se ha instalado como un modo necesario para operar normalmente en ciertos sectores de la sociedad y de la economía.

En palabras de Grondona, expresa que en los primeros hay actos de corrupción mientras que en los últimos cabe hablar de un "estado de corrupción"[112]. En este sentido, los jueces han dicho que

> … la corrupción lleva incardinada en el nervio mismo de su existencia una trama de alianzas que se tejen hacia el interior del poder; se sostiene sobre acuerdos y en lógicas preexistentes: lealtades, jerarquías, intercambio de favores, ramificación del contexto de relaciones, promesas de remuneraciones futuras ilegales, con la marcada finalidad de acrecentar capital, marcan los rumbos de este agrupamiento de fechorías o de esta mancomunación delictual, en desmedro de la imparcialidad que demandan los ciudadanos.[113]

108. La problemática de la corrupción ha sido analizada entre otros autores por Eigen (cfr. nota 94), Susan Ackerman (*La corrupción y los gobiernos*, Editorial Siglo XXI de Argentina, Nueva York, 1999), Nicolás Raigorodsky ("Políticas de prevención de la corrupción en el ámbito de los organismos de seguridad pública", en Embajada Británica, *Diálogo argentino-británico: Gobernabilidad y democracia*, Buenos Aires, 2005), Ernesto Garzón Valdés ("Acerca del concepto de corrupción", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo [coords.], *Poder, derecho y corrupción*, Siglo XXI, 2003), Jesús González Pérez (*Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*, Madrid, Aranzadi, 2006), Alejandro Nieto ("La función pública y la corrupción", en Reiriz, María Graciela [coord.], "Derecho administrativo y aportes para el rediseño institucional de la república", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, LexisNexis, 2004), Jorge L. Rimondi (*Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005), Alfonso Sabán Godoy (*El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991), Mirta Sotelo De Andreau ("Un nudo gordiano en la contratación pública: la corrupción", en Scheibler, Guillermo [coord.], *El derecho administrativo de la emergencia*, t. IV, Buenos Aires, FDA, 2005) y Jorge Vanossi ("Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 149, p. 749).

109. Mairal, Héctor A., ob. cit. (cfr. nota 57).

110. Villoria Mendieta, Manuel, *Ética pública y corrupción. Curso de ética administrativa*, Madrid, Tecnos, Madrid, 2000. Este autor llama "mal" a la corrupción; al respecto, ver también Canda, Fabián O., *Ética pública y corrupción: de ética administrativa*, por Manuel Villoria Mendieta, cita online: 2003-650 [2003], plataforma online: El Derecho.

111. Bianchi, Alberto B., "Las acciones *qui tam* como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos en los Estados Unidos", en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, UCA, 01/02-589 [2001].

112. Grondona, Mariano, *La corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1993, 3ª ed., pp. 20-22.

113. Tribunal Oral Criminal Nº 4, 9/9/2013, "Mahdjoubian, Juan J." (La Ley Online: AR/JUR/109411/2013).

Originariamente, la corrupción se consideraba como exclusivamente del sector público pero recientemente se han desarrollado otras definiciones[114] que pretenden considerarla como un delito del sector público y del sector privado.

Y como ya hemos dejado traslucir, muchas veces se intenta sancionar penalmente el actuar ilícito del funcionario o se estudia desde esta óptica la problemática y es justamente acudiendo al derecho administrativo desde donde podremos abordar la cuestión de una manera preventiva[115] porque no siempre es eficaz combatir la corrupción solo por medio de las sanciones del derecho penal.

Haciendo propias las palabras del profesor Rivero Ortega, queremos recordar que

> Si abogamos por el tratamiento jurídico-administrativo del fenómeno de la corrupción es porque consideramos que las instituciones administrativas presentan, frente a las penales, la ventaja de tener más capacidad preventiva. Es cierto que se ha teorizado la función preventiva de la criminalización de conductas, pero también lo es que la aplicación de la norma penal tiene lugar ex post, una vez que el delito ya se ha cometido, traduciéndose sobre todo en la exigencia de responsabilidades y consiguientes privaciones de la libertad. La mayoría de las herramientas administrativas, por el contrario, actúan en la fase previa de la adopción de las decisiones corruptas. El procedimiento administrativo, en sus distintas manifestaciones y aspectos, es el sumatorio de la mayoría de estas instituciones con virtualidades preventivas, razón por la cual el procedimiento administrativo contractual junto con el control de su respeto por los tribunales y la responsabilización de autoridades y funcionarios son claves fundamentales de la lucha contra la corrupción en cualquier Estado de derecho.[116]

Y al respecto nos parece muy oportuno el aporte de Sobrero Elgue[117], siguiendo esta línea doctrinaria, ya que analiza la contribución del derecho administrativo para la prevención de la corrupción a partir de la noción de "buena administración"[118],

114. Hoy se acepta que la corrupción se presenta también en el ámbito privado, como una "desviación fraudulenta o abusiva de potestades de control y decisión en la empresa privada que genera conflictos de intereses dentro del sector privado" (Carbajo Cascón, Fernando, "Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión", en Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparrós, Eduardo A., *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*, Salamanca, Ratio Legis, Salamanca, 2003, p. 130).

115. Entre las leyes que se han sancionado con preceptos vinculados a la prevención podemos destacar a la Ley 25188 de Ética en la Función Pública con deberes de comportamiento ético de funcionarios y empleados públicos; la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional y el Decreto 1172/2003 que prevé diversos mecanismos de participación ciudadana.

116. Rivero Ortega, "Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana", en Rodríguez García, Nicolás y Caparrós, Eduardo Fabián [coords.], ob. cit. (cfr. nota 114), p. 111.

117. Sobrero Elgue, Mercedes, "Buena administración y prevención de la corrupción", en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, UCA, 31/3/2016.

118. Para Sobrero Elgue, la noción de buena administración ha venido desarrollándose desde hace un tiempo y radica en considerar que la Administración debe centrarse en principios que le deben dar sustento, tales como mayor participación ciudadana, calidad de la organización pública, ética, eficacia, eficiencia, transparencia, responsabilidad de los funcionarios y rendición de cuentas. Avanzando en su exposición expresa que hoy el derecho administrativo se ocupa no solo de analizar en qué consiste la Administración y cuál es su régimen jurídico, sino que avanza en lo referido a cómo se administra y quiénes participan de tal cuestión. Para ello, se refiere al término "gobernanza" entendida como el arte o manera de gobernar que busca como objetivo lograr el desarrollo económico, social e institucional duradero, buscando con ello un equilibrio entre Estado, sociedad civil y mercado económico. Es decir, para dicho concepto, la acción de gobernar no se vincula solo a la au-

dado su efecto en la calidad de la organización pública. En este sentido, el profesor Coviello[119] nos recuerda que "el derecho administrativo es el instrumento para estructurar la vigencia de la ética pública". Señala que

> La Constitución fija las bases jurídicas fundamentales y los principios para la Nación pero su puesta en práctica en relación con el Estado se hace mediante las instituciones del derecho administrativo.

Es así que la transparencia constituye una exigencia de la Administración Pública actual que se consagra en el principio de participación ciudadana y cuya expresión más cabal es el derecho de acceso a la información pública.

En lo que respecta al desarrollo normativo a partir de la reforma constitucional de 1994[120], se han sancionado diferentes leyes y decretos vinculados a la prevención de la corrupción entre las que queremos destacar a la Ley 25188 (Ética en la Función Pública), la Ley 25164 (Marco de Regulación del Empleo Público Nacional; prevé previsiones sobre ética pública), el Decreto 41/1999 (Código de Ética de la Función Pública), el Decreto 102/1999 (Crea la Oficina Anticorrupción y Ética Pública), el Decreto 229/2000 (Programa Carta Compromiso con el Ciudadano), el Decreto 103/2001 (Plan Nacional de Modernización de la Administración Pública Nacional) y el Decreto 1172/2003 (reglamentos que resguardan mecanismos de participación ciudadana).[121]

En el plano internacional, nuestro país ha sancionado la Ley 25246 de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo y creación de la Unidad de Información Financiera, y ha adherido a la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción[122] (ratificada por Ley 24759[123]), la Convención sobre la Lucha contra el

---

toridad o sanción sino que se realiza según el consenso y el diálogo entre los diversos actores y compartiendo responsabilidades.

Actualmente, y complementando a la definición que hemos dado en la introducción de esta obra del concepto de buena gobernanza, se sostiene que la noción de gobernanza se asocia a la de buen gobierno y buena administración, y pretende colocar en el centro del protagonismo a la persona y sus derechos fundamentales. El concepto de buena administración refiere a la adecuada elección de los medios y de la oportunidad de ejercicio de las competencias con relación al fin específico que se quiere satisfacer; se trata por ello de una función administrativa, ya que ella debe cumplirse de la forma más oportuna y más adecuada para la obtención de los fines objeto de la función pública.

119. Coviello, Pedro J., "Reflexiones sobre la ética pública", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 11/5/2012, supl. Const. 2012 (mayo); t. 2012-C, p. 752 (cita online: AR/DOC/1690/2012).

120. Art. 36 Constitución Nacional: "Atentará, asimismo, contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve en delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función".

121. A todas estas normas es pertinente agregarles todas las incorporaciones que sobre este tema se realizaron tanto en las constituciones provinciales como a nivel municipal.

122. Tanto en esta Convención como en la Ley 25188 se define a la función pública como toda actividad realizada por una persona en nombre o al servicio del Estado o de sus entidades.

123. Mediante la cual el Estado argentino asumió diversos compromisos en relación con las políticas anticorrupción. Se vincula con los postulados que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos declaran al respecto. Así enuncia en su preámbulo que "la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos. Considerando que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio".

Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (ratificada por Ley 25319) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (ratificada por Ley 26097[124]).

Por medio del equilibrio de poderes, se contemplan en nuestra Constitución la búsqueda de mayor transparencia y el control de la corrupción en el ejercicio del poder. Así es que se consagran distintos mecanismos de control[125] institucional, conocidos como sistemas de frenos y contrapesos, por los que se busca evitar concentraciones de poder. "Y en virtud de ello, se establecen relaciones y controles de cada poder, ya sea como sujeto controlado o como sujeto controlador".[126]

Debe tenerse presente ineludiblemente que "existe primero una corrupción de raíz privada que beneficia, alimenta y fortalece", como señala el maestro Comadira[127], "a la corrupción del funcionario público. Primero se es corrupto en lo privado para luego propagarse en la esfera pública", porque nadie puede ser fiel y honesto en lo mucho si primero no es fiel y honesto en lo poco.

Sostiene De Michele[128] que la corrupción, por ser una práctica secreta, es difícil de medir, ya que el soborno, una de las especies más comunes, no deja recibos. Pero también menciona otras prácticas corruptas como los conflictos de intereses, la malversación de caudales públicos, la financiación ilícita de campañas o la creación de plazas fantasmas. Y argumenta también que cada vez aparecen formas más sofisticadas de corrupción en las cuales no hay intercambio de dinero sino un entramado legal estructurado para que fluyan las retribuciones ilegales.

Mairal[129], profundizando en el análisis de las contrataciones del Estado, observa que "la transparencia debe abarcar sus cuatro principales etapas: la licitación pública, la ejecución del contrato, el pago y la solución final de las controversias". A su vez, sostiene que

> … las irregularidades en una licitación frecuentemente comienzan con la redacción de los pliegos y que hay formas sutiles de discriminación como por ejemplo, la fijación de un plazo exiguo para presentar las ofertas.

10.1. La licitación pública

Mairal también destaca el defecto de las formalidades frente a oferentes no habituales ni preanoticiados, ya que actúa como disuasivo para presentar ofertas o como mínimo, facilita la comisión de errores formales en qué fundar impugnaciones. En este sentido, citando a Gordillo, expresa que

124. Conlleva un aspecto novedoso y relevante, ya que prevé normativa referida al sector privado, de manera tal de poder prevenir, detectar y combatir los actos de corrupción que se pudieren cometer, fenómeno que hasta el momento era analizado sólo desde la óptica del Estado, aun cuando involucra a varios actores.

125. Es así que se dio jerarquía constitucional a diversos órganos de control como ser la Auditoría General de la Nación (art. 85 CN), el Defensor del Pueblo (art. 87 CN) y el Ministerio Público.

126. Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2003, 3ª ed., act. y ampl., p. 678.

127. Comadira, Julio R., ob. cit. (cfr. nota 78).

128. De Michele, Roberto, ob. cit. (cfr. nota 107).

129. Mairal, Héctor A., ob. cit. (cfr. nota 57). Con agudeza y muy buen sentido jurídico, el autor ha desarrollado estas cuestiones por lo cual lo seguiremos en los cuatro apartados que siguen, transcribiendo mucho de lo que ya ha desarrollado en su maravillosa obra.

> … las ofertas del exterior rara vez cumplen exhaustivamente hasta el último requisito formal exigido por el pliego de condiciones al cual, no obstante, deberían ajustarse en todo según la clásica doctrina.[130]

Genialmente plantea como solución "exigir únicamente certificaciones de firmas y legalizaciones al ganador de la licitación". De esta manera, una garantía de oferta seria y confiable actuaría como disuasivo de conductas irresponsables o fraudulentas.

Como sucede en la práctica,

> … la superabundancia de recaudos formales[131] tiende a demostrar, ante personas poco familiarizadas con los trámites licitatorios, el celo de los funcionarios intervinientes, permitiendo así diluir decisiones cuestionables en un fárrago de documentación frecuentemente innecesaria y demorando durante semanas decisiones que, de ser imparciales podrían tomarse rápidamente, pero que, al no serlas, llevan a que la demora sea utilizada con propósitos de posicionamiento político de algunos oferentes.

De allí que coincidimos en que una licitación en la cual

> … es muy breve el plazo para presentar ofertas pero muy amplio el plazo para calificar a los oferentes (sea el establecido originalmente o el resultante de las extensiones decididas) sea sospechosa. El remedio a esta corruptela consiste en establecer las reglas contrarias: Plazos[132] largos para presentar ofertas pero breves para la selección de los oferentes y la evaluación[133] de sus presentaciones.

Siguiendo el catálogo de prácticas indebidamente restrictivas, anota la inclusión de requisitos innecesariamente[134] estrictos para calificar como oferente admisible (cuyo efecto es, frecuentemente, impedir que participen firmas ajenas al círculo de oferentes habituales). Argumenta que muchas veces

> … las licitaciones son decididas, cualquiera sea el funcionario en quien radique la decisión formal, por el funcionario de más alta jerarquía con un interés directo en el tema y como remedio contra esa delegación involuntaria de la facultad de decisión, incluso muchas veces con la firma de otro, plantea reducir al máximo posible la discrecionalidad en la selección del universo de oferentes y en la

130. Gordillo, Agustín, "El informalismo y la concurrencia en la licitación pública", en *RDA*, 11:306

131. Al respecto, ver art. 70 del Decreto 893/2012.

132. En nuestro país, en el caso de la licitación pública, el plazo para presentar ofertas se desprende del art. 49 del Decreto 893/2012, que prevé en su parte pertinente que "la convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones públicas deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno por el término de dos (2) días, con un mínimo de veinte (20) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura de ofertas…".

133. Respecto de la evaluación de las ofertas, el Decreto 893/2012 prevé en la parte pertinente del art. 79 que "se entenderá por etapa de evaluación de ofertas al período que va desde el momento en que las actuaciones son remitidas a la Comisión Evaluadora, hasta la notificación del dictamen de evaluación…". Y estas evaluaciones suelen hacerse en cinco días, extensibles a diez como máximo dependiendo del organismo.

134. Al respecto, puede verse "Vertrans c/ GCBA s/ amparo (artículo 14 CCBA)", expediente A336-2013/0, Secretaría Nº 11, febrero 2013, en donde se impugna el sistema de calificación previsto en el pliego de bases y condiciones particulares, en lo concerniente a la denominada "Calificación del Oferente", en los ítems vinculados a la llamada "Capacidad Técnica del Oferente": i) antecedentes técnicos por cantidad de vehículos verificados; ii) antecedentes técnicos por cantidad de líneas VTV operadas; iii) certificación de calidad bajo normas internacionales ISO 9001:2000 o ISO 17020; y iv) en el ítem vinculado a la llamada "capacidad económica y financiera" el criterio en base al cual es requisito excluyente el obtener una calificación mínima del 50 % en cada rubro.

> adjudicación. Por ello son preferibles los criterios más automáticos posibles. Pautas claras y realistas, con resultado *pasa / no pasa* son preferibles a un método de puntaje que siempre encierra un cierto grado de arbitrariedad.

Sostiene el autor que un

> … buen test general de la transparencia de un sistema de licitaciones es la presencia frecuente de oferentes extranjeros. Ello porque, por lo general, este tipo de participantes carece de poder político y, si pertenece a países que consideran delito los sobornos pagados a gobiernos extranjeros, tendrá un disuasivo adicional para no comportarse incorrectamente.

Finalmente, propone

> … la sanción de una ley que permita el acceso a las licitaciones públicas internacionales solamente a las empresas de aquellos países cuya legislación interna considera delito sobornar a un funcionario público de un país extranjero, como ocurre en los Estados Unidos con la Foreign Corrupt Practices Act y como ha comenzado a ocurrir con los países de la OCDE[135] De esta manera ante la acusación de corrupción, la investigación podría llevarse a cabo tanto por el gobierno argentino como por el extranjero, con lo que aumentarían las chances de detección y, correlativamente, disminuiría la posibilidad de que se recurra a tales prácticas en las licitaciones internacionales que la Argentina convoca. Esta iniciativa guarda cierta semejanza con la de firmar un pacto de honestidad entre el gobierno que convoca la licitación y las firmas participantes, por el cual estas últimas se comprometen a denunciar a los funcionarios que exigen sobornos o pagos indebidos y el gobiernos que garantiza que ninguno de sus funcionarios hará tales exigencias.

10.2. La ejecución del contrato

A propósito, Mairal señala:

> La ejecución del contrato se desarrolla lejos del escrutinio público ya que éste suele concentrarse en la etapa licitatoria. Vencidos y resignados los competidores, la relación está generalmente oculta a los ojos de extraños y se desarrolla entre viejos conocidos. El contratista habitual y los funcionarios que controlan la ejecución del contrato.[136]

Además, el mismo autor afirma que

> Es un contrasentido monitorear cuidadosamente el procedimiento licitatorio y no controlar con igual cuidado la ejecución del contrato. Siguiendo a los Estados Unidos, deberíamos emplear el registro de grado de cumplimiento de los contratos como uno de los factores que debieran incidir en la adjudicación de

135. Mairal recomienda, sobre la Convención de la OCDE que combate la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, ver Nichols, Colin, Daniel, Tim, Polaine, Martin y Hatchard, John, *Corruption and Misuse of Public Office*, Oxford University Press, 2006, pp. 395-435. Y sostiene que Gordillo es elocuente acerca de la obligación moral de Europa de combatir la corrupción de sus empresarios en el extranjero (Gordillo, Agustín A., *The future of Latin America: Can the EU help?*, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003, p. 117).

136. Mairal, Héctor A., ob. cit. (cfr. nota 57). El Decreto 893/2012 desarrolla esta cuestión a partir del Título III Ejecución y Extinción del Contrato.

> los nuevos contratos […] Porque de nada sirve adjudicar al proveedor que cotiza el precio más bajo si luego no se controlan las cantidades que entrega o la calidad del producto entregado.[137]

Da varios enfoques como remedio a este problema. Uno de ellos sería realizar un estudio imparcial de los pliegos de condiciones tipo comparándolos con los que aplican países cuya contratación estatal es eficiente y tomando en cuenta las recomendaciones de organismos internacionales. Otro enfoque sería tercerizar el control del cumplimiento de los contratos convocando al efecto a firmas especializadas. Esta última recomendación no se basa en presumir un mayor nivel ético en los particulares que en los funcionarios públicos, sino en el hecho comprobado que los particulares están expuestos a sanciones jurídicas y económicas que no alcanzan a los organismos públicos.

10.3. El pago

La actividad administrativa más sospechada es la que lleva al pago de los contratistas. Y es por ello que Mairal afirma –adherimos– que

> Todo mecanismo que asegure la automaticidad en el pago una vez verificado el cumplimiento de la respectiva prestación contractual, así como el pago de facturas por estricto orden cronológico favorecerá la transparencia.[138]

En este sentido,

> … el uso de expedientes electrónicos en el que quede también constancia de los pagos, permitirá transparencia en el trato a los contratistas y facilitará el control del orden en que se efectúan los pagos. Este mecanismo implica avanzar en un camino ya iniciado y debería ser prioritario para las autoridades […].
> Hoy en día el contratista debe seguir cumpliendo pese a la mora del Estado. Ello porque tanto la doctrina como la jurisprudencia argentina sólo admiten que el contratista suspenda la ejecución del contrato cuando el incumplimiento del Estado llegue a tal extremo que le impida cumplir con sus propias obligaciones, estándar éste no sólo excesivo sino totalmente impreciso y sujeto, por ende, a impredecibles evaluaciones judiciales.[139]

10.4. La solución de las controversias

Los contratistas carentes de instancia arbitral deben enfrentarse a una larguísima contienda administrativa/judicial de por lo menos seis etapas, con una duración total que fácilmente puede alcanzar los diez y aun los veinte años. Mairal describe las etapas de la siguiente manera:

137. Mairal, Héctor A., ob. cit. (cfr. nota 57).

138. Estas facturas deben ser controladas por los funcionarios públicos previamente a efectuar cualquier pago. Mediante la web de la AFIP se puede realizar esta verificación en "constatación de comprobantes emitidos" (CAE-CAI-CAEA). Además, cualquier ciudadano podría efectuar estas constataciones. Actualmente, existen denuncias en la Oficina Anticorrupción por pagos que el Estado efectuó en connivencia con empresas proveedoras que emiten facturas no actualizadas.

139. Mairal, Héctor A., ob. cit. (cfr. nota 57).

> … agotamiento de la vía administrativa, primera y segunda instancias judiciales, Corte Suprema y finalmente la ejecución de sentencia que nuevamente desemboca en un trámite administrativo y, eventualmente, judicial. Todo ello con la probabilidad, si se repite la práctica reciente, que una ley de consolidación de deuda pública lo obligue, al final de esa odisea jurídica, a aceptar los bonos públicos a dieciséis años de plazo y con inciertas perspectivas de pago.[140]

En definitiva, estos plazos llevan a que ningún funcionario público recuerde los hechos (o quiera recordarlos) cuando llega a la etapa probatoria en sede judicial y los abogados del Estado deben defenderlo con escaso conocimiento de los hechos o aporte de pruebas. Así no es de sorprender que esas defensas sean puramente formales y frecuentemente poco exitosas.

11. Conclusiones

En atención a lo expuesto, se concluye que es conveniente redoblar el esfuerzo en la aplicación del marco legal. Para que todos los operadores puedan participar en las licitaciones en un plano de igualdad y para garantizar la correcta aplicación del derecho de contratación pública, es imprescindible que funcionen adecuadamente procedimientos de recursos rápidos y eficaces tanto a nivel nacional como provincial.

Y en esta dirección hay una importante tendencia a procurar una gestión estatal transparente. En el caso particular de las contrataciones públicas hay un esfuerzo significativo por avanzar hacia ese sentido y los Decretos 1023/2001 y 893/2012 marcaron un paso sustancial, principalmente con la consolidación de un órgano rector al que todas las reparticiones públicas tienen el deber de rendir información actualizada y este la de publicarla.[141]

Es esencial que los esfuerzos por mejorar las prácticas en materia de contratos públicos se vean apoyados por avances en la transparencia y en la difusión de infor-

140. Ibídem.

141. Es fundamental remitir a la ONC todo lo requerido pero también los formularios diseñados por los organismos indicando los procedimientos contractuales en que se desestiman ofertas para que se pueda sancionar a los proveedores que incumplen, de acuerdo a los arts. 131 y 132 del Decreto 893/2012. No son muchas las sanciones que ha aplicado este órgano rector, a causa de que los organismos no remiten ningún formulario, por eso pensamos fundamental transcribir lo pertinente para tener en cuenta y evitar eventuales responsabilidades de los funcionarios públicos incumplidores. El art. 13 del Decreto 893/2012 reza así: "Clases de sanciones. Los oferentes, adjudicatarios o cocontratantes podrán ser pasibles de las sanciones establecidas en el artículo 29 del Decreto delegado Nº 1023/01 y sus modificaciones, por las siguientes causales: a) Apercibimiento (…) 3. El oferente a quien se le hubiese desestimado la oferta por alguna de las causales enumeradas en los incisos a), b), c), d), e), g), i), j), k), l), n) y o) del artículo 84 del presente reglamento; 4. El oferente a quien se le hubiere desestimado la oferta por alguna de las causales enumeradas en el artículo 85 del presente reglamento (…) b) Suspensión: Se aplicará una suspensión para contratar que no excederá de TRES (3) meses: (…) 1.2. Al oferente, adjudicatario o cocontratante a quien en el lapso de UN (1) año calendario se le hubieren aplicado TRES (3) sanciones de apercibimiento (…)3. Se aplicará una suspensión para contratar por un lapso mayor a UN (1) año y hasta DOS (2) años: (…) 3.4. Al oferente a quien se le hubiese desestimado la oferta por la causal enumerada en el inciso m) del artículo 84 del presente reglamento, 3.5. Al oferente a quien se le hubiese desestimado la oferta por la causal enumerada en el inciso f) del artículo 84 del presente reglamento (…)".
El art. 132 del Decreto 893/2012 reza así: "Aplicación de sanciones. Las sanciones serán aplicadas por la Oficina Nacional de Contrataciones y se fijarán dentro de los límites de tiempo establecidos en el artículo anterior y de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes de cada caso. A tales fines se podrá tener en cuenta, entre otras, la extensión del daño causado, los antecedentes previos del proveedor y los motivos que determinaron el incumplimiento".

mación. En un mediano plazo, es probable que las telecomunicaciones y los sistemas informáticos revolucionen la adjudicación de contratos públicos, como ya ocurre en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[142], mediante la contratación electrónica. En este sentido se está considerando derogar[143] el Decreto 893/2012. En esta nueva normativa habría referencia a la contratación electrónica[144], a fin de simplificar procedimientos, mejorar la eficiencia, eficacia, calidad y sustentabilidad, luchar contra la corrupción, promover la ética y la transparencia[145] adecuando así el sistema de compras públicas a los nuevos desafíos y metas del Estado moderno y al fenómeno mundial.[146]

De este modo, la generalización de la electrónica en el sector de los contratos públicos beneficiará a todos los participantes: en comparación con el sistema actual en soporte de papel, los procedimientos serán más transparentes, más abiertos al diálogo con los contratistas y mucho más eficaces. Ya los contratos públicos deberían figurar entre los ámbitos del sector público en que es prioritario aplicar las tecnologías de la información.

Ya las actuales tecnologías multiplican las posibilidades de incrementar la transparencia, limitar los costes de funcionamiento y reducir los plazos. Pero es esencial acrecentar la transparencia de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, lo que además incidirá positivamente sobre el resto de las políticas del país. Así, al aumentar la transparencia del acceso al mercado, se le abre a las pequeñas y medianas empresas nuevas zonas de venta.

142. Cfr. www.buenosaires.gob.ar/hacienda/compras/normativas/bienes-y-servicios. Mediante la Disposición 92/GCABA/DGCYC/2012, se establece el uso del expediente electrónico. Luego, la Ley 4764 del 14/11/2013, crea el registro informatizado de bienes y servicios; y, mediante el Decreto 116/2014, se crea la plataforma de gestión electrónica de proveedores GEP.

143. Cfr. Proyecto elaborado por la ONC versión abril 2016: Anexo Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

144. El título I, capítulo IV, "Contrataciones públicas electrónicas" del proyecto citado precedentemente dice así:
"Artículo 26: Principios rectores. Las contrataciones públicas electrónicas se realizarán mediante medios tecnológicos que garanticen neutralidad, seguridad, confidencialidad e identidad de los usuarios, basándose en estándares públicos e interoperables que permitan el respaldo de la información y el registro de operaciones, permitiendo operar e integrar a otros sistemas de información.
Artículo 27: Procedimientos. Todos los procedimientos prescriptos en el presente reglamento se podrán efectuar en forma electrónica mediante la utilización de medios que a tal fin habilite la Oficina Nacional de Contrataciones.
Artículo 28: Excepciones. La Oficina Nacional de Contrataciones será la encargada de autorizar las excepciones a la tramitación de los procedimientos de selección en forma electrónica.
A tal efecto debe encontrarse acreditada la imposibilidad de tramitación de la contratación en forma electrónica o justificada la excepción por circunstancias objetivas.
Artículo 29: Identificación y autenticación de usuarios. La Oficina Nacional de Contrataciones dictará los manuales de procedimientos a efectos de regular el registro y los sistemas de autenticación que permitan verificar la identidad de los usuarios en los medios tecnológicos que se utilicen para realizar las contrataciones públicas electrónicas". En este sentido ya el actual Decreto 893/2012 en su art. 33 prevé a las contrataciones públicas electrónicas.

145. Siguiendo con el proyecto de la ONC, en el título II, "Procedimientos de selección en general" se titula a su capítulo II "Transparencia, publicidad, difusión, comunicaciones y notificaciones".

146. Tenemos el caso de la administración norteamericana, que ha confiado la difusión de la información sobre anuncios de licitaciones a una docena de empresas privadas, autorizadas a tal efecto, que han desarrollado las denominadas "Redes de Valor Añadido (RVA). Estas redes ofrecen datos de excelente calidad sobre las posibilidades abiertas por la contratación pública en los Estados Unidos y en el extranjero.

Y, sin duda, la utilización de medios electrónicos en relación con la publicidad y la transparencia de los procedimientos de adjudicación de los contratos "es un objetivo de gran trascendencia y fácil cumplimiento".[147]

Así, todas las tendencias de desarrollo tecnológico hacen pensar que tendremos la gran oportunidad de desarrollar sistemas de compras estatales que funcionen en el mercado electrónico[148] internacional con todos los beneficios que ello involucra para los respectivos pueblos.

Por otro lado, la realidad nos demuestra que la gran corrupción se produce en los niveles superiores de gobierno. Este vicio se ve favorecido por la permanencia de los funcionarios en puestos intermedios y vinculados con contrataciones y en las ventajas económicas que el Estado otorga a ciertas empresas o grupos económicos a través de los contratos públicos. Y el resultado son los sobrecostos que afectan la transparencia y credibilidad en los procesos, como así también la eficiencia en el manejo del gasto público. Así, los gobiernos muchas veces simulan un procedimiento de licitación justo y competitivo con una adjudicataria eficaz. Todo ello lleva a afirmar la necesidad de promover una serie de iniciativas que tiendan a dotar de transparencia el desarrollo de tales procesos contractuales.

Siguiendo esta línea hacemos hincapié en la planificación y ejecución anual de compras pero además creemos necesario incorporar efectivamente en los distintos organismos de la Administración Pública Nacional, el Departamento de Auditoría Interna con competencia de control preventivo.

En nuestro país esta lucha contra la corrupción está encomendada a diversos órganos estatales y pensamos que las acciones *qui tam* presentarían una forma de legitimación novedosa, mediante la cual la ley permitiría a los particulares convertirse en abogados del Estado, actuando a su propio riesgo con el estímulo de obtener un porcentaje de los fondos que aquel recupere con motivo de la acción entablada.[149]

Pensamos que la capacitación sobre mejores prácticas y reglas de adquisiciones es uno de los métodos fundamentales para alcanzar tal cambio. Se trata de una inversión necesaria y tremendamente rentable pues, en definitiva, las nuevas técnicas de adquisiciones, que comprenderán la difusión y compra por medios electrónicos aprovechando las oportunidades disponibles, solo proporcionan una mayor eficiencia y reducción de costos si los funcionarios del sector público son adiestrados para utilizarlas adecuadamente.

Al respecto hay decenas de ejemplos de que cuando las personas se interesan, capacitan y participan de manera activa en las compras y contrataciones que realizan las diversas instituciones públicas, los bienes y servicios que recibe la población son de mejor calidad, tienen mayor cobertura y mejor impacto en el combate y la reducción de la pobreza. Por lo mismo, es clave la participación de ciudadanos

147. Gimeno Feliú, José M., "La utilización de las nuevas tecnologías en la contratación pública", en *Documentos de Trabajo*, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Zaragoza, Nº 3, 2004, p. 7.

148. Ya varios países lo han implementado. Canadá con su sistema Merx, México con Compranet, la Comunidad Europea con su sistema Simap, varios sistemas en Estados Unidos, Australia y países del Asia Pacífico.

149. Bianchi afirma que "desde el punto de vista de la legislación procesal o de la que regula la contratación administrativa en la Argentina, no existen impedimentos para la instalación de un sistema como el descripto, el cual podría convertirse en un medio eficaz para devolver a las arcas del Tesoro Nacional sumas de dinero egresadas por medios ilícitos" (Bianchi, Alberto B., ob. cit. [cfr. nota 111]).

y funcionarios públicos, de la mano con el gobierno, en la búsqueda de estos resultados.[150]

El mejor mecanismo para prevenir la ocurrencia de prácticas que pugnen con el principio de probidad[151] en materia de licitaciones es precisamente dar amplia transparencia a los procesos de contratación de manera que cualquier ciudadano pueda conocerlos.

Es muy necesario que se ataquen las conductas ilícitas de quienes pretenden beneficiarse ilegítimamente con el uso privado de fondos públicos, adoptando medidas de coordinación, supervisión y contralor que aseguren la eficiencia y eficacia en el uso de los recursos económicos y financieros del Estado.

Por todo esto, en el Estado Moderno, la transparencia modera la ambición de poder y riqueza de quienes representan en las contrataciones el interés público, que administran y deciden sobre los recursos que aportan los ciudadanos. Sin dudas, la transparencia cambia y redefine el rol del Estado y las estructuras gubernamentales obligando al funcionario a hacer públicas sus acciones en sus diversas etapas y a fundamentar cada una de sus decisiones; con ella, a su vez, se permite a la sociedad ejercer un control sobre los procesos de compras, lo que hace más eficiente si la ciudadanía, estimulada por la transparencia, conoce el funcionamiento del sistema de contrataciones.

12. Bibliografía

Doctrina

Ackerman, Susan, *La corrupción y los gobiernos*, Nueva York, Siglo XXI, 1999.

Altamira Gigena, Julio I., "La función administrativa" [online], en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [portal web], [s.e.], [s.f.]. [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artfuncionadministrativa - Última consulta: 5/1/2017].

Andreucci, Carlos A., "Contratación Pública: sistemas de selección. Transparencia pública", en AA. VV., *Cuestiones de contratos administrativos. En Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP.

Arcidiácono, Pilar, Arenoso, Federico y Rosenberg, Gastón [Poder Ciudadano], *Transparencia y control social en las contrataciones públicas*, Buenos Aires, Fundación Poder Ciudadano, 2006.

Báez, Julio C. y Grisetti, Ricardo A., "Las nuevas formas de enfrentar la criminalidad organizada", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, Nº 3, 2016, pp. 217-260 (cita online AR/DOC/699/2016).

Barra, Rodolfo, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980.

Bianchi, Alberto B., "Las acciones qui tam como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos en los Estados Unidos", en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, UCA, 01/02-589 [2001].

Canosa, Armando N., Ivanega, Miriam M. y Rejtman Farah, Mario, "Procedimiento y proceso administrativo, jornadas organizadas por la Carrera de Especialización", en Cassagne, Juan

150. Banco Mundial, *Especialistas en transparencia y rendición de cuentas intercambiarán experiencias sobre contrataciones públicas y participación social*, 10/12/2013, Santo Domingo, p. 2 [05-03-2016].

151. En el contexto de la modernización de la gestión pública, la probidad adquiere un sentido más amplio que la lucha contra la corrupción. Se relaciona con el significado de la responsabilidad funcionaria, el profesionalismo, la obligación de rendir cuentas sobre el empleo de los recursos y de anteponer el interés colectivo por sobre el particular.

Carlos [dir.], *Derecho Administrativo Económico. Sección I - El procedimiento administrativo.* (Ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. AP/DOC/2642/2012).

Carbajo Cascón, Fernando, "Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión", en Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparrós, Eduardo A. (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*, Salamanca, Ratio Legis, Salamanca, 2003.

Cassagne, Juan C. y Sacristán, Estela B. [colab.], *El contrato administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2005.

Comadira, Julio R., "El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y a la selección de autoridades públicas)", en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, UCA, t. 2005, p. 400.

— *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2da ed. act. y ampl.

— *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1996.

Coviello, Pedro, "Los contratos de derecho privado de la administración", en en AA. VV., *Cuestiones de contratos administrativos. En Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, pp. 102 y ss.

— "Reflexiones sobre la ética pública", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 11/5/2012, supl. Const. 2012 (mayo); t. 2012-C, p. 752 (cita online AR/DOC/1690/2012).

De Michele, Roberto, "Medir la corrupción es como la pornografía, Gobernarte. Ideas innovadoras para mejores gobiernos" [online], en www.blogs.org.

Del Boca, Vanesa, "Transparencia en los procedimientos de selección de concesionarios de servicios públicos", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 2007-II, p. 935 (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. 0003/013274).

Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*, Madrid, Ciudad Argentina, 1998.

Eigen, Peter, *Las redes de la corrupción: La sociedad civil contra los abusos de poder*, Barcelona, Del Bronce, 2004.

Ferro Ilardo, Susana B., *Estados latinoamericanos. Palabras claves para la región*, Buenos Aires, Dunken, 2008.

Gamallo, Gustavo, *Resetear la sociedad. Ideas de los jóvenes sobre la corrupción*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2007.

Garzón Valdés, Ernesto, "Acerca del concepto de corrupción", en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo [coords.], *Poder, derecho y corrupción*, Siglo XXI, 2003.

Gimeno Feliú, José M., "La utilización de las nuevas tecnologías en la contratación pública", en *Documentos de Trabajo*, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Zaragoza, Nº 3, 2004, p. 7.

González Pérez, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*, Madrid, Aranzadi, 2006.

Gordillo, Agustín A., "Clasificación de los contratos administrativos", en *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Macchi.

— "El informalismo y la concurrencia en la licitación pública", en *RDA*, 11:306.

Grondona, Mariano, *La corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1993, 3ª ed.

Gusmán, Alfredo S., "Acceso a la información pública. Fortalecido en los tribunales, debilitado en el congreso", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2016-B, p. 736, y "supl. Const.", 2016 (marzo), p. 20 (cita online AR/DOC/514/2016).

Ivanega, Miriam M., "El deber ser de la gestión pública. Responsabilidad y rendición de cuentas", en CTPBG. Comisión Técnica de Prácticas de Buena Gobernanza [portal web http://buenagobernanza.agn.gov.ar/], [s.e.], [s.f.].

Lagarde, Fernando M., "Cuestiones de contratos administrativos", Buenos Aires, [s.e.], [s.f.] [Ponencia expuesta en la primera jornada del Curso Básico de Abogacía Estatal, Local y Federal organizado por la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2/9/2013] [Última consulta: 5/1/2016].

Lamoglia, Carlos M., "Los principios de la licitación pública. Pautas y lineamientos para una mejor administración", en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007 (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. AP/DOC/4598/2012).

Mairal, Héctor A., "Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla", en *Revista RAP*, 2007.

Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. 3-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

Montes, María V., "Manual práctico de contrataciones de la Administración Pública Nacional", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, RAP, Nº 305, pp. 10 y ss.

Muñoz, Ricardo A. (h), "Contratos interadministrativos. En la Unión Europea y en la Argentina", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, RAP, 03, 09/2014. [Último ingreso: 5/1/2017].

Neme, Pablo, "Hacia una ley *qui tam*. Marco normativo y antecedentes jurídicos. Propuesta de creación", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 26/8/2015 (cita online AR/DOC/1499/2015).

Nieto, Alejandro, "La función pública y la corrupción", en Reiriz, María Graciela [coord.], "Derecho administrativo y aportes para el rediseño institucional de la república", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, LexisNexis, 2004.

Raigorodsky, Nicolás, "Políticas de prevención de la corrupción en el ámbito de los organismos de seguridad pública", en Embajada Británica, *Diálogo argentino-británico: Gobernabilidad y democracia*, Buenos Aires, 2005.

Rejtman Farah, Mario [dir.], Alonso Regueira, Enrique y Cardaci Méndez, Ariel [coords.], *Contrataciones de la Administración Pública Nacional. Decreto 1023/2001. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012.

— *Régimen de contrataciones de la administración nacional*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010.

Rimondi, Jorge L., *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

Rivero Ortega, "Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana", en Rodríguez García, Nicolás y Caparrós, Eduardo F. [coords.], *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*, Salamanca, Ratio Legis, Salamanca, 2003, p. 111.

Rodríguez Pacheco, Isidro N., "La buena gobernanza local y la participación de la sociedad civil en los asuntos públicos", 2009.

Sabán Godoy, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991.

Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2003, 3ª ed., act. y ampl.

Sánchez Morón, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2005.

Sobrero Elgue, Mercedes, "Buena administración y prevención de la corrupción", en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, UCA, 31/3/2016.

Sotelo de Andreau, Mirta, "Un nudo gordiano en la contratación pública: la corrupción", en Scheibler, Guillermo [coord.], *El derecho administrativo de la emergencia*, t. IV, Buenos Aires, FDA, 2005.

Vanossi, Jorge, "Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 149, p. 749.

Villoria Mendieta, Manuel, *Ética pública y corrupción. Curso de ética administrativa*, Madrid, Tecnos, Madrid, 2000.

Jurisprudencia

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 1, 6/11/1998, "Finmeccanica Spa Aerea Alenia Difesa c/ EN –Mº de Defensa– Licitación 12/97 s/ Medida cautelar (autónoma)" (*La Ley*, t. 2000-C, p. 113; y t. 1999-B, p. 517; cita online AR/JUR/2890/1998).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19/9/2006 "Claude Reyes y otros c/ Chile - Fondo, reparaciones y costas" (Serie C, Nº 151).

— 2/7/2004, "Herrera Ulloa c/ Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas" (Serie C, Nº 107).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10/11/2015, "Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF SA s/ amparo por mora" (*El Derecho*, 25/11/2015; *Fallos*, t. 338, p. 1258).
— 4/12/2012, "Asociación Derechos Civiles c/ EN-PAMI (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16986" (*Fallos*, t. 335, p. 2939).
— 20/6/2006, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)" (*Fallos*, t. 329, p. 2316).
— 18/7/2002, "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo" (*Fallos*, t. 325, p. 1787).
— 2/3/1993, "Cinplast IAPSA c/ ENTel s/ Ordinario" (*Fallos*, t. 316, p. 212).
— 3/3/1992, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ Cobro de australes" (*Fallos*, t. 315, p. 158).
— 27/8/1991, "Copimex CAC e ISA. c/ Alesia SACIF y AG" (*Fallos*, t. 314, p. 899).
— 20/12/1965, "Cooperamet c/ Instituto Argentino de Promoción del Intercambio" (*Fallos*, t. 263, p. 510).
— 22/6/1962, "Empresas Rodríguez Inc., Delaware c/ Empresa Nacional de Transportes" (*Fallos*, t. 253, p. 101).
Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, 4/7/1996, "Esteban Elsa c/ Provincia de Córdoba".
Tribunal Oral Criminal Nº 4, 9/9/2013, "Mahdjoubian, Juan J." (La Ley Online: AR/JUR/109411/2013).

Publicaciones institucionales

Banco Mundial, *Especialistas en transparencia y rendición de cuentas intercambiarán experiencias sobre contrataciones públicas y participación social*, 10/12/2013, Santo Domingo, p. 2 [05-03-2016].
Cámara de Comercio de Bogotá (CCB), *Guía anticorrupción para las empresas*, Bogotá, 2014, p. 25 y ss.
Comisión de las Comunidades Europeas, "Libro Verde. Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro", Bruselas, 27/11/1996, COM (96) 583.
Oficina Anticorrupción, "Compras y contrataciones públicas", documento editado como parte de la colección "Herramientas para la Transparencia en la Gestión", Nº 4, [s.f.], pp. 2-3. [Última consulta: 5/1/2016].
— "El estado de las contrataciones. Mapa de condiciones de transparencia y accesibilidad en las contrataciones pública", 2007.
Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Integrity in public procurement. Good practice from A to Z", París, OECD-Publishing, 2007.
Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Anticorrupción, nota práctica*, 2004, p. 2.
Transparency International, *Source book*.
WS Atkins Management Consultant, "The Cost of Non Europe in Public Sector Procurement", Office for Official Publications of the European Communities, 1987.

Partición de herencia

Implicancias de la Disposición técnico-registral 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal

Sylvia V. Belatti

RdN 925

RESUMEN

Se analiza el contenido de la Disposición técnico-registral 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, que nos permite visualizar que, además de receptar un cambio de criterio en materia registral, tiene implicancias que exceden dicho ámbito y nos concientiza de la necesidad de la partición para poner fin al estado de indivisión hereditaria o poscomunitaria, de conformidad con la normativa de fondo. Ni la inscripción de la declaratoria de herederos ni la del testamento implican adjudicación de un inmueble en condominio sino simplemente publicidad de la existencia de una comunidad.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Contenido de la DTR 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal.* ***2.1.*** *Considerandos.* ***2.2.*** *Parte dispositiva.* ***3.*** *Antecedentes jurisprudenciales.* ***4.*** *Doctrina.* ***5.*** *Normas del Código Civil y Comercial de la Nación sobre la materia.* ***5.1.*** *Conclusión de la indivisión.* ***5.2.*** *Partición parcial.* ***5.3.*** *Partición privada.* ***5.4.*** *Partición judicial.* ***5.5.*** *Efectos de la partición.* ***5.6.*** *Indivisión poscomunitaria.* ***6.*** *Conclusiones.* ***7.*** *Bibliografía.*

1. Introducción

La intención del presente artículo es analizar el contenido de la Disposición técnico-registral (DTR) 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (RPI), los fundamentos de su dictado, sus alcances e implicancias que, como se verá, exceden el ámbito de lo registral. Un importante cambio de criterio, que recepta la necesidad de adecuar la normativa registral a la legislación de fondo y que además encuentra antecedentes en la jurisprudencia y la doctrina.

2. Contenido de la DTR 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal

2.1. Considerandos

La DTR, con entrada en vigencia a partir del 1 de octubre de 2016 (art. 3), inicia sus fundamentos remitiendo a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y cita diversos artículos relevantes en la materia. Además, hace referencia al artículo 101 del Decreto 2080/1980 (TO Decreto 466/1999), reglamentario de la Ley 17801, que establece que al momento de inscribirse la declaratoria de herederos o el testamento, en caso de existir pluralidad de herederos, deberá consignarse la proporción que a cada uno le corresponda en la titularidad del asiento respectivo. La DTR sostiene que este último contradice lo dispuesto en la nueva normativa de fondo y que

> … mantener ese criterio induce a suponer que la partición ya se llevó a cabo, cuando en realidad hasta tanto los copartícipes no la otorguen, solo tienen una porción ideal sobre la universalidad hereditaria.

Por otra parte, la DTR agrega que

> … una interpretación armónica de la normativa aludida permite sostener que cuando se enajena la totalidad de un inmueble integrante del acervo sucesorio, el acto dispositivo importa en sí un acto liquidatorio, sea que la adquisición fuese hecha por terceros o por alguno de los comuneros. En cambio, si sólo se enajena o grava una parte indivisa, necesariamente se ha de requerir el otorgamiento de la partición.

Finalmente, hace mención a la necesidad de adecuación del sistema inscriptor vigente con la nueva normativa y de una amplia difusión a los usuarios sobre los criterios que la motivan.

2.2. Parte dispositiva

El análisis de su parte dispositiva se concentra en los artículos primero, segundo y cuarto:

> **Artículo 1**
>
> Cuando se presenten a registración documentos que contengan declaratorias de herederos o testamentos sin que exista partición, solo se tomará razón, con relación a los sucesores y –en su caso– cónyuge supérstite, de sus datos personales, sin consignarse proporción alguna.

Sin duda, esto implica un cambio sustancial en materia registral, que hasta la entrada en vigencia de dicha disposición aceptaba que el asiento registral fuera elaborado conforme el principio de rogación, con los datos y las proporciones consignadas en la minuta, y así publicitaba junto con los datos de los sucesores y del cónyuge supérstite en su caso, la proporción que les corresponde, conforme con lo dispuesto por el artículo 101 del Decreto 2080/1980.

A partir de esta nueva disposición, ya no será posible registrar proporciones si no hay partición, en cuyo caso solo se publicitarán sucesores y cónyuge supérstite. (Parece oportuno que en el rubro "observaciones" de la ficha de inscripción se aclare que esta tiene por objeto solo publicitar la comunidad hereditaria o poscomunitaria resultante de los autos "X", para identificarlos). Para que el asiento registral publicite, además, proporciones, se exigirá que el documento que se presente a registración, sea declaratoria de herederos o testamento, contenga partición, siendo insuficiente consignar proporciones en la respectiva minuta rogatoria de inscripción.

Artículo 2

> La toma de razón de actos de enajenación sobre la totalidad de un inmueble integrante del acervo hereditario, no requiere de la partición siempre y cuando sea otorgado por todos los copartícipes declarados.
> Si se dispusiere de una parte indivisa, o se constituyeren gravámenes sobre todo o una parte indivisa de un inmueble integrante del acervo hereditario, se requerirá necesariamente la previa o simultánea partición de dicho bien.

La primera parte del artículo, referente al supuesto de inscripción de actos de enajenación sobre la totalidad de un inmueble del acervo hereditario, dispone que no requiere de la partición si es otorgado por todos los copartícipes declarados. El considerando de la disposición, como se indicara, interpreta que el acto dispositivo importa en sí un acto liquidatorio, sea que la adquisición fuese hecha por terceros o por alguno de los comuneros. La exigencia es que sea otorgado por todos los legitimados, por el dictado de la declaratoria de herederos o auto que aprueba la validez formal del testamento, y el cónyuge supérstite en su caso. No requiere de la partición porque la enajenación de un inmueble del acervo hereditario otorgada por todos los copartícipes declarados es un acto de partición parcial admitido por la legislación de fondo.

En su segunda parte, y en concordancia con el criterio expuesto, la normativa incorpora la exigencia de partición, previa o simultánea, a la disposición de parte indivisa o constitución de gravámenes sobre todo o una parte indivisa de un inmueble integrante del acervo hereditario. Dicha exigencia de partición, previa o simultánea, se debe a que el coheredero lo es respecto de una universalidad jurídica y tiene derecho a una porción del patrimonio hereditario pero no a una porción de cada una de las cosas determinadas, lo cual solo se produce con la partición. Cumplimentada esta exigencia de partición, respecto de ese inmueble integrante del acervo hereditario, se convierte a los herederos y cónyuge supérstite en su caso en condóminos de la cosa y se evita el riesgo de que el inmueble sea adjudicado a otro coheredero distinto del disponente, atento el efecto declarativo de la misma.

Artículo 4

> La publicidad de proporciones en los asientos registrales de declaratorias de herederos o testamentos, que continuará hasta la entrada en vigencia de la presente disposición, no importará cesación de indivisión hereditaria ya que ésta solo concluye con el otorgamiento de la partición.

Acorde con lo expuesto anteriormente, la DTR dispone que la cesación de la indivisión hereditaria se produce con el otorgamiento de la partición, y hace extensivo el criterio a lo ya inscripto, indicando que la publicidad de proporciones de asientos registrales de declaratorias de herederos y testamento no importará cesación de la indivisión. Rige el mismo criterio para lo ya registrado, que lo será con el carácter de anotación preventiva pendiente de partición definitiva.

3. Antecedentes jurisprudenciales

Ya la jurisprudencia se había expedido siguiendo este criterio en un fallo contundente y trascendente de la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del 20 de febrero de 2004.[1] En dicha oportunidad, el tribunal resolvió revocar la resolución que denegaba la inscripción definitiva de una cesión de derechos hereditarios en el RPI por encontrarse inscripta la declaratoria de herederos del causante. En su pronunciamiento, la Cámara sostuvo, entre otras citas, que

> A los fines de resolver la cuestión materia de recurso deviene necesario precisar que el hecho de que la declaratoria de herederos sea inscripta en el Registro de la Propiedad no altera su intrínseca naturaleza, cual es la de constituir el título hereditario oponible "*erga omnes*" que acredita ser heredero de quien figura como titular registral del inmueble. Pero nada más pues la declaratoria por si sola ni constituye, ni transmite, ni declara ni modifica derechos reales sobre inmuebles. Su valor declarativo se limita al título que acredita la vocación, el llamamiento hereditario. Es verdad que esa inscripción debe hacerse para el supuesto en que los herederos declarados, en conjunto, pretendiesen disponer del inmueble, a los fines de preservar la continuidad de tracto (conf. Zannoni, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, t. I, p. 565, § 539, 4ta ed., Ed. Astrea, 2001; citado también por C. Civil y Com. San Isidro, Sala I, 8/9/998, "S., H s/suc." *LLBA* 1999, p. 972).
> Por ello, la mera inscripción de la declaratoria en el Registro de la Propiedad no implica adjudicación de los inmuebles en condominio, sino simplemente exteriorización de la indivisión –hereditaria o postcomunitaria, en su caso, publicidad y medio de oponibilidad de ella a terceros– (conf. CNCiv., Sala C, del 6/8/74 "Aubone c/ Aubone", *JA* 27-215 y su nota: "Indivisión postcomunitaria y comunidad hereditaria: su coexistencia e implicancias").

Por otra parte indicó que

> … si se entendiera que la inscripción de la declaratoria provoca el nacimiento del condominio como se sostiene en el pronunciamiento recurrido, los jueces tampoco podrían encontrarse autorizados a ordenar la inscripción de la cesión de derechos como lo autoriza el art. 99 del decreto 2080/80 (T.o. dec. 466/99) cuya primera parte se invoca para el rechazo de la rogatoria.
> […]
> Por tanto, los terceros que acceden a la información del registro, de la cual surge la inscripción de la declaratoria, no conocen una situación registral de condominio entre los herederos desde que fue inscripta aquella, como se sostiene en

1. CNCiv., Sala F, 20/2/2004, "Labayru, José María c/ Registro Propiedad Inmueble Nº 392/03", expediente 97.537/03 (*Revista del Notariado*, Nº 876, 2004, pp. 115-119).

> la resolución administrativa apelada, sino una situación de indivisión. Aquella recién se pondrá en conocimiento a partir de la inscripción de la partición.
> […]
> En definitiva, la disposición del decreto 2080/80 (T.o. dec. 466/1999) en que se sustenta la decisión del Registro, desnaturaliza la función que cumple la declaratoria. Su aplicación, como sucede en el caso, lleva a impedir la cesión con posterioridad a la inscripción de la declaratoria, con lo que siguiendo por ese camino se exigirá al coheredero la transmisión *ut singuli* de su parte indivisa en el inmueble (que se juzga en condominio si hay más de un heredero). Y, de este modo se quiebra el principio del art. 3451, que es norma de fondo por un decreto reglamentario.
> […]
> Esta posición, más allá de las citas realizadas, es compartida en la actualidad por la mayoría de los autores y por la jurisprudencia. Por ello se advierte que la práctica viciosa del Registro al impedir la inscripción de cesiones de derechos hereditarios rogada por un notario como el en supuesto de autos, debe ser corregida, máxime que el argumento utilizado en el sentido de que se trata de un condominio se ve desvirtuado en tanto que si existe una manda judicial que ordena la inscripción de la cesión el Registro toma razón de ella.

Corresponde destacar que el fallo *in extenso* remite a otras citas y resoluciones que, con igual criterio, sostuvieron que la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento en el RPI no produce el cese de la indivisión hereditaria, que solo ocurre mediante la partición debidamente inscripta. Por otra parte y en el marco del análisis de los antecedentes jurisprudenciales, cabe aclarar que la jurisprudencia no siempre receptó este criterio y también ha decidido que

> Cuando los herederos piden se inscriba lisa y llanamente la declaratoria respecto de algún inmueble, ello implica un signo inequívoco de la existencia de un acuerdo de voluntades para afectar el inmueble en cuestión a un régimen de propiedad en común (arts. 1137, 1145 y 2675 Cód. Civil), sin perjuicio de que el resto de los bienes pueda quedar en estado de indivisión (art. 3433, cód. cit.). […] el pedido de inscripción de la declaratoria por los herederos implica un acuerdo de voluntades para consolidar en sus personas y en proporción a su partición en la herencia, el dominio de los inmuebles comprendidos en tal inscripción, pasando ésta a publicitar esa voluntad de los nuevos titulares, de convertir en dominio en común lo que hasta allí no era más que comunidad hereditaria.[2]

4. Doctrina

Por su parte, Braschi desarrolla el tema de la partición en forma didáctica, abordando aspectos jurídicos de la figura, incluso en su faz práctica, y haciendo referencia a los cambios de la jurisprudencia. Con coincidente criterio al receptado por la normativa en análisis, sostiene la necesidad de la partición para poner fin al estado de indivisión. Comienza indicando que

> … las definiciones que dan los autores se centran en que se trata de un negocio o acto jurídico mediante el cual la porción ideal que a cada coheredero le corres-

2. Cám. Civ. y Com. de San Martín, Sala II, 13/8/1985, "Vivares, Gabriela A. y otros c/ Vivares, Francisco" (*El Derecho*, t. 120, pp. 574-577, Nº 39716).

> ponde en una universalidad sucesoria se convierte en una parte concreta de los bienes que integran esa universalidad. […] en primer lugar, debe haber pluralidad de sujetos, pues a nadie cabe pensar que pueda existir partición cuando hay un solo sujeto. En segundo lugar, tiene que producirse un acto o negocio jurídico, la expresión de voluntad de los sujetos. En tercer lugar, las definiciones apuntan a la existencia de una universalidad de bienes; ella no siempre es imprescindible […] en cuanto al derecho sucesorio o a la posibilidad de actuación del escribano en la división por partición de un condominio, puede tratarse de un solo bien.
>
> En cuanto al efecto jurídico […] se trata de un acto declarativo, porque el mismo Código Civil indica que debe tenerse al adjudicatario como si nunca hubiera compartido con otras personas su derecho sobre la cosa. Este efecto declarativo, por supuesto, tiene también su reflejo documental.
>
> Estos son principios básicos que están referidos al proceso sucesorio, y rigen todas las etapas de la partición, y en otros tipos de actos jurídicos, ya que en otros orígenes de la partición –por ejemplo la sociedad conyugal– las leyes de aplicación son las que el Código marca para la partición […] Para nuestro análisis de la partición es conveniente que tengamos en mira los cambios que se han producido en el desenvolvimiento de la práctica judicial dentro de nuestra jurisdicción. Si los títulos son añejos, siempre el documento que va a demostrar la legitimación de quien pretende disponer algo va a ser una hijuela que le correspondió por adjudicación en la partición. Si el título no es tan añejo, lo que se nos va a presentar siempre es una declaratoria de herederos.[3]

En el desarrollo del tema plantea el interrogante de si la declaratoria de herederos es suficiente título para que nosotros operemos jurídicamente legitimando a los enajenantes sin ningún problema, frente a lo cual indica que

> Cuando normalmente operamos utilizando las declaratorias de herederos como antecedentes dominiales, no tenemos problemas en general porque la inscripción de éstas deviene de alguna petición conjunta. Pero no haríamos nada ilógico –al contrario, estaríamos perfeccionando el acto a través de nuestra intervención en la venta– si le agregamos al texto escriturario que, para los coherederos que venden, la venta de ese inmueble implica una partición parcial de los bienes de la herencia. De esta forma, como la partición parcial es perfectamente admisible, evitamos cualquier posibilidad de reclamo futuro por haber utilizado la declaratoria como legitimación de un condominio y no de una comunidad hereditaria.[4]

Explica que ese cambio de jurisprudencia

> … se produjo por razones de practicidad, de necesidad de los profesionales intervinientes de dar por terminado rápidamente el proceso sucesorio sin esperar a lo que es la finalización normal de éste, que es la partición. Como afortunadamente el Código permite que una vez que se declararon los herederos o fue aprobado el testamento el acto de partición se realice fuera de la sede del juzgado –siempre y cuando no haya menores, incapaces o ausentes y exista la voluntad o consenso de la totalidad de los herederos–, esta intervención a través de

3. Braschi, Agustín O., "Partición", en *Revista del Notariado*, Nº 842, 1995, p. 447.

4. Ídem, p. 449.

> una escritura pública le da la forma necesaria para concluir, respecto de ese bien, el proceso sucesorio.[5]

Y en forma clara puntualiza que

> Lo que estatifica la composición de esa universalidad es la manifestación de voluntad de partición, de poner fin a la universalidad y asignar a cada coheredero o cónyuge una porción material. Lo que era una alícuota sobre una universalidad se concreta en la titularidad de una o varias cosas o en el condominio de ellas.[6]

5. Normas del Código Civil y Comercial de la Nación sobre la materia

En comparación con el Código Civil derogado (CCIV), el CCCN regula la partición en una forma integral y sistemática. A los fines prácticos de visualizar la concordancia buscada por la disposición registral con la normativa de fondo, se citan algunos de sus artículos vinculados al tema.

5.1. Conclusión de la indivisión

Artículo 2363

> Conclusión de la indivisión. La indivisión hereditaria sólo cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos.

La comunidad hereditaria o estado de indivisión nace en el momento mismo de la muerte del causante y se extiende hasta la partición; su registración la hace oponible a terceros. La partición materializa en objetos determinados la porción ideal que les corresponde a los herederos en la herencia.[7]

5.2. Partición parcial

Artículo 2367

> Partición parcial. Si una parte de los bienes no es susceptible de división inmediata, se puede pedir la partición de los que son actualmente partibles.

En el CCCN comentado bajo la dirección Lorenzetti se indica que

> La ley fomenta el dinamismo y la estabilidad de las relaciones jurídicas, y para ello reconoce circunstancias de excepción. Entre ellas, la que altera el carácter

5. Ibídem.

6. Ídem, p. 455.

7. Ver Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, 5ª ed., p. 419.

de integralidad de la partición admitiéndola excepcionalmente como parcial, es decir no constituyendo un todo sino que su composición pueda subsistir, aun incompleta.[8]

5.3. Partición privada

Artículo 2369

> Partición privada. Si todos los copartícipes están presentes 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.

Se aplica el principio de la autonomía de la voluntad siempre que todos los copartícipes sean capaces, estén presentes y exista voluntad o consenso unánime; podrán efectuar la partición de acuerdo a sus respectivos intereses y conveniencias. La norma admite que sea total o parcial.

Con respecto a la forma instrumental, deja de exigirse la escritura pública (como lo hacía el art. 1184 inc. 2 CCIV), la que solo será necesaria cuando verse sobre bienes inmuebles, de conformidad con el artículo 1017 CCCN.

5.4. Partición judicial

Artículo 2371

> 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.

Conforme el Código comentado citado,

> La norma determina que la partición judicial sea obligatoria en aquellos supuestos en los que se requiera asegurar los derechos de los herederos y de terceros interesados […] Con fundamento en la seguridad de los derechos de todo interesado se impone la partición judicial cuando existen copartícipes ausentes o que carecen de forma íntegra de los atributos para manejarse por sí mismos y a título propio; cuando acreedores o legatarios se oponen a la realización de la partición privada y cuando no sea acordada por unanimidad aunque todos sean plenamente capaces y estén presentes y no se opongan terceros interesados.[9]

8. Córdoba, Marcos M., [comentario al art. 2367], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 10, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 691.

9. Córdoba, Marco M., [comentario al art. 2371], en Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 8), p. 697.

5.5. Efectos de la partición

Artículo 2403

> Efecto declarativo. La partición es declarativa y no traslativa de derechos. En razón de ella, se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y en los que se le atribuyen por licitación, y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos.
> Igual solución se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente o de manera parcial sólo respecto a ciertos bienes o ciertos herederos.
> Los actos válidamente otorgados respecto a algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos a consecuencia de la partición, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos.

En armonía con otras disposiciones del mismo ordenamiento y del CCIV, se establece el carácter declarativo de la partición, efecto que por sus implicancias también fundamenta el dictado de la DTR en análisis.

Lo que la partición y adjudicación hacen es

> … concretar, ubicar sobre los bienes esa cuota hereditaria, transformando la parte ideal en parte material, operación que de manera alguna exige que unos herederos transfieran nada a otros. En vano se diría que antes de la partición el heredero tenía sobre el objeto adjudicado un derecho restringido y que después lo tiene amplio, porque ese aumento no le viene de sus coherederos, quienes no pueden transmitirle lo que en realidad ya les pertenecía, pues la integridad sobre la cosa ya adjudicada y el derecho de propiedad sobre ella, lo recibe directamente del causante y estaba ya contenido en su parte ideal anterior a la partición. Es por ello que la eficacia de la transferencia que haga un coheredero sobre un bien determinado de la herencia está sujeta a que el bien le sea atribuido en la partición. Ello de conformidad con el artículo 2309 *in fine*.[10]

5.6. Indivisión poscomunitaria

Artículo 481

> Reglas aplicables. Extinguido el régimen por muerte de uno de los cónyuges, o producido el fallecimiento, mientras subsiste la indivisión postcomunitaria se aplican las reglas de la indivisión hereditaria.
> Si se extingue en vida de ambos cónyuges, la indivisión se rige por los artículos siguientes de esta sección.

El mismo ordenamiento remite a las normas aplicables a la indivisión hereditaria cuando la sociedad conyugal se extingue por muerte de uno de los cónyuges. Este es el supuesto donde coexisten la comunidad hereditaria y la poscomunitaria.

10. Córdoba, Marco M., [comentario al art. 2403], en Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 8), p. 768.

Cuando la disolución de la sociedad conyugal se produce por muerte de uno de los cónyuges,

> … se forma una masa única integrada por los bienes propios del causante y por la totalidad de los gananciales […] sin perjuicio de la "unidad de masa", debe procederse a la calificación legal de los bienes que la integran a fin de garantizar al supérstite la participación en los gananciales, imputar a los gananciales la deducción de las deudas y cargas comunes, establecer las compensaciones o recompensas que pueden corresponder al supérstite o en su caso a los herederos sobre la parte que reciben a título hereditario.[11]

A partir de la entrada en vigencia del CCCN, esta coexistencia de la comunidad hereditaria con la poscomunitaria solo se limita al supuesto de encontrarse la sociedad conyugal regida por régimen patrimonial de comunidad de ganancias.

6. Conclusiones

El CCCN mantiene el criterio y los preceptos del CCIV, pero incorpora una norma específica que dispone que la indivisión hereditaria solo cesa con la partición. A los efectos de lograr armonía con la normativa de fondo, el RPI dictó la DTR 7/2016, que recepta el criterio de la necesidad de la partición para hacer cesar el estado de indivisión hereditaria, de conformidad asimismo con una consolidada doctrina jurisprudencial y autoral. En consecuencia, dispone:

a) Que la publicidad que emana de la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento es la de la existencia de una comunidad (hereditaria o poscomunitaria en el caso del cónyuge supérstite con régimen patrimonial de comunidad de ganancias), sin que dicha inscripción implique adjudicación de inmuebles en condominio, lo que solo ocurrirá a partir de la partición. Sin partición, la inscripción se limitará a los datos personales de los sucesores y, en su caso, del cónyuge supérstite, sin consignar proporciones.
b) La exigencia de otorgamiento de partición, previa o simultánea, a la disposición de parte indivisa o constitución de gravámenes sobre todo o una parte indivisa de un inmueble integrante del acervo hereditario. Cumplimentada esta exigencia de partición, respecto de ese inmueble integrante del acervo hereditario, se convierte a los legitimados en condóminos de la cosa y se evita el riesgo, atento su efecto declarativo, de que al hacer la partición el inmueble sea adjudicado a otro coheredero distinto del disponente. Ello así dado que, aunque se tratare de los mismos sujetos, lo que cambia es su relación jurídica con la cosa, pues se pasa de lo "ideal" a lo "real".
c) La excepción del requisito de partición para la toma de razón de actos de enajenación sobre la totalidad de un inmueble integrante del acervo hereditario siempre y cuando sea otorgado por todos los copartícipes declarados. Al ser otorgada la enajenación por todos los legitimados, ya sea por el dictado de la declaratoria de herederos o auto que aprueba el testamento, y el cónyuge su-

11. Vacarelli, Horacio, "La inscripción de cesión de acciones y derechos hereditarios frente al condominio y la indivisión hereditaria", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 954, 2006, p. 686.

pérstite en su caso, ello implica en sí mismo un acto de partición parcial admitido por la norma de fondo.

d) Que la publicidad de proporciones de asientos registrales de declaratorias de herederos o testamentos ya inscriptos no importará cesación de la indivisión que solo concluye con la partición.

Esta DTR le hace recobrar protagonismo a la partición hereditaria, regulada en normas de fondo y de forma. Este cambio de criterio en materia registral nos concientiza de la necesidad e importancia de la partición para poner fin a la indivisión hereditaria o poscomunitaria. Está en nosotros, los notarios, a través de nuestra labor profesional en su faz interpretativa y configurativa, acompañar su aplicación en momentos donde hay cambios y evoluciones constantes pero donde el objetivo primordial es brindar seguridad jurídica. En busca de ese mismo objetivo de seguridad jurídica es que el RPI ha dictado la DTR 7/2016.

7. Bibliografía

Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, 5ª ed.

Braschi, Agustín O., "Partición", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Nº 842, 1995, pp. 447-459.

Córdoba, Marcos M., [comentarios a los arts. 2277 a 2443], en Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 10, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Vacarelli, Horacio, "La inscripción de cesión de acciones y derechos hereditarios frente al condominio y la indivisión hereditaria", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 954, 2006, pp. 683-700.

Una interpretación jurídica del concepto de conjuntos inmobiliarios*

Pablo E. Bressan

Martha Linares de Urrutigoity

RdN 926

RESUMEN

La confusión terminológica que genera el CCCN al usar un idéntico nombre tanto para el género como para la especie de "conjuntos inmobiliarios" exige precisar sus características esenciales. A tal fin, se propone una interpretación del art. 2073, según las pautas del art. 2., armónica y coherente con todo el ordenamiento jurídico, literal, conforme a leyes análogas, finalista y conforme a valores y principios jurídicos. Se distingue con precisión qué son los conjuntos inmobiliarios como paso fundamental para saber a quiénes están dirigidos los imperativos legales del art. 2075. Se concluye en que son elementos esenciales de los CI propiamente dichos: 1) pluralidad de inmuebles (independencia funcional y vocación de pertenencia a distintos titulares); 2) organizados en UF (partes privativas con porcentaje de participación en los bienes comunes); 3) que comparten uso, goce, mantenimiento, administración y costo de bienes y servicios comunes, y derechos y obligaciones recíprocas (entre ellas, expensas); 4) con destinos predeterminados; 5) que generan una entidad dotada de personería jurídica suficiente (no requiere conformación ni inscripción); 6) que requieren instrumento de afectación y subdivisión y que establece su organización; 7) otorgado de acuerdo a un proyecto aprobado por las autoridades locales; 8) instrumentado en escritura pública; 9) con inscripción registral; 10) que confiere a sus adquirentes un derecho real autónomo (propiedad horizontal especial). Se explican asimismo aquellos elementos que revisten la calidad de contingentes para su configuración.

Sumario: 1. *Introducción.* ***2.*** *Los conjuntos inmobiliarios como género.* ***2.1.*** *Notas comunes.* ***3.*** *Los conjuntos inmobiliarios* strictu sensu. ***3.1.*** *El objeto. Características y contingentes. Un problema de interpretación jurídica.* ***3.2.*** *Interpretación armónica y coherente con todo el ordenamiento.* ***3.3.*** *Interpretación literal.* ***3.4.*** *Interpretación conforme leyes análogas.* ***3.5.*** *Interpretación finalista.* ***3.6.*** *Interpretación conforme a los valores y principios jurídicos.* ***3.7.*** *Estructura legal.* ***3.8.*** *Breve síntesis de fundamentos de otros caracteres contingentes.* ***3.9.*** *Análisis crítico de las normas locales en la provincia de Mendoza.* ***4.*** *Conclusiones.* ***5.*** *Bibliografía.*

* Versión revisada y corregida –especial para la *Revista del Notariado*– del trabajo presentado por los autores en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016), distinguido por el jurado de la Jornada con el Segundo Premio y publicado en *Revista Notarial* (Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Nº 94, 2016, pp. 357-402). Asimismo, se le han incluido desde la redacción hipervínculos a textos legales, jurisprudencia, doctrina e información de utilidad.

1. Introducción

Sabido es que el Código Civil y Comercial (Ley 26994; en adelante, el nuevo Código o CCCN) **introduce nuevos derechos reales**, conservando su número cerrado y el carácter de orden público de su régimen jurídico (arts. 1882, 1884 y 1887). En este trabajo nos referimos específicamente a los denominados **conjuntos inmobiliarios**, previstos en el inciso d) del artículo 1887 CCCN. Cabe advertir que este último artículo denomina algunos nuevos derechos reales por su fenómeno y no por su nombre o tipo exacto. En este sentido, se refiere a los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos en lugar de referirse a la propiedad horizontal especial, al igual que en el caso de los cementerios en lugar de derecho real de sepultura y del tiempo compartido en lugar del derecho real de aprovechamiento periódico por turnos.

Partiendo del concepto que de derecho real proporciona el artículo 1882 CCCN[1], parece fundamental analizar cuál es el **objeto** de este nuevo derecho real y cuál es su **estructura legal** específica, ya que de ello depende su configuración como derecho real dentro del elenco cerrado de la ley de fondo (arts. 1882, 1887 y cc.). Para el estudio de los derechos reales que nos ocupan, debemos comenzar por distinguir entre el derecho real propiamente dicho (la estructura legal) y su objeto. A su vez, tanto uno (derecho real) como otro (objeto) presentan configuraciones especiales según estemos hablando de los conjuntos inmobiliarios como género (título VI del libro IV) o como especie (capítulo 1 en particular). Más allá de la confusión terminológica que provoca el uso de idéntico nombre para aludir tanto al género como a la especie de conjuntos inmobiliarios (los conjuntos inmobiliarios como género comprenden tres especies: los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos [en adelante, CI], el tiempo compartido y el cementerio privado), pretendemos con esta ponencia precisar cuáles son las **notas o características esenciales** (o tipificantes) **de los CI, tanto en relación al objeto como a su estructura legal**.

2. Los conjuntos inmobiliarios como género

Los conjuntos inmobiliarios, como género, engloban tres especies de derechos reales: los CI, el tiempo compartido y los cementerios privados. La estructura legal de cada uno de ellos está dada por el régimen jurídico que les delinea el Código (facultades que confieren a sus titulares; su tipificación específica como derechos reales principales, sobre cosa propia, sobre cosas registrables, que se ejercen por la posesión; su mecanismo de adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad; prohibición de constitución judicial; prescripción adquisitiva; transmisibilidad, etc.). En cuanto al objeto, *prima facie*, y casi en forma intuitiva, sabemos cuál sería el de cada uno de ellos y podemos diferenciarlos. Pero, para saberlo al modo jurídico –que apunta al porqué de las instituciones, a su fundamento–, debemos detectar qué tienen en común estos tres subtipos de conjuntos inmobiliarios que hace que sean absorbidos bajo un mismo nombre y sean tratados todos ellos en el mismo título VI del libro IV del nuevo Código.

1. Art. 1882 CCCN: "Concepto. El derecho real es el poder jurídico, **de estructura legal**, **que se ejerce directamente sobre su objeto**, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código".

2.1. Notas comunes

Vistos como género, los conjuntos inmobiliarios se caracterizan por implicar, como condición previa para su constitución, **un título de afectación a cada uno de sus regímenes**. Es necesario crear previamente, desde lo jurídico, las condiciones de viabilidad de estos derechos, pues no pueden recaer sobre objetos si estos no están previamente afectados a su régimen jurídico específico, si no han nacido a la vida jurídica mediante esta afectación (crear los estados de cada uno de los conjuntos inmobiliarios). No sucede esto con los otros derechos reales, los que –excepto la propiedad horizontal– se constituyen por un único título suficiente (además del modo suficiente cuando se ejercen por la posesión, art. 1892 CCCN). En la propiedad horizontal, los reglamentos integran el título y deben otorgarse "a los fines de la división jurídica del edificio" (art. 2038 CCCN). Algo similar sucede en todos los casos de conjuntos inmobiliarios. Todos ellos, además de recaer sobre un objeto en particular (de naturaleza inmobiliaria: el lote, la sepultura, el bien que se comparte en el tiempo) y de haber nacido de un título de adquisición del que emanan como causa generadora los derechos (títulos suficientes: compraventa, permuta, adjudicación, dación en pago, aporte de capital, etc.), suponen otro **título previo de conformación de las condiciones jurídicas para la constitución del derecho**: requieren un título, previo o simultáneo, de configuración jurídica que da nacimiento a la vida jurídica del objeto del derecho, provocando el "estado" de propiedad horizontal, de propiedad horizontal especial para los CI, de tiempo compartido o de cementerio privado (arts. 2075, 2080, 2089, 2104 CCCN).

Parece que estas escrituras de afectación, legalmente exigidas, lo son a los fines de destinar el o los inmuebles a sus finalidades específicas, y provocan que los objetos se conformen como tales en estado de ser tutelados por esos derechos. Ello es así por cuanto los objetos de estos derechos no se dan como tales por sí solos en la realidad, de modo natural o espontáneo, ya sea por la propia naturaleza o por la construcción del hombre –como sucede generalmente con los objetos de los otros derechos reales–, sino que requieren de un acto jurídico voluntario (no un simple hecho, ni siquiera un hecho jurídico) que tenga por fin inmediato producir determinadas consecuencias jurídicas: viabilizar estos derechos reales mediante la puesta a disposición de un inmueble a una finalidad o destino específico, volviendo los objetos en los estados aptos para que puedan ser titularizados por los sujetos de esos derechos. Sin tal acto jurídico previo, ellos no pueden nacer a la vida jurídica.

Estos regímenes jurídicos **deben crearse por un acto jurídico idóneo**, que debe reunir los requisitos de titulación suficiente: legitimación, capacidad, finalidad de afectación específica y forma legalmente impuesta. Para poder otorgar este título de afectación en los conjuntos inmobiliarios, es condición previa la registración del plano (con este objeto específico) ante el organismo competente: los catastros provinciales. La sola existencia del plano y su aprobación no configuran un cambio en la situación jurídica del dominio del inmueble reflejado en la planimetría, puesto que para la materialización de ese cambio será necesario que el plano se complemente con el otorgamiento de la escritura pública de reglamento que corresponda.[2] Recién una vez otorgada esta escritura pueden ver la luz estos nuevos derechos reales en ca-

2. Ver Abella, Adriana N., *Derecho inmobiliario registral*, Buenos Aires, Zavalía, 2008, p.120.

beza de sus adquirentes, y concurrir entonces, además, una segunda titulación suficiente, según el título causa que fuere. Asimismo, ambos títulos complementarios, que integran un único título suficiente del derecho real de que se trate, deben tener publicidad registral, a los fines de su oponibilidad frente a terceros (arts. 1892, 1893, 2038, 2092, 2104 CCCN).

Los conjuntos inmobiliarios, como género, comparten asimismo la condición de consistir en un **haz de derechos reales** con vocación de pertenecer a diversos titulares, que convergen en un único régimen jurídico propio, formando un todo orgánico (o una unidad jurídica) compuesto por la suma de sus partes en forma inescindible. Esta nota distintiva de los conjuntos inmobiliarios como género también es compartida por la propiedad horizontal común. Desde los puntos de vista señalados, bien podría la propiedad horizontal haber quedado englobada bajo la misma denominación de conjunto inmobiliario, por lo que no se explica su tratamiento en un título independiente.

Otros denominadores comunes de los conjuntos inmobiliarios como género son: 1) el **uso, goce, mantenimiento, administración y costo compartido de los sectores comunes de cada conjunto**, independientemente de la coparticipación o no en el dominio o propiedad de dichos sectores; 2) la **existencia de un reglamento** que perfila y unifica los derechos y obligaciones de cada propietario dentro del sistema, tales como, entre otros, la necesidad de contribución al mantenimiento y los gastos de subsistencia y desarrollo del conjunto.

3. Los conjuntos inmobiliarios *strictu sensu*

En cuanto a la cuestión del **objeto de los CI**, una simple observación nos sirve para introducirnos en el tema de esta ponencia: **el inciso d) del artículo 1887 CCCN** es el único inciso de la nómina de los derechos reales que está expresado en **forma plural**. ¿Por qué esta diferencia? ¿Se trata de un simple error de tipeo o de redacción? ¿Es acaso que el resto de los derechos reales solo se configura en un único caso, agotando con él su especie? ¿Será que los CI incluyen en su denominación también diversas variantes o subtipos? Si fuera este el caso, como parece preliminarmente, ¿cuáles son sus **elementos comunes mínimos** como para categorizarlos como tales y englobarlos a todos en un mismo tipo legal de derecho real autónomo? La respuesta a estos interrogantes se verá facilitada por la distinción que es materia de esta ponencia.

3.1. El objeto. Características y contingentes. Un problema de interpretación jurídica

El artículo 2073 CCCN[3], cuyo epígrafe dice "concepto" (de conjuntos inmobiliarios), en lugar de definirlo en forma esencial y precisa, con su género próximo y sus diferencias específicas, o mediante una descripción exhaustiva y diferencial de otras ins-

3. En efecto, el art. 2073 CCCN expresa: "Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o **cualquier emprendimiento urbanístico independientemente del destino** de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, **con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales**".

tituciones jurídicas –como es usual en el Código para otros derechos–, solo enumera casos de posibles conjuntos inmobiliarios, sin agotar la especie, ya que termina la ejemplificación con el giro gramatical "cualquier otro emprendimiento urbanístico". Además, hace una remisión legal expresa: "con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales".

Nos encontramos aquí, una vez más, frente a un desafío de interpretación jurídica de la norma. Debemos partir de las premisas que nos suministra el mismo cuerpo legal. El artículo 2 CCCN ordena:

> 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 valores jurídicos**, **de modo coherente con todo el ordenamiento**.

3.2. Interpretación armónica y coherente con todo el ordenamiento

Haciendo una interpretación racional y en forma coherente de todo nuestro plexo normativo, mal podríamos concluir que la ley nacional delegó en las legislaciones locales la delimitación esencial de los conjuntos inmobiliarios, o la tipificación jurídica, o la conceptualización, o la captación intelectual de la esencia predicable al universo posible de conjuntos inmobiliarios. Ello vulneraría la jerarquía constitucional de la pirámide normativa (arts. 31, 75 inc. 12 y 126 CN). Jamás podrían las normas provinciales locales (generalmente reglamentos emanados de oficinas municipales o catastrales), so pretexto del ejercicio de su poder de policía sobre el suelo, delinear derechos reales privados, pues son de estricto resorte –regulación– nacional. Tal es el caso de los derechos reales en trato. De ahí nuestra negativa a reconocer que la materia delegada por las provincias a la Nación en el derecho de fondo, como lo son los derechos reales, pueda quedar a merced de la regulación dispar en el ámbito local.

Las provincias no pueden ya ejercer las facultades que delegaron. Ello llevaría al absurdo constitucional (art. 28) de que existieran tantas clases de conjuntos inmobiliarios cuantas regulaciones establecieran las veinticuatro jurisdicciones locales. ¿Sería compatible con las referidas normas constitucionales que una misma realidad fáctica y jurídica fuera considerada "conjunto inmobiliario" en una provincia, o en la Ciudad de Buenos Aires, y se la desconociera en otras? El sistema constitucional repele tal hipótesis. **Lo que es conjunto inmobiliario en Argentina lo es en virtud del Código de fondo**. No depende de la regulación local ni puede quedar a merced de ella. Si así fuera, se habría enervado el fin constitucional de mantener la unidad del derecho común en todo el territorio nacional, conforme la idea fundacional de su principal inspirador.[4] El nuevo Código no tendría virtualidad para superar la situación previa a su vigencia, que tanto la doctrina como la jurisprudencia se encargaron de criticar, bregando, con razón, por una ley de fondo –de derecho común– específica y que abordara en forma uniforme este fenómeno –post Ley 13512– tan divulgado en nuestro país. Es ese viejo principio de que una institución o cuestión de ámbito nacional requiere de una regulación unitaria para todo el territorio nacional.

4. Ver Alberdi, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, cap. XIV, pp. 129 y ss.

Sería lamentable que se repita este efecto, ya probado como disfuncional y claramente disvalioso. Intentaremos, por lo tanto, proponer la tipificación de los conjuntos inmobiliarios mediante una sana interpretación de las normas en juego, a partir de las premisas que nos da el Código, de modo de que ello revele la imposibilidad constitucional y legal de que se repitan situaciones como las que nos ocupan.

3.3. Interpretación literal

Cumpliendo con la premisa interpretativa del artículo 2 CCCN, para saber qué son los CI, se debe tener en cuenta el significado de las palabras que se utilizan en el artículo 2073 CCCN, referido a su "concepto". Desde un análisis gramatical, este artículo presenta una superestructura formal de texto expositivo –según la categorización del lingüista van Dijk[5]–. Como consecuencia de ello, hace uso de las categorías procedimentales de "enumeración" y no de "definición" de un concepto, puesto que da una secuencia de casos que responden a conjuntos inmobiliarios a modo de ejemplificación. Se trata de una categoría procedimental diferente a la de definición. Hacia el final del artículo, utiliza la categoría procedimental de "descripción" de una nota esencial de todo conjunto inmobiliario: "emprendimiento urbanístico". Sin embargo, a pesar de que expone una cualidad, no por ello se puede considerar una definición, ya que carece de género y de diferencia específica –según el modo de definir que sostiene Aristóteles desde una lógica clásica–. Así, ya que la enumeración de casos de "conjuntos inmobiliarios" termina con la locución *emprendimiento urbanístico*, que parece englobar todas sus posibles especies, no se puede desconocer su significado literal. Siguiendo las directrices interpretativas del Código, partiremos de una **interpretación gramatical o literal** ("teniendo en cuenta sus palabras" [art. 2 CCCN]). Como dijéramos, estamos ante un nuevo derecho real que incluye varios y diversos subtipos del fenómeno. Ello, por la redacción en plural; y el **plural** se repite no solo en el artículo 1887 inciso d), sino en el artículo 2073.

El fenómeno que subyace detrás de todos estos subtipos es el del **emprendimiento urbanístico**. Queda claro, desde la redacción misma de las normas, que no es el destino, en concreto, lo que funciona como elemento configurador (residencial, deportivo, industrial, comercial, etc.). Tampoco lo es el tipo de cerramiento o de pórtico de acceso, ni la cantidad de unidades, ni la zona donde se ubiquen, ni los servicios que prestan. De allí la importancia de la distinción que hemos formulado inicialmente, la trascendencia de preguntarnos cuáles son sus elementos esenciales, aquellos sin los cuales no se podría organizar un régimen de conjunto inmobiliario, en los términos de propiedad horizontal especial (PHE). *Simili modo*, ¿cuáles son los caracteres dispensables, es decir, aquellos contingentes que pueden tanto darse como no darse, sin que ello obste a su configuración como CI?

Ya hemos dicho que, *prima facie*, se debe estar ante un emprendimiento urbanístico. Siguiendo con una interpretación literal (que parte del significado de los vocablos), debemos saber qué se entiende por *emprendimiento*. La Real Academia Española dice[6] que es "acción y efecto de emprender (acometer una obra)"; y, en este

5. Gazali, Andrea y otros, "Cuadernillo de lingüística textual", Mendoza, Facultad de Filosofía y Letras - Universidad Nacional de Cuyo, 2016.

6. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* [online], http://dle.rae.es/.

sentido, que *emprender* (del latín *in*: "en", y *prendĕre*: "coger") significa "acometer y comenzar una obra, un negocio, un empeño, especialmente si encierran dificultad o peligro". El término nos remite asimismo a *empresa*:

> 1. f. Acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo.
> 2. f. Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios […].
> 3. f. Lugar en que una empresa realiza sus actividades.
> 4. f. Intento o designio de hacer algo.

En la oración que analizamos, el modificador directo de *emprendimiento es urbanístico*. Es decir que la nota característica de esta empresa, vista como una unidad de organización, está dada por su dedicación (o afectación) a una urbanización y a la prestación de los servicios funcionales a ella. El término *emprendimiento* da la idea del inicio de una obra, en base a un proyecto, para cuya consecución se requiere aunar esfuerzos (y capital): es una organización de medios dispuestos para esos fines; y de una obra que se inicia y que se prolonga en el tiempo. Por su parte, el término *urbanístico* que califica estos emprendimientos es un adjetivo: "perteneciente o relativo al urbanismo"; y este último,

> 1. m. Conjunto de conocimientos relacionados con la planificación y desarrollo de las ciudades.
> 2. m. Organización u ordenación de los edificios y espacios de una ciudad.
> 3. Concentración y distribución de la población en ciudades.

Si bien, en forma preliminar, podría pensarse que estos emprendimientos, para ser conjuntos inmobiliarios, deberían situarse en zonas urbanas (tipo ciudades), ello queda despejado *ab initio* por el mismo artículo que los conceptualiza, que permite todo tipo de usos, incluso mixtos. Ello es así, por cuanto, en estos casos, **el emprendimiento en sí mismo consiste en urbanizar, en convertir en urbano**, en el sentido de **"civilizar" un inmueble mediante la incorporación de las mejoras necesarias para convertirlo en adecuado para el destino que pretende servir**. En este sentido, todos los CI, vistos como **emprendimientos urbanísticos**, tienen como punto de contacto la conversión **de uno o más inmuebles en otros aptos para los tipos de destino predeterminados** (pueden ser muchos y múltiples) **mediante la incorporación de las mejoras necesarias, conforme el proyecto originario y fundante del emprendimiento**.

Se trata de la acción y efecto de emprender las obras de urbanización; de urbanizar inmuebles en el sentido de civilizar inmuebles, volviéndolos útiles a fines específicos de los hombres y manteniendo en el tiempo la organización necesaria para asegurar su perdurabilidad a sus fines prefijados. La causa final determinará el instrumento idóneo. **Según cuál sea la finalidad del emprendimiento inmobiliario serán las mejoras a incorporarse, la infraestructura y los servicios que deberán preverse, ejecutarse y mantenerse en el tiempo**.

Ya que el acento del emprendimiento inmobiliario –o de los CI– está en la organización (idea de orden inteligente, tributaria de un fin) adecuada de medios para la consecución de fines de amplio espectro, y que los **inmuebles** son la materia prima esencial de todos ellos y en la que se introducirán las **mejoras idóneas**, no parece una exigencia *sine qua non* para la afectación a este régimen que parta, necesariamente,

de un solo y único inmueble, concebido como parcela en los términos de la Ley Nacional de Catastro 26209. Por el contrario, consideramos que los CI podrían configurarse independientemente del número de inmuebles que lo componen, tanto *ab initio* como sobre el final del proceso de urbanización (o civilización de tales inmuebles). **El número o –más precisamente– la cantidad de inmuebles iniciales y finales es un elemento o característica contingente (irrelevante) de los CI**.

3.4. Interpretación conforme leyes análogas

Otro elemento que consideramos dispensable para la configuración de los CI –dentro del estado de avance del proceso de urbanización o de civilización del inmueble– es la **condición de estar "finalizadas las obras infraestructura y de provisión de servicios"**. En efecto, el artículo 2039 CCCN, aplicable por remisión expresa, establece que la unidad funcional puede consistir en "pisos, departamentos, locales **u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino**". No parece inocente, o carente de sentido, esta última expresión incorporada, en consideración a los antecedentes doctrinarios, jurisprudenciales y la polvareda casuística que levantó la regulación de los viejos barrios privados como propiedad horizontal.

Hoy, parece haber quedado suficientemente aclarado, desde la norma de fondo, que no es esencial para la configuración de la propiedad horizontal que se trate de un edificio terminado, ya que esta bien podría afectarse sobre espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, independientemente del estadio de su construcción. Y si ello puede predicarse de la propiedad horizontal común, con la cual siempre se ligó la problemática de la superficie construida (por la exigencia del "edificio" de la Ley 13512), con mayor razón hoy debe atribuirse la misma consecuencia para los emprendimientos urbanísticos, en los que sus unidades funcionales podrían consistir en espacios susceptibles de aprovechamiento, sin necesidad de considerar el estado de avance de las obras de urbanización o las mejoras incorporadas.

Refuerza el anterior argumento la circunstancia de que en los CI, las partes privativas tienen existencia real, existen, por ser una porción de terreno; son inmuebles por naturaleza (art. 225 CCCN). A diferencia de la propiedad horizontal tradicional, donde las partes privativas requieren de su fabricación o construcción, por aquello de que se trataría de "cubos de aire", en los CI, las partes privativas y las partes comunes de la unidad funcional se dan desde el inicio individualizadas y delimitadas fenoménicamente. Tienen per se contenido económico, sin perjuicio de las mejoras que en el futuro se les incorporen en virtud de la accesión. Al reunir los recaudos mínimos para ser objeto de derechos reales, más allá de la plusvalía que tendrían luego de las mejoras que se les incorporen fruto del emprendimiento inmobiliario, podrían verse afectados por este régimen sin esperar la culminación de las obras de urbanización.

Esta interpretación contrarresta la crítica de los derechos reales sin objeto que llevara al legislador a generar la ficción de inmuebles "en proceso de construcción" referida en el artículo 2077 CCCN. Pensamos que cuando el 2077 habla de que la unidad funcional "puede hallarse construida o en proceso de construcción", tratándose los CI de emprendimientos urbanísticos y no de meras construcciones o edificios como la propiedad horizontal común, la interpretación coherente y armónica sería que tales unidades funcionales pueden hallarse **urbanizadas o en proceso de urbanización**. Propiciamos esta interpretación por cuanto lo fundamental en los CI

–como hemos dicho– es la urbanización o civilización pero no la construcción. Ello se debe a que, respecto de las partes privativas de las unidades funcionales, rige con todo vigor el principio de accesión, por cuanto serán de sus propietarios todas las mejoras constructivas y mejoras en ellas incorporadas (art. 2076 CCCN).

Por imperio del principio de especialidad de los derechos reales, concluimos que las partes privativas y las comunes de la PHE se describen notarialmente como superficies cuadradas (no se trata de superficies cubiertas presentes ni futuras), cumpliéndose en ellas las consecuencias de la accesión. Por ello, la innecesariedad de modificaciones de reglamentos ante los cambios de estados constructivos. Además, cabría preguntarse si no sería el objeto que nos ocupa un posible caso de utilidad práctica de constitución de derechos reales sobre partes materialmente determinadas de un objeto. Cabe recordar que el artículo 1883 CCCN establece que "el derecho real se ejerce sobre la totalidad o **una parte material** de la cosa que constituye su objeto"; a partir de ello, el operador jurídico –intérprete de la ley, como lo son el notario y los registros inmobiliarios– podría asumir la posibilidad de configurar este nuevo derecho real sobre partes materialmente determinadas de la cosa (partes privativas y comunes) conforme a un proyecto de subdivisión no desarrollado cabalmente en la realidad, por lo que no habría nacido todavía la calidad de "parcelas" o "sub-parcelas" de sus partes privativas.

Vemos así que en algún momento deberá definirse si en los conjuntos inmobiliarios se podrá permitir su afectación independientemente del grado de avance de su estado urbanístico. En tal caso, la pregunta sería ¿qué grado de avance de obra sería exigible desde las normas de policía locales?: ¿finalización de toda la infraestructura y servicios?, ¿sólo los servicios indispensables como el agua?, ¿los accesos?, ¿las vías de circulación?,[7] ¿solo las factibilidades de provisión de servicios? Si se concluyera que serían viables los CI, como objeto del derecho real de PHE, sin necesidad de esperar hasta la obtención de los certificados finales de todas las obras de infraestructura y servicios, también quedaría descartado como elemento tipificante el estado de urbanización, siendo, por tanto, otro elemento dispensable la finalización de la urbanización, con todas las obras de división del suelo y de servicios de infraestructura que implica el proyecto.[8]

3.5. Interpretación finalista

La postura que se asuma en cuanto al grado de configuración del objeto CI (estado de avance de las obras de urbanización) reviste importantes consecuencias prácticas;

7. Podría discutirse si las vías de circulación tienen que ser privadas o pueden ser públicas. En este caso, los barrios cerrados con vías de circulación públicas también estarían obligados a adecuarse, máxime cuando el art. 2076 CCCN expresa que son necesariamente comunes o de uso común las partes o lugares de vías de circulación, acceso y comunicación. Este tema será abordado en un futuro trabajo; no obstante, debe tenerse en cuenta que la propiedad horizontal se caracteriza por tener partes privativas y otras de propiedad privada común de los consorcistas.

8. Queda pendiente para otro trabajo de investigación la determinación conceptual de cuál podría ser la determinación prudencial, razonada y razonable –en armonía con todo el ordenamiento jurídico– de los recaudos mínimos respecto del estado de avance de la urbanización y demás recaudos exigibles por los poderes de policía de las jurisdicciones locales que garanticen seguridades mínimas a sus habitantes, en orden a la aprobación del plano en base al cual se otorgue el título del acto jurídico que cree el estado de propiedad horizontal especial.

y estas también deberían ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar la norma, por cuanto integran su finalidad (art. 2 CCCN). En caso de exigirse en forma inexorable la finalización de la urbanización, las principales consecuencias prácticas que debemos advertir son la posibilidad de otorgar las escrituras públicas de PHE e inscribir en los registros inmobiliarios estas afectaciones de los CI y las subsiguientes transmisiones de propiedad de las unidades funcionales resultantes con carácter de derechos reales (PHE), durante el proceso de urbanización, independientemente de la finalización de las obras de urbanización, infraestructura y provisión de servicios. De esta forma, los adquirentes en tales emprendimientos durante la ejecución de las obras (con cuyos fondos se financia el desarrollista) se encontrarán mucho mejor protegidos que si fueran simples acreedores de derechos personales, por más seguro de prehorizontalidad que además se pudieran contratar (arts. 2070-2072 CCCN). En este sentido, habría que conciliar interpretativamente este aspecto del fenómeno con el tema del sistema de seguros obligatorio de la nueva prehorizontalidad. La doctrina debería plantearse si estos se tratan de mecanismos de protección complementarios o excluyentes. Lo importante es encontrar un esquema de protección de los derechos de los adquirentes en los CI durante su *iter* de urbanización, ya que, si bien la sola publicidad registral no le agregaría garantía efectiva alguna a los futuros adquirentes que mantienen sus derechos en la órbita crediticia respecto de la urbanización prometida, cabría pensar si de esa forma quedaría en mejor resguardo el valor de los bienes que puedan incorporar a los inmuebles, en cabeza de sus titulares.

Asimismo, cabe hacerse el mismo interrogante frente a los posibles terceros, teniendo en cuenta que una interpretación que no exija la finalización de la urbanización también les favorecería, porque permitiría que estos bienes garanticen créditos (con hipotecas) y sean susceptibles de la acción de los acreedores (publicidad registral de las medidas cautelares sobre unidades funcionales en CI en urbanización). Habiendo quedado derogada la Ley 19724 de Prehorizontalidad, si bien ella no tuvo vigencia práctica, quedó aventada toda posibilidad de publicidad jurídica del destino del inmueble sobre el que se desarrollaría un CI y de los contratos celebrados por el desarrollador con los adquirentes en la etapa preconjunto inmobiliario.

3.6. Interpretación conforme a los valores y principios jurídicos

Creemos necesario que la comunidad jurídica logre una armonización en la interpretación de las normas que regulan el objeto del derecho real de PHE. Vemos como imperiosa la necesidad de cuestionarnos en qué medida podemos contribuir a dar mayor seguridad jurídica a los adquirentes en estos conjuntos inmobiliarios. Debemos velar por asegurar los mismos derechos a todos los habitantes de nuestro país cuando ellos se desempeñan como adquirentes de propiedades en CI o como desarrollistas. Deberíamos poder concluir en una noción clara del objeto conjunto inmobiliario, única para todas las jurisdicciones en que se organiza nuestro territorio nacional. Desarrollistas e inversores de todos los lugares deberían poder gozar de un marco regulatorio único, claro y preestablecido, como se supone debe ser la legislación de fondo, de derecho común (a todas las provincias).

Los principios y valores jurídicos que están en juego son la garantía constitucional de defensa de la propiedad y la seguridad jurídica. La finalidad del notariado y del derecho inmobiliario registral es brindar seguridad jurídica. El Código Civil y

Comercial nos presenta un gran desafío, que significa una oportunidad para el intérprete jurídico –entre ellos, los notarios, los registros inmobiliarios y los responsables de los poderes de policía inmobiliarios locales– de estar a la altura de estas circunstancias y coadyuvar en forma organizada al mejor logro de la publicidad y seguridad jurídicas en materia de CI –como en tantas otras– a través de una correcta interpretación de sus normas, según las directrices del artículo 2 CCCN, dentro de cuyos postulados se ubica la seguridad jurídica como valor jurídico y constitucionalmente protegido.

3.7. Estructura legal

En cuanto a la estructura legal de los CI, el nuevo Código (art. 2075) distingue con acierto entre:

a) **Aspectos sometidos a las normas administrativas locales de cada jurisdicción**: zonas autorizadas (zonificación), dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos.[9]
b) **Derecho de fondo aplicable**: único y de carácter nacional, por tratarse de materia delegada por las provincias a la Nación; deben someterse al derecho real de propiedad horizontal del mismo Código, con las modificaciones especiales que este establece para estos CI, a los fines de conformar un derecho real de PHE.

El artículo 2076 CCCN determina las partes comunes. El 2077, las partes privativas, con una particularidad muy importante para la ejecución de CI: pueden encontrarse construidas o en proceso de construcción, con la interpretación que hemos dado más arriba.

Celebramos las disposiciones del nuevo Código en esta materia. Ya hemos sostenido en trabajos anteriores las ventajas de su regulación de forma análoga a la propiedad horizontal, siendo que comparte con ella los mismos elementos esenciales. Esta solución había sido completamente desechada en Mendoza por resultar incomprendida, especialmente por las oficinas catastrales.[10] Mendoza y varias provincias deberán "*aggiornarse*" en este tema, tanto en la Dirección General de Catastro como

9. En la provincia de Mendoza, rige en esta materia la Ley 4341 de Loteo y Fraccionamientos, y las normas municipales sobre zonificación, usos, etc. La Ley 8051 de Usos del Suelo todavía no ha entrado en vigencia por carecer de reglamentación.

10. Nos referimos a los Decretos 479/1951, 3300/1979 y 4903/1984, la Resolución DPC 130/1989 y otras normas complementarias y concordantes que exigen para someter a propiedad horizontal la existencia de un único edificio construido (si no está terminado, se puede obtener su afectación parcial con los certificados de habilitación municipales, siempre que la obra gruesa estuviere totalmente terminada). Además, se entiende por edificio solamente al desarrollado por pisos o departamentos sobre un único terreno, que siempre se considera común. Este único edificio debe ser tal desde el punto de vista estructural, una unidad.
Para mayores precisiones, y para no abundar aquí en antecedentes doctrinarios y en experiencias del derecho nacional y comparado, remitimos a) Linares de Urrutigoity, Martha y Pujol de Zizzias, Irene, "Las urbanizaciones privadas en Mendoza", en *El Escribano*, Mendoza, Colegio Notarial de Mendoza, año 1, Nº 13, 2010, pp. 4-10, y Nº 14, 2010, pp. 10-12; b) Linares de Urrutigoity, Martha y Pujol de Zizzias, Irene, "Barrios privados y otros conjuntos inmobiliarios en Mendoza. ¿Son útiles las soluciones de Buenos Aires en Mendoza?", en *La Ley Gran Cuyo*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2008, p. 313, y junio 2008, p. 422; c) Linares de Urrutigoity, Martha y Pujol de Zizzias, Irene, "Los complejos urbanísticos privados hacia una interpretación dinámica de la ley 13512", en *Jurisprudencia Argentina*, 25/11/2009, suplemento revista LexisNexis [en la web del Sistema de Información Legal de Thomson Reuters, id. 0003/014774].

en el Registro de la Propiedad Inmueble, para dar adecuada cabida a este nuevo derecho real con su nuevo marco regulatorio.

Por último, cabe acotar que el nuevo Código exige para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o "proyectadas" bajo el régimen de propiedad horizontal, aplicable a los CI –justamente, el caso bajo estudio– que el titular del dominio del inmueble constituya un seguro a favor del adquirente para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido, por cualquier razón, cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar. Ya hemos comentado la perplejidad que nos causa ver cómo se introducen en nuestro derecho nociones características de legislaciones extranjeras, donde no existe el sistema latino de notariado y que, por tanto, no tienen otro mecanismo de solución para casos como estos más que recurrir al régimen de seguros (seguros de títulos), cuestión que en nuestro derecho no se suscita, justamente por la labor preventiva que realiza el notariado.

Es necesario tener en cuenta que para quien se involucra en un CI en estado de ejecución para acceder a su vivienda propia y cumplir así sus proyectos no resulta compensación suficientemente satisfactoria la indemnización que le pueda reportar el cobro de un seguro. Citando a Lorenzetti, podemos decir que "el adquirente ha confiado obtener un bien y no una indemnización"[11]. Creemos que en este punto el Código no ha considerado nuestra realidad nacional y nuestro derecho patrio. Asimismo, nos aventuramos a conjeturar si sería –o no– factible que esta forma de regulación de la prehorizontalidad sufra la misma suerte que su antecesora, que no fue acogida con benevolencia por los operadores económicos y jurídicos.

3.8. Breve síntesis de fundamentos de otros caracteres contingentes

1) *Áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales*: La interpretación literal del artículo 2076 del CCCN (bajo el título de "cosas y partes necesariamente comunes") solo permite comprender que los sectores afectados a dichos destinos deben ser incluidos por el desarrollista como áreas comunes indispensables. Entendemos que se trata de un error del legislador. Dichas áreas pueden o no ser partes o cosas comunes, pero de ninguna manera puede forzarse al emprendimiento a integrarlas necesariamente a las partes comunes. Podrán perfectamente ser unidades independientes afectadas o no al uso común. Lo contrario limita enormemente a este tipo de proyectos e incluso atenta contra la subsistencia económica de dichos sectores.

2) *Limitaciones, restricciones, reglamentaciones al uso de terceros, servidumbres con otros predios*: Dependerá de cada emprendimiento y de ninguna manera son vitales para su configuración. Cabe agregar que la redacción del artículo 2084 CCCN expresa la posibilidad de servidumbres de los CI entre sí o con terceros conjuntos, como si dichos derechos reales no pudieran configurarse con predios que no fueran conjuntos pero que pudieran generar algún tipo de utilidad. Propiciamos su interpretación amplia, en el sentido de que no solo podrían constituirse derechos reales de servidum-

11. Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 345-347.

bre con cualquier predio útil, sea o no CI, sino también otros tipos de derechos reales o personales que fueran beneficiosos para el proyecto.

3) *Accesos y vías de circulación*: Tal como la práctica nos ha enseñado, entendemos que los accesos y vías de circulación no son necesariamente comunes en su totalidad, dado que pueden existir emprendimientos que reconocen sus accesos y parte de sus circulaciones a través de servidumbres por otros predios o utilización de calles públicas.

4) *Derecho de preferencia en la adquisición*: Es facultativo, aunque remarcamos las dificultades prácticas de su falta de reglamentación. Sugerimos una redacción integral respecto de su procedimiento, incluyendo prioridades entre los interesados provenientes de vecindad y oportunidad de presentación de oferta de adquisición, entre otros. Deberían excluirse las transferencias que reconozcan una disposición familiar como negocio jurídico subyacente.

5) *Derecho de admisión*: La redacción del artículo 2085 incorpora el derecho de admisión, que deberá ser razonable y fundado, conforme las directivas de la jurisprudencia. Entendemos respetable el interés del desarrollista de aglutinar ciertos denominadores comunes en el complejo, tales como practicantes de ciertos artes, deportes, actividades intelectuales, religiosas, etc. Vedar estas elecciones sería discriminatorio.

6) *Obligación de transcripción de limitaciones y restricciones establecidas en el reglamento en las escrituras traslativas de PHE (art. 2080)*: Es una redundancia en la medida en que el reglamento en su totalidad es parte del título suficiente compuesto. Es una norma alejada de la realidad del tráfico inmobiliario o de laboratorio. Si el fundamento era su "visibilidad" expresa por parte del consumidor, resulta carente de sentido, ya que la transcripción de estas cláusulas será tan extensa como casi toda la escritura de reglamento. Es suficiente con la referencia a la escritura del reglamento, la constancia de su entrega y el agregado como documento habilitante de la escritura de la unidad funcional. Esperamos que la doctrina y la jurisprudencia corrijan los términos determinantes de este artículo, sin perjuicio de la total aplicación del derecho de defensa del consumidor, no obstante que su aplicabilidad no se haya expresado en los artículos de CI y sí en los dos restantes (tiempo compartido y cementerios).

3.9. Análisis crítico de las normas locales en la provincia de Mendoza

La Administración Tributaria Mendoza (ATM) (en ejercicio del poder de policía inmobiliario, catastral y cartográfico de la provincia de Mendoza, delegado a ella por la Ley 8521) dictó la Resolución general 59/2016[12], cuyo objeto es establecer la

> … regulación procesal que determine el procedimiento administrativo para la visación de planos de Mensura en Propiedad Horizontal Especial en la Dirección General de Catastro de la Administración Tributaria Mendoza…

Según dice, asimismo, tiene por finalidad dar precisión a los artículos 2073 y 2074 CCCN para "restringir las zonas grises que pueden surgir de la aplicación de la mencionada norma", y establece que las "características físicas" establecidas por el artícu-

12. Publicada en el BO de la provincia de Mendoza del 12/7/2016, pp. 5900-5903.

lo 2077 CCCN ("la unidad funcional que constituye parte privativa, puede hallarse construida o en proceso de construcción") "requieren ser precisadas a los efectos de determinar claramente la aplicación concreta de la norma". De esta manera, esta resolución intenta "precisar" el contenido de artículos del nuevo Código y resulta totalmente relevante a los fines del tema de la presente ponencia.

De acuerdo con lo dispuesto por su artículo 1, quedan sujetas a sus prescripciones "el trámite y visación de las mensuras correspondientes a Propiedad Horizontal Especial, a realizarse en el territorio de la Provincia de Mendoza". El artículo 2 interpreta, con acierto, el carácter **enunciativo** "de los supuestos que constituyen Conjuntos Inmobiliarios, definidos en el artículo 2073 del C. C. y C."; pero, mediante su anexo I, procede a **definir descriptivamente** cada uno de esos supuestos, agregando caracteres que hemos calificado aquí como contingentes y no esenciales, sin necesidad alguna que lo justifique (al menos, la resolución no la explicita o fundamenta). Así, determina lo siguiente –los destacados son nuestros–:

> 1. Club de Campo: es un complejo destinado al uso residencial y recreativo, ubicado en zonas urbanas o sub-urbanas, **de perímetro cerrado urbanizado, integrado por terrenos construidos o a construirse**, independientes entre sí constituyendo unidades privativas; y que cuenta con una o varias entradas en común, **con espacios destinados a circulaciones, actividades deportivas, culturales y sociales que se constituyen en partes y usos comunes**; existiendo entre los diversos espacios, privativos y comunes, una relación funcional y jurídica que lo convierte en un todo inescindible.
> 2. Barrios Privados o Cerrados: es un emprendimiento destinado a uso residencial **de perímetro cerrado urbanizado**, ubicado en zonas urbanas o sub-urbanas, integrado por terrenos construidos o a construirse, independientes entre sí constituyendo unidades privativas, y que cuenta con una o varias entradas en común **y con espacios destinados a circulaciones, que se constituyen en partes y usos comunes**, existiendo entre ambos espacios una relación funcional y jurídica que lo convierte en un todo inescindible.
> 3. Parques Industriales: Complejo destinado al uso industrial de perímetro cerrado urbanizado, ubicados en zonas industriales, **según zonificación** de la jurisdicción local que corresponda, integrado por lotes de dimensiones acordes al uso, **con edificios y plantas industriales construidos o a construirse**, independientes entre sí constituyendo unidades privativas, y que cuenta con una o varias entradas en común, que comparten infraestructura, servicios e instalaciones especiales y **con espacios destinados a circulaciones, que se constituyen en partes y usos comunes**, existiendo entre ambos espacios una relación funcional y jurídica que lo convierte en un todo inescindible.
> 4. Empresariales: Club de Fincas: es un complejo destinado al uso residencial, recreativo, turístico y agroindustrial (vitivinícola, olivícola, otros), ubicado en zona rural, **de perímetro cerrado**, integrado por parcelas de extensiones apropiadas para la producción agrícola, independientes entre sí constituyendo unidades privativas; y que cuenta con una o varias entradas en común, **con espacios destinados a circulaciones, actividades deportivas, culturales, sociales turísticas y agroindustrial vitivinícola, que se constituyen en partes y usos comunes**; existiendo entre los diversos espacios, privativos y comunes, una relación funcional y jurídica que lo convierte en un todo inescindible.
> 5. Náuticos: son variantes de los clubes de campo, caracterizados por ofrecer servicios náuticos, los que tendrán espacios comunes destinados a esos fines.

Es acertado que, al definir descriptivamente cada uno de los tipos de conjuntos inmobiliarios –lo que no sería necesario para este tipo de normas–, la resolución de la ATM se refiera a la **zonificación** adecuada, determinando la ubicación y las dimensiones apropiadas conforme al destino de sus unidades funcionales (residencial, industrial, agrario, etc.), de acuerdo a las normas municipales del lugar. Pero, como hemos subrayado, además de establecer los aspectos relativos a las zonas autorizadas o localización, dimensiones, limitaciones edilicias, usos, cargas, servidumbres y demás elementos urbanísticos (como reafirman los arts. 2073, 2075, 2079, 2080 y 2084 CCCN, que remiten a las normas administrativas locales, en sintonía con nuestra organización nacional constitucionalmente impuesta), parece haber avanzado sobre la legislación de fondo –conforme la hemos interpretado–, determinando como esenciales para los CI caracteres que hemos calificado como contingentes. Nos referimos especialmente al **cerramiento** y al **estado constructivo**, que parecen estar exigidos en forma imperativa para todas las formas de CI, al requerírseles a los clubes de campo, a los barrios cerrados y privados y a los parques industriales, que sean "**de perímetro cerrado urbanizado**", y a los empresariales, que sean "**de perímetro cerrado**", y que cuenten con "**terrenos construidos o a construirse**" y "**edificios y plantas industriales construidos o a construirse**".

El cerramiento previsto por el artículo 2074 CCCN –según interpretamos– debe entenderse como una delimitación física del inmueble, si bien reconocemos la precisión de algunos autores en el sentido de que dicho recaudo implica también el control de ingreso y egreso de la urbanización.[13] Pero de ninguna manera puede entenderse el cerramiento en términos de muros, más o menos ciegos, o cierres perimetrales de ciertas características. Tan es así que el artículo 2079 CCCN dice expresamente que[14]

> Los límites perimetrales de los conjuntos inmobiliarios y el control de acceso **pueden** materializarse mediante cerramientos en la forma en que las reglamentaciones locales, provinciales o municipales establecen, en función de aspectos urbanísticos y de seguridad.

Como se ve, el verbo *poder* implica posibilidad y no exigencia legal. Los mismos aspectos urbanísticos y de seguridad, a veces, pueden indicar en la práctica ausencia de materialización del cerramiento y ello ser acorde con el destino del emprendimiento inmobiliario, que es lo que debe prevalecer y orientar la interpretación de la norma.

Pensamos que lo esencial a los CI, por imperio del principio de especialidad de los derechos reales y del derecho notarial y registral, es la determinación y delimitación de su superficie, límites, linderos y medidas perimetrales, tanto de su contorno global como de cada una de sus unidades funcionales y partes comunes. Pero no parece determinante la existencia física del cierre perimetral. Al contrario, conforme las nuevas tendencias urbanísticas y de policía inmobiliaria, se califica como valioso contribuir a la integración de todas las áreas del territorio, sin fomentar divisiones, antagonismos y diferencias artificiales que no coadyuven a la integración de su po-

13. Ver De Hoz, Marcelo A., "Conjuntos inmobiliarios", en AA. VV., *LXX Seminario teórico práctico "Laureano A. Moreira"*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2015, pp. 33-39.

14. El destacado es nuestro.

blación. Además, bien podrían darse en la realidad supuestos donde la exigencia de tales cerramientos sea antieconómica, o excesivamente onerosa, o contradiga el espíritu del emprendimiento inmobiliario de que se trate.

Sostenemos que esta característica no es esencial para la configuración de un CI y, por lo tanto, no debería exigirse desde la resolución administrativa reglamentaria. Es más, las calidades, materiales, tipos de cerramiento bien podrían variar, siempre que se quede perfectamente determinada cuál es el área de afectación del CI en cuestión. Ya hemos dicho que el estado constructivo de los terrenos que integran los CI es irrelevante a los efectos de su configuración, pues rige en ellos –con todo su vigor– el principio de la accesión, en virtud del cual se incorporarán a esas propiedades todas las mejoras adheridas al suelo de forma permanente, por lo que en nada inciden el estado de avance de obra ni las superficies cubiertas de ellas, ni siquiera el proyecto de las mismas, para el cumplimiento del principio de especialidad.

La Resolución ATM 59/2016 establece un procedimiento de aprobación de los conjuntos inmobiliarios, que pasa por dos etapas: 1) aprobación del proyecto de PHE (arts. 7-10); 2) aprobación de la PHE (arts. 11-14).

Para la primera aprobación, exige tramitar un expediente técnico realizado por profesional con incumbencia en agrimensura (debidamente habilitado por el Colegio de Agrimensores), acompañado de: las instrucciones municipales (incluyen el ofrecimiento de las donaciones para espacios de equipamiento), copia del plano del proyecto, aprobaciones por parte de los organismos provinciales competentes del sistema de riego hidráulico, aviso de proyecto de impacto ambiental, certificado de factibilidad de servicios emitido por la municipalidad o la entidad prestataria del servicio que corresponda, constancia de cumplimiento fiscal de los propietarios emitida por ATM. Este proyecto debe ser aprobado en sus aspectos técnicos y legales por la Dirección General de Catastro, con vista al Consejo de Loteo, y las obras comprometidas deben ejecutarse dentro del plazo de ejecución, el que debe estimarse inicialmente; las obras de urbanización podrán ejecutarse en etapas, si así lo autorizare el municipio. La resolución de aprobación del proyecto pierde validez si no se cumple con las obras en el plazo prefijado, debiendo iniciarse nuevamente el expediente.

La segunda etapa exige la existencia de los certificados finales de obras, servicios, urbanización e infraestructura emitidos por el municipio o la entidad prestataria del servicio que corresponda. Asimismo, requiere ordenanza municipal donde consten los certificados finales de obras de red de agua potable domiciliaria y red de distribución de energía eléctrica, cualquiera sea la característica o emplazamiento del CI, certificados finales de obras de red colectora de cloacas, gas natural en todos los lugares donde sea factible la provisión de estos servicios, certificados finales de obras de defensa aluvionales, sistemas de riego, obras de infraestructura, obras viales, certificado final de impacto ambiental y ofrecimiento en donación del espacio de equipamiento.

Como vemos, recién se hace posible el otorgamiento de la escritura de afectación del CI al régimen de PHE una vez obtenida la aprobación del plano, que exige la previa obtención de todos los certificados finales de obras y servicios: es decir, "urbanización terminada" (como en su época se exigió "edificio terminado").

Nos preocupa la reglamentación o interpretación que del artículo 2077 CCCN realiza la Resolución ATM 59/2016. En su artículo 4 dice:

> A los fines del artículo 2077 del C. C. y C., entiéndase por "en proceso de construcción", el hecho de tener ejecutadas las obras de urbanización y redes de servicios en la entrada de cada parte privativa de la unidad funcional.

¿Es esto lo que quiso decir el nuevo Código cuando aclaró que las unidades funcionales podían estar construidas o en proceso de construcción? El artículo 2077 literalmente dispone:

> Cosas y partes privativas. La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta.

Queda claro, haciendo una interpretación literal y armónica, que la referencia al estado constructivo se está aplicando a las partes privativas. Por lo tanto, no puede traducirse en la urbanización terminada de la Resolución ATM 59/2016, ya que las obras de infraestructura y servicios de los CI son siempre partes necesariamente comunes (art. 2076 CCCN).

Conociendo los antecedentes de esta norma, podremos darnos cuenta de que se estaba refiriendo al estado constructivo del edificio interno de cada parte privativa, por el uso de esa locución específica, al modo de los antecedentes normativos que conocemos que hacían extensiva la aplicación de la Ley 13512 de Propiedad Horizontal a los barrios privados y demás urbanizaciones especiales. El término *construcción* no es idéntico semánticamente a *urbanización*, desde los significados que reportan los diccionarios de la lengua castellana; y el artículo 2 CCCN nos exhorta a iniciar la tarea de interpretación normativa desde las palabras que utilizan las leyes. Es decir que, para la Resolución ATM 59/2016, la expresión "construida o en proceso de construcción" del 2077 CCCN **significa "urbanizada"**, de forma tal que su estado de avance de las obras de dicha urbanización sea el de "finalizada", ya sea de **todo el conjunto**, o de la parte que se intenta afectar.

Creemos que con esta forma de reglamentación se corre el grave riesgo de repetir viejas enfermedades ya sufridas en nuestra provincia cuando se exigió (a través de los Decretos 479/1951, 3300/1979, 4903/1984, la Resolución DPC 130/1989 y otras normas complementarias y concordantes), para poder someter a propiedad horizontal, la existencia de un único edificio construido (si no estaba terminado, se podía obtener su afectación parcial, con los certificados de habilitación municipales, siempre que la obra gruesa estuviere totalmente terminada). Además, se entendió por *edificio* solamente al desarrollado por pisos o departamentos sobre un único terreno, que siempre se considera común. Este único edificio debería, por esta normativa catastral, ser tal desde el punto de vista estructural. Se eliminó así toda posibilidad de utilización de la propiedad horizontal cuando no se estaba ante un único edificio como estructura y agregando la condición de que este estuviera terminado, si bien posteriormente se permitieron habilitaciones parciales cuando la totalidad del edificio estuviera en estado de obra gruesa terminada.

Cabe recordar que el nuevo Código ofrece la posibilidad de constituir derechos reales sobre **partes materialmente determinadas de un inmueble**. En efecto –como ya vimos–, su artículo 1883 establece que "el derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa". Advertimos que se presenta a primera vista como desproporcio-

nada la exigencia provincial de exigir la culminación de las obras de urbanización para dar el alta catastral a las unidades funcionales del CI, máximo cuando esta falta de determinación de la cosa inmueble trae aparejadas las graves consecuencias prácticas de la falta de publicidad y registración. En efecto, si desde las reglamentaciones locales no se prohibiera –como no pudieran prohibir– constituir derechos de propiedad sobre unidades funcionales de conjuntos inmobiliarios, ya sea bien mediante toda eliminación de exigencias en cuanto al avance de las obras de urbanización o bien mediante la viabilización catastral de la permisión legal de constitución de derechos reales sobre partes materiales del inmueble catastralmente indiviso, no habría necesidad de esperar hasta la culminación de las obras de urbanización para obtener la subdivisión catastral del CI para poder titularizar la propiedad de una unidad funcional. Así, se podría incluso gozar de las ventajas del acceso al crédito hipotecario.

Como hemos visto, el nuevo Código admite que las partes privativas de los CI se encuentren construidas o en proceso de construcción (art. 2077), interpretado –como hemos hecho– como urbanizadas o en proceso de urbanización, ya que es sabida la irrelevancia del estado de construcción del edificio interno de cada unidad privativa, con lo que sería posible la afectación de los CI al régimen de propiedad horizontal especial sin esperar la finalización de las obras de urbanización. Una vez afectado el inmueble global a este nuevo régimen, podrían sus unidades funcionales resultantes, en proceso de construcción, o en proceso de urbanización de las partes comunes, ambas materialmente determinadas, ser objeto de derechos reales.

El artículo 13 de la Resolución ATM 59/2016 intenta paliar el rigorismo de la exigencia de la finalización de la urbanización para la aprobación del plano de propiedad horizontal especial, permitiendo el inicio de la "ejecución de obras de urbanización y construcción de viviendas u otras edificaciones en forma simultánea, previa autorización de la Subdirección de Gestión Catastral", siempre que estuviese aprobado el proyecto y el certificado final de obra de red de agua potable. El resultado que provoca en los particulares adquirentes de estos CI este criterio de reglamentación es propiciar la entrega de posesiones de carácter irregular y la construcción (e introducción de mejoras) en inmueble ajeno, con todas las consecuencias jurídicas que conocemos.

Por último, la resolución que comentamos parece exigir la existencia de un único inmueble inicial a los efectos de conformar un CI, ya que siempre habla en singular cuando se refiere a este inmueble y por el criterio del catastro de considerar inexorablemente dividido un inmueble en dos o más cuando es atravesado por una vía pública u otro hito relevante, sin considerar el criterio de unidad económica del inmueble, que creemos no debe dejarse de lado en este tema.

Acudiendo una vez más al régimen de propiedad horizontal como régimen supletorio y análogo al de conjuntos inmobiliarios: lo esencial a ambos regímenes, como ha quedado demostrado desde la técnica legislativa del nuevo Código, no es ni el destino ni el hecho de estar desarrollado en forma vertical u horizontal en uno o más planos, con o sin acceso directo a la vía pública o por un pasaje común, ni el estado constructivo, ni el de urbanización, sino que **se trata de unidades inmobiliarias** (con independencia funcional) **interconectadas jurídicamente por el hecho de pertenecer a un mismo emprendimiento inmobiliario en forma organizada**. Y ello **implica partes propias y partes comunes, servicios comunes, ciertas limitaciones a**

la propiedad, reglamento, y personería jurídica como lo hemos definido. Dentro de esa enumeración de caracteres esenciales, no consideramos ni la materialización del cerramiento, ni la finalización de todas las obras de urbanización, ni el estado de avance de obra de las construcciones de las unidades privativas. Estas cuestiones son totalmente irrelevantes, siempre que se trate de una delimitación física y en base a un proyecto de urbanización que goza de las aprobaciones administrativas que correspondan a una prudente y razonable reglamentación local.

4. Conclusiones

- Una interpretación jurídica del concepto que de CI (propiamente dichos) nos proporciona el CCCN (arts. 2073, 2074 y ss. CCCN), conforme a las directivas de su artículo 2 (es decir, teniendo en cuenta las palabras, las leyes análogas, las finalidades de la ley, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento), permite distinguir en ellos características esenciales de otras meramente contingentes o irrelevantes para configurar un CI.
- Incluimos entre las características esenciales exclusivamente las siguientes:
  1) Los CI recaen sobre una pluralidad de inmuebles, con independencia funcional y con vocación de pertenencia a distintos titulares del derecho real de PHE.
  2) Los CI están organizados mediante sus reglamentos, en torno a uno o varios destinos predeterminados que confieren unidad a todas sus partes.
  3) Los reglamentos de los CI (Reglamentos de PHE) son otorgados de acuerdo a un proyecto aprobado por las autoridades administrativas locales en ejercicio de su poder de policía.
  4) Los CI requieren de un acto jurídico de afectación a su destino y subdivisión del suelo, instrumentado en un título (reglamento) que crea el estado de PHE del CI, y complementa los títulos suficientes de propiedad de sus unidades funcionales, estableciendo además su organización (regímenes de administración, expensas, límites a la propiedad, etc.); que requiere de inscripción registral inmobiliaria, a los efectos de su oponibilidad.
  5) Los CI están constituidos por unidades funcionales, que consisten en partes propias y un porcentaje –accesorio– de participación en los bienes comunes, en forma no escindible.
  6) Los titulares de las unidades funcionales de los CI comparten el uso, goce, mantenimiento, administración, costo de bienes, servicios y partes comunes, en una proporción prefijada, generando derechos y obligaciones recíprocas.
  7) Los CI generan una entidad dotada de personería jurídica suficiente, acorde a sus fines, que sirve a su funcionamiento y a su perdurabilidad en el tiempo, y que no requiere conformación ni inscripción en los organismos encargados de dichas tareas para personas jurídicas.
- La reunión de todos estos elementos en un CI determina inexorablemente la configuración del derecho real de PHE, y no otros derechos. Los CI así constituidos generan el derecho real autónomo de PHE, que es un derecho real principal, sobre cosa propia, que se ejerce por la posesión y recae sobre inmuebles.

- Los demás caracteres, ubicados fuera de los precedentemente enumerados, son contingentes o irrelevantes para la configuración de un CI como PHE, por no estar exigidos por la ley de fondo. **Pueden –o no– concurrir, sin que ello obste la tipicidad jurídica del CI, el que debe regularse como derecho real de PHE; no pudiendo las normas locales de policía inmobiliaria impedir su regulación bajo este régimen, mediante exigencias no contempladas en la ley común** (garantía de supremacía constitucional de las leyes y normas jurídicas, arts. 31 y cc. Constitución Nacional).
- Las notas que hemos denominado "contingentes" (cualquier otra fuera de los enumerados caracteres esenciales) no pueden erigirse en condicionamientos policiales por las jurisdicciones locales para la aprobación de un CI, como derecho real de PHE.
- Son características contingentes e irrelevantes para la configuración de un CI como PHE las siguientes:
  1) la materialización del cerramiento (art. 2079 CCCN);
  2) la cantidad de inmuebles iniciales y resultantes;
  3) la finalización de las obras de urbanización;
  4) el estado constructivo de las partes privativas;
  5) el régimen disciplinario;
  6) la salida a la vía pública (en forma directa o por partes comunes);
  7) el carácter público o privado de las vías de circulación o acceso, siempre que sean de uso común;
  8) las limitaciones y restricciones a los derechos de los particulares extrañas al uso normal y conjunto de las cosas y partes comunes;
  9) las áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales (además, estas pueden ser no necesariamente comunes);
  10) las reglamentaciones sobre el uso y el goce de partes y cosas comunes por parte de terceros.
  11) el derecho de preferencia de adquisición para el consorcio y los restantes propietarios del conjunto;
  12) las servidumbres con otros predios que pudieran aportar alguna utilidad.
- Evidentemente, no todos los caracteres enunciados en el artículo 2074 CCCN tienen el mismo peso específico, y existen otros que, si bien no están en el 2074, como hemos visto, resultan esenciales, por surgir de otros artículos del mismo capítulo (arts. 2073-2077).
- La Resolución general 59/2016 de la Administración Tributaria de la Provincia de Mendoza, que establece el procedimiento para la aprobación de planos de CI a efectos de su afectación al régimen de propiedad horizontal especial, exige algunas características que no son esenciales a ellos, conforme surge de la ley de fondo o de derecho común, y que merecerían su revisión, en aras de su constitucionalidad. Nos referimos al estado de avance constructivo de las unidades funcionales, la exigencia de la finalización de las obras de urbanización y la materialización de los cerramientos. Ello reportaría seguridad jurídica a los sujetos involucrados en los CI.
- La obligación de transcripción de las limitaciones y restricciones establecidas en el reglamento en las escrituras traslativas de propiedad horizontal especial

(art. 2080 CCCN) es una redundancia en tanto en cuanto el reglamento, en su totalidad, es parte del título suficiente compuesto que tiene inscripción registral.

- El derecho de admisión está permitido, conforme a lo dispuesto por el artículo 2085. Debe ser razonable y fundado.
- La previsión contingente de derecho de preferencia en la adquisición de unidades privativas en favor del consorcio y los restantes propietarios debe ser reglamentada minuciosamente. Entre otras, deberán excluirse las transferencias que reconozcan una disposición familiar como negocio jurídico subyacente.
- La generación de subconsorcios prevista en el régimen de propiedad horizontal común es viable en la propiedad horizontal especial.

Reafirmamos una vez más la lucidez del doctor Jorge Horacio Alterini, quien tiene dicho que

> … las pertinentes matizaciones del derecho de propiedad por el derecho administrativo local […] deben ser **prudentes**, para no agrietar insensatamente el derecho de propiedad y desnaturalizar los rasgos distintivos que le imprime el derecho federal a través de la legislación de fondo.[15]

La finalidad del derecho inmobiliario registral es brindar seguridad jurídica. El nuevo Código nos presenta un gran desafío, que significa una oportunidad para el intérprete jurídico –entre ellos, el notario, los registros inmobiliarios y los responsables de los poderes de policía inmobiliarios locales– de estar a la altura de estas circunstancias y coadyuvar en forma organizada al mejor logro de la publicidad y la seguridad jurídicas en materia de CI –como en tantas otras–, a través de una correcta interpretación de sus normas, según las directrices del artículo 2 CCCN, dentro de cuyos postulados se ubica la seguridad jurídica como valor jurídico y constitucionalmente protegido, y de una sana reglamentación local, en sintonía con nuestro esquema constitucional de división de competencias.

Como ha dicho Recaséns Siches: "Sin seguridad jurídica no hay derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase".[16]

5. Bibliografía

Alberdi, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, cap. XIV.

De Hoz, Marcelo A., "Conjuntos inmobiliarios", en AA. VV., *LXX Seminario teórico práctico "Laureano A. Moreira"*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2015, pp. 33-39.

Favier Dubois, Eduardo M. (h) y Spagnolo, Lucía, [ponencia presentada en este mismo XIII Congreso de Derecho Societario], Mendoza, 2016.

Gazali, Andrea y otros, "Cuadernillo de lingüística textual", Mendoza, Facultad de Filosofía y Letras - Universidad Nacional de Cuyo, 2016.

Linares de Urrutigoity, Martha y Pujol de Zizzias, Irene, "Las urbanizaciones privadas en Mendoza", en *El Escribano*, Mendoza, Colegio Notarial de Mendoza, año 1, Nº 13, 2010, pp. 4-10, y Nº 14, 2010, pp. 10-12.

15. El destacado es nuestro.

16. Recaséns Siches, Luis, *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 20.

— "Los complejos urbanísticos privados hacia una interpretación dinámica de la ley 13512", en *Jurisprudencia Argentina*, 25/11/2009, suplemento revista LexisNexis [en la web del Sistema de Información Legal de Thomson Reuters, id. 0003/014774].
— "Barrios privados y otros conjuntos inmobiliarios en Mendoza. ¿Son útiles las soluciones de Buenos Aires en Mendoza?", en *La Ley Gran Cuyo*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2008, p. 313, y junio 2008, p. 422.

Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* [online], http://dle.rae.es/.[17]

17. Bibliografía complementaria:

Abella, Adriana N., "Propiedad horizontal. Código Civil y Comercial de la Nación, en AA. VV., *LXIX Seminario teórico práctico "Laureano A. Moreira"*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2015, pp. 205-214; y en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 979, 2015, pp. 205-214; y *Derecho inmobiliario registral*, Buenos Aires, Zavalía, 2008.

Alterini, Jorge H., "Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, supl. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 27/6/2016 (t. 2016-D; AR/DOC/1050/2016).

Alterini, Jorge H. y Vázquez, Gabriela A., "Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/5/2007 (t. 2007-C, p. 1076; AR/DOC/1610/2007).

Arenas, Pablo, "Concursabilidad del consorcio de propietarios a la luz del nuevo Código unificado" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], Buenos Aires, 2/6/2015, MJ-DOC-7246-AR, MJD7246.

Compagnucci de Caso, Rubén H., "Negocio de apoderamiento, facultades y límites. Las potestades del administrador de un consorcio de copropietarios", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 24/2/2016, p. 17 (AR/DOC/4536/2015).

Causse, Federico J. y Pettis, Christian R., Derechos reales, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 (serie "Incidencias del Código Civil y Comercial", dirigida por Alberto J. Bueres).

Causse, Jorge R., "Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios", en Kiper, C. M. (dir.) y Daguerre, L. O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 823-886.

Colman Lerner, Horacio, *Propiedad horizontal especial (countries y barrios cerrados). Modelos*, Buenos Aires, Di Lalla, 2016.
— *Conjuntos inmobiliarios. Countries y barrios cerrados*, Buenos Aires, Di Lalla, 2016.
— "Clubes de campo y barrios cerrados en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial. Eliminación de la bolilla negra" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], Buenos Aires, 26/7/2012, MJ-DOC-5890-AR, MJD5890.

Córdoba, Lucila I., "La personalidad del consorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 24/7/2012 (t. 2012-D, p. 1092; AR/DOC/3726/2012).

Crovi, Luis D., "La parte general de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 2, 2015, pp. 11-40.

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?" [online], en Favier Dubois & Spagnolo. Abogados y Consultores [portal web], Buenos Aires, [ed. del autor], 4/6/2015.

Guida, María E. y Barriviera, Natalia L., "La personalidad del consorcio de propietarios en la jurisprudencia de los últimos veinte años", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 950, 2005, pp. 247-268.

Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/4/2015 (t. 2015-B, p. 869; AR/DOC/677/2015).

Nissen, Ricardo A., "La situación jurídica de los 'clubes de campo' luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Punto final para las asociaciones bajo forma de sociedad", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2015, t. 263, p. 960.

Puerta de Chacón, Alicia y Negroni, María L., "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/5/2016 (t. 2016-C, p. 724; AR/DOC/976/2016); Resqui Pizarro, Jorge C., "Los órganos del consorcio de propietarios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], Buenos Aires, 19/8/2015, MJ-DOC-7360-AR, MJD7360.

La evolución del estudio de antecedentes y el requisito de buena fe del artículo 392 del Código Civil y Comercial

Ezequiel Cabuli

RdN 924

RESUMEN

Se estudia la evolución de la intervención notarial en el llamado "estudio de títulos". Se analiza cómo el escribano ha adquirido a lo largo de su historia la calidad de especialista en dictaminar la legitimidad y legitimación de los antecedentes dominiales en materia inmobiliaria. Esta potestad de veto, como cualquier poder, debe ser ejercida con responsabilidad y, sobre todo, con razonabilidad. Es necesario entonces estudiar la inconveniencia de observar títulos antiguos por defectos formales o materiales. Se intenta justificar que el análisis que hacen los escribanos de los títulos debe ser realizado conforme a los principios generales de nuestro derecho, tales como el principio de conservación de los contratos, la teoría de los actos propios, la teoría de la apariencia, el principio de buena fe genérico de los contratos, el principio de coherencia y el derecho de propiedad consagrado constitucionalmente. Las conclusiones pretenden legitimar derechos de auténticos propietarios de dominio a quienes se les ha cuestionado su titularidad, cuando, en realidad, cualquier acción tendiente a destruir sus antecedentes se encuentra prescripta.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *El efecto inverso. La excesiva rigurosidad en la calificación notarial del estudio de títulos. La teoría de la apariencia como interpretación regular de los derechos adquiridos.* ***3.*** *La importancia de los principios generales.* ***4.*** *La evolución. El estudio de títulos digital. La incorporación de la tecnología al derecho.* ***5.*** *Fundamentos de la legalidad y validez del estudio de títulos.* ***5.1.*** *Obligatoriedad del estudio de título. La importancia de la buena fe.* ***6.*** *Reflexiones finales.*

1. Introducción

La celebración de los 150 años del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires nos invita a reflexionar sobre la evolución de la función que desempeña el escribano en la sociedad.

El notariado representa un grupo de profesionales que tienen como objetivo principal que las relaciones jurídicas entre los particulares se realicen en un marco de legalidad y legitimidad. En el caso de transmisiones de derechos reales sobre inmuebles, la impronta notarial se ve reflejada a través de los años en las escrituras públicas. Ejerciendo la función, se busca la perfección en los títulos de propiedad, evitando futuros conflictos entre sus otorgantes y terceros.

Una de las cuestiones que se ha planteado en estos años de vida corporativa fue el dilema originado por la actuación del escribano frente a los antecedentes de un título de propiedad. Antes de la reforma del año 1968, nos preguntábamos si el escribano debía analizar todas las escrituras anteriores hasta llegar al periodo de prescripción adquisitiva o si le bastaba con calificar la última. Mucho se ha escrito sobre esta evolución. Respetados autores de nuestro entorno han destacado la importancia del estudio de títulos con valiosa doctrina. Los jueces lo consideraron vital para calificar la buena fe del adquirente de derechos reales sobre inmuebles, y así lograban brindar protección jurídica sobre el principio general de que nadie puede transmitir a otro un derecho más extenso del que posee. Esta calificación de buena fe consistía en la diligente investigación analítica y critica de los antecedentes. Su dictamen favorable era determinante a la hora de repeler cualquier acción tendiente a privar los efectos propios de un acto jurídico cuyas consecuencias ya fueron devengadas y ejecutadas en el pasado.

El acto notarial está revestido de formalidades propias que emanan de normas que dictan su proceder. En los casos en que la ley impone la intervención de un escribano como requisito de validez de un determinado acto, su intervención conlleva poner en ejercicio su función, la cual está impregnada de regulaciones específicas que surgen de las normas de fondo, como así también de las legislaciones procesales especiales de cada jurisdicción.

Las normas específicas que hacen al actuar del escribano conviven con normas que rigen los contratos entre los particulares. En ese sentido, las reglas que imponen los actos jurídicos poseen una liberalidad jurídica que deja a los contratantes estipular cláusulas que se plasman en los contratos como resultado de una negociación privada. La ley deja libertad a las partes de establecer cláusulas y condiciones. Ahora bien, ¿esta libertad es absoluta? No, el derecho tiene principios generales y también reglas especiales, que hacen que los contratos tengan determinadas limitaciones.[1] Es ahí donde se resalta la importancia de la función notarial, que no se limita a formalizar actos solicitados por las partes para cumplir con la forma y servir de prueba, sino que demanda intervenir activamente en el contrato que se constituye.

Las mencionadas limitaciones que las leyes imponen y las reglas que regulan los contratos entre los particulares son interpretadas por el escribano mediante el asesoramiento, la imparcialidad y la revisión del acto. El profesional encausa la voluntad de las partes para que el contrato pueda tener sus efectos propios entre los otorgantes y terceros.

El ejercicio de nuestra profesión está ligado a un valor superior para la sociedad, garantizando la seguridad jurídica del tráfico de inmuebles. A través de la función notarial, queda en manos del notario el análisis de la documentación antecedente de los títulos de propiedad. El escribano tiene la obligación de controlar, en forma previa al otorgamiento de la escritura, la capacidad, legalidad y legitimación, y solici-

1. Ver art. 9 CCCN: "Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe"; y art. 10 CCCN: "Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

tar la información registral a los fines de determinar si existen gravámenes y restricciones; luego, una vez que autoriza el documento, se encarga de inscribir y conservar el documento. Es justamente a partir del control de legalidad y legitimación donde surge la necesidad del estudio de títulos. A través del mismo se podrá determinar efectivamente si es correcta la disposición del transmitente.

La adquisición derivada de derechos reales en materia de inmuebles requiere del modo suficiente y del título suficiente. El título-causa en sentido material es el negocio jurídico, y el título documento en sentido formal es la escritura pública. Cuando hablamos de título-causa nos referimos al contenido del contrato, del cual pueden aparecer causales de nulidad e ineficacia, detectadas en el estudio de antecedentes.

El estudio de títulos es esencial para conocer si existe buena fe de parte del adquirente, quien reposa dicho estudio en el escribano como agente idóneo para realizarlo. El resultado positivo de tal dictamen va a justificar la titularidad de dominio de un propietario, como resultado del estudio de la anterior cadena dominial.

2. El efecto inverso. La excesiva rigurosidad en la calificación notarial del estudio de títulos. La teoría de la apariencia como interpretación regular de los derechos adquiridos

El escribano ha adquirido a lo largo de su historia la calidad de especialista en dictaminar la legitimidad y legitimación de los antecedentes dominiales en materia inmobiliaria. El resultado del estudio de títulos y el asesoramiento notarial resultan determinantes para que un requirente tome la decisión de invertir su dinero en un título de propiedad que le otorga derechos sustantivos.

Esta evolución que hemos mencionado tuvo como corolario los fallos que destacan la importancia de nuestra función notarial a través del estudio de títulos. Dichas circunstancias han colocado al escribano y su dictamen en una posición de juzgar antecedentes.

Este poder de veto sobre los títulos, que ha ganado el escribano por su especialidad, hace necesario que sea ejercido en forma regular, razonable y justa. El afán por la diligencia no puede sobrepasar la razonabilidad. La excesiva rigurosidad técnica a la hora de calificar títulos no puede afectar los derechos adquiridos por los particulares, más teniendo en cuenta que el acto antecedente ha sido otorgado ante un colega en ejercicio, quien estudió, calificó y constató documentación original.

Muchas veces se olvidan dichos preceptos y se cuestionan, hasta el día de hoy, genuinos derechos de propiedad. Algunos ejemplos responden a circunstancias remotas como ser pérdidas de expedientes sucesorios antiguos por la imposibilidad de referenciarlos. Incluso se observa su pérdida en los supuestos de tracto abreviado, donde los mismos colegas lo han tenido a la vista y lo han relacionado en sus escrituras.

Otro ejemplo de exceso son las escrituras antiguas que se observan por falta de firma. Analizando el supuesto particular, y habiendo transcurrido el plazo donde cualquier acción tendiente a destruir el acto puede ser opuesta por la prescripción, ¿cuál es el orden público que justifica una nulidad absoluta?

En estos casos, se justifica la observación por no existir escritura, conforme una interpretación literal de la nulidad formal refleja que destruye el acto. Pero exis-

ten elementos que debemos considerar: si el acto fue otorgado ante un escribano, quién aseveró que las partes estaban presentes y manifestaron su voluntad de otorgar las prestaciones. Algún efecto jurídico debemos rescatar de dicho acto, aunque más no sea un principio de prueba de existencia, consolidada por el paso del tiempo. Un colega me recordaba un antiguo proverbio notarial, "las escrituras no pueden construirse sobre torres de arena", como principio ancestral, sin darse cuenta de que en la actualidad y con ese criterio se afectan más derechos de los que se protegen. Afortunadamente, la solución llegó con recientes fallos basados en la extensión del principio de la apariencia jurídica. Estos fallos, en base a la buena fe y la interpretación regular de la nulidad absoluta, han calificado como válidos los derechos de propiedad en los que incluso faltaba la firma de un comprador en su título antecedente.[2]

No debemos recurrir a normas generales para interpretar los antecedentes, cada caso debe ser estudiado en forma particular conforme las circunstancias de tiempo y lugar en que fueron otorgados.

3. La importancia de los principios generales

El estudio de la legitimidad de los disponentes debe ser estudiado conforme a los principios generales de nuestro derecho, como lo son el principio de conservación de los contratos, la teoría de los actos propios, la teoría de la apariencia, el principio de buena fe genérico de los contratos, el principio de coherencia y el derecho de propiedad consagrado constitucionalmente.[3]

El Código Civil y Comercial (CCCN) incorpora los preceptos de la apariencia jurídica, que, como principio de buena fe, supera cualquier objeción técnica. Como

2. CNCiv., Sala B, 19/11/2014, "Maristany Dedesma, Paula Nancy c/ Torres, Ramón s/ sucesión ab-intestato y otros s/ prescripción adquisitiva". [N. del E.: ver fallo y su comentario: "Una esperada solución a los títulos observables", en *Revista del Notariado*, Nº 918].

3. A) Teoría de los actos propios: "De acuerdo con esta teoría, nadie puede asumir en sus relaciones con otras personas una conducta que contradiga otra suya anterior, cuando esta haya despertado una legítima confianza en esas personas de que mantendrá una línea coherente con sus propios y anteriores actos. Es también una aplicación de la buena fe-lealtad". (Cajarville, Juan C., "La buena fe y su aplicación en el derecho argentino", en *Prudentia Iuris*, nº 74, Buenos Aires, UCA, 2012, p. 254).

B) Art. 1066 CCCN: "Principio de conservación. Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato".

C) Teoría de la apariencia: "De acuerdo con un viejo principio de origen romano y receptado en nuestro derecho, nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que se posee (v. Ulpiano, Domicio, *Digesto*, 50, 17, 54: *'Nemo plus iuris ad alium tranferre potest, quam ipse haberet'*). Pero ocurre a veces que una persona es titular aparente de un derecho y que sobre la base de este título, lo transmita a un tercero de buena fe. La aplicación estricta de aquel principio conduciría a privar a este tercero de lo que ha adquirido de buena fe, lo que es injusto, por lo que la ley lo protege. La misma deriva de la finalidad de cubrir las necesidades del tráfico y la buena fe". (Cajarville, Juan C., ob. cit., pp 254-255, donde a su vez se cita a Clusellas, G L., "La apariencia y la buena fe en la relación del agente comercial con un tercero", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1997-E, p 301).

D) Art. 17 Constitución Nacional: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal Argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie".

lo indica la exposición de motivos, "se consagran facilidades o excepciones a favor de la apariencia en pro de los usuarios del sistema".

Vemos algunos ejemplos de la teoría de la apariencia en nuestro CCCN:

a) En el artículo 292, cuando menciona los presupuestos para la validez del instrumento público, menciona que "la falta de los requisitos necesarios para su nombramiento e investidura no afecta al acto ni al instrumento si la persona interviniente ejerce efectivamente un cargo existente y **actúa bajo la apariencia** de legitimidad del título".[4]

b) En cuanto a los documentos firmados en blanco,

> … si fuera sustraído contra la voluntad de la persona que lo guarda, el contenido del instrumento no podrá oponerse al firmante excepto por los terceros que acreditaren su buena fe si hubieran adquirido derechos a título oneroso con base en el instrumento. Esta solución contrasta con el ordenamiento anterior, artículo 1019, última parte, seguida por el proyecto de 1987 (art. 1015, segundo párrafo), del proyecto de 1993 (PEN, art. 612) y del proyecto de 1998 (art. 291). El texto ha sido tomado del anteproyecto de 1954 (art. 276, párrafo 2º) y persigue una adecuada y razonable tutela de la apariencia y del tráfico jurídico.[5]

c) Muchas veces notamos estrictas observaciones generadas en errores materiales que describen el objeto del contrato o alguno de sus elementos. Como ejemplo, puede ser alguna descripción o dato del inmueble o de los otorgantes en poderes o incluso en títulos de propiedad. El CCCN precisa el significado que debe dársele a las palabras del contrato, la interpretación conforme al conjunto del acto, el principio de conservación, el principio de apariencia y el de coherencia; se consagran principios clásicos de la hermenéutica contractual. En este sentido, cabe resaltar la norma que sostiene: la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto. Este dispositivo es esencial en las relaciones mercantiles.[6]

d) En los casos de negocios en participación que recepta el nuevo código, también se hace alusión al principio de la apariencia de la actuación del participe. En el artículo 1450, señala como partícipe a "la parte del negocio que no actúa frente a los terceros. No tiene acción contra éstos ni éstos contra aquél, **en tanto no se exteriorice la apariencia de una actuación común**". El negocio en participación tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público.

e) Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones solo respecto del gestor. Su responsabilidad es ilimitada.

4. Art. 292 CCCN: "Presupuestos. Es presupuesto para la validez del instrumento que el oficial público se encuentre efectivamente en funciones. Sin embargo, son válidos los actos instrumentados y autorizados por él antes de la notificación de la suspensión o cesación de sus funciones hechos conforme a la ley o reglamento que regula la función de que se trata. Dentro de los límites de la buena fe, la falta de los requisitos necesarios para su nombramiento e investidura no afecta al acto ni al instrumento si la persona interviniente ejerce efectivamente un cargo existente y actúa bajo la apariencia de legitimidad del título".

5. Fundamentos del anteproyecto.

6. Ver nota 4.

También se observan defectos formales en antecedentes remotos, sin ninguna posibilidad de que se afecte el derecho de propiedad actual de los disponentes.

La década de los 90 representó el florecimiento de los créditos hipotecarios otorgados por entidades bancarias. Con el objetivo de asegurar a dichas empresas el cobro de sus créditos, se impuso a los escribanos de las instituciones un exagerado y riguroso estudio de antecedentes que originaron observaciones que hasta entonces se desconocían. El entorno generó, a nuestro entender, un efecto inverso al pretendido por el artículo 1051 del Código Civil derogado y el 392 CCCN. Un ejemplo de eso es la flexibilidad actual con la que manejan el tema antecedentes los departamentos de legales de los bancos. La importancia de antaño ya no es tal, los valores cambiaron y prima más evitar una dilación en la escrituración que ultimar detalles de expedientes o protocolos antiguos. La escasa estadística de observación de títulos en la República Argentina, producto del buen desempeño por parte de los escribanos en todo el país, ha impulsado a los departamentos de legales de los bancos a recapacitar y a percibir que económicamente les era más rentable otorgar más créditos sin demorar ni observar asumiendo la posibilidad (reiteramos escasa) que un título sea observable.

La diligencia a la hora de estudiar antecedentes en busca de la buena fe debe tener como límite los derechos adquiridos por los particulares y no provocar un efecto inverso al querido por la norma y los fallos que avalan la realización del estudio de títulos; debemos evitar convertirnos en nuestros propios enemigos.

El poder que ejercemos al cuestionar derechos ya consolidados

> … es indiferente a los juicios de valor, no hay poder bueno o malo, justo o injusto, es como todo valor abstracto, manifestándose no solo por su imposición, sino por la oposición a él.
> El exceso de poder es considerado como defecto del acto, tiende a causar la violación de la ley, como también los derechos adquiridos o la cosa juzgada. La mejor medida que se puede tomar es restringir el exceso. El juez debe ser técnico, pero, como ningún otro, ser más que técnico para que en sus decisiones, por sobre la técnica, brille y se imponga la justicia. Sin técnica jurídica no hay buen juez ni buena justicia; pero un exceso de técnica suele terminar en una injusticia (CNCiv., B, 23/12/70, ED 37).[7]

4. La evolución. El estudio de títulos digital. La incorporación de la tecnología al derecho

Uno de los cambios fundamentales que deberá enfrentar la ciencia jurídica moderna es la naturaleza jurídica de un concepto completamente nuevo de documento; más etéreo, espiritual, mucho menos material, diferente e independiente de todo soporte físico. El soporte ha pasado a ser completamente fungible, como un fragmento delimitado de información que puede a su vez volver a cambiar de soporte sin perder su esencia, autoría ni contenido.

En lo que atañe a nuestra tarea, una de las cuestiones a resolver será determinar si puede realizarse el estudio de títulos ante la imposibilidad material de tener

7. Sogari, Elena I., "Abuso del proceso y exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional" [online], Corrientes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, 2001. [http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2001/1-Sociales/S-032.pdf]

a la vista en forma física un protocolo notarial o un expediente judicial. Debemos analizar si este acceso remoto es suficiente para abonar la buena fe requerida por la doctrina y jurisprudencia, conforme al artículo 392 del CCCN, para ser considerado un legítimo adquirente de buena fe y así repeler cualquier acción que pueda entablar quien alegue un mejor derecho.

En un futuro no muy lejano, los protocolos notariales serán digitales. Ya en provincia de Buenos Aires se implementó recientemente la digitalización de los expedientes judiciales.

Cuando se elimine el soporte papel, los originales serán creados digitalmente y bastará entonces con el acceso remoto a dicho soporte, tal como existe para cumplir con el estudio de antecedentes. Sin embargo tenemos que analizar qué pasa con la transición de un soporte a otro. Hoy en día se vive un proceso de transformación en el que se escanea el papel y se lo convierte en "copia digital" haciendo necesario analizar qué validez jurídica tiene esa copia.

Evidentemente no pueden ignorarse los cambios operados en las relaciones humanas a través de la tecnología. El tema que tenemos que analizar y resolver es qué valor jurídico le asignamos a esas copias digitales, que no fueron creadas digitalmente sino escaneadas y que representan una fotografía o copia "derivada" de originales que pueden incluso haber sido destruidos.

La acumulación de documentación en el Archivo de Protocolos Notariales hace necesaria una pronta y progresiva digitalización de los protocolos notariales antiguos. Para lograr el acceso a su contenido y conocer su existencia, será suficiente con la obtención de una copia digital. Esto entra en colisión con el tradicional estudio de títulos en los que se analizan originales. No obstante, como parte de una evolución los mecanismos actuales tendrán que adaptarse al referido proceso de transformación.

5. Fundamentos de la legalidad y validez del estudio de títulos

Lo analizado en el punto anterior hace necesario un análisis pormenorizado de los principios rectores en materia de estudio de títulos y su cohesión jurídica con la validez del estudio de títulos digital.

No obstante las opiniones que puedan derivar de esta histórica discusión, en la actualidad, y conforme a la evolución de la doctrina y jurisprudencia a partir de la Ley 17711, y la modificación del artículo 1051 del antiguo Código Civil y su recepción mejorada por el nuevo CCCN en los artículos 1138 y 392, resulta impensado otorgar una escritura traslativa de dominio sin realizar el estudio de antecedentes.

El estudio de títulos tradicional comprende el análisis de los antecedentes jurídicos que legitiman el dominio que se alega, referenciándose las escrituras públicas y expedientes judiciales o administrativos que correspondan en sus originales, mediante un examen exhaustivo de todos los titulares anteriores, y las circunstancias por las que obraron, hasta hallar un título traslativo, desde cuya fecha haya transcurrido el término prescriptivo del CCCN.[8]

8. Abella, Adriana N., "Estudio de títulos. Observaciones frecuentes. Formas de saneamiento", en *Revista del Notariado,* Nº 881, 2005, pp. 59-87.

Conforme la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que se ha afianzado a partir de la reforma del artículo 1051 por la Ley 17711 (ahora 392 CCCN), la buena fe exigida al tercero adquirente no es la mera fe-creencia, sino la buena fe-diligencia o "buena fe, que **consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho**", que deriva de una situación aparente, y la apariencia solo justifica la protección de los terceros en la medida en que se produce su error excusable.

Es entonces necesario que el adquirente pruebe haber obrado con la debida diligencia que le impone la adquisición del derecho. Esa diligencia refiere al estudio de los antecedentes a fin de poder determinar si existen vicios manifiestos que invaliden o lesionen el íter de la concatenación dominial.

Una diligencia razonable aconseja un estudio de títulos cuidadoso, que pueda determinar la bondad o revelar la existencia de vicios en la cadena de transmisiones, pues aun cuando no exista norma expresa que lo imponga, la prudencia surge de ponderar que nuestro régimen jurídico no recoge el principio de la fe pública registral.[9]

La jurisprudencia ha considerado al estudio de títulos como una operación esencial para configurar la buena fe del adquirente en los términos del artículo 1051 del Código Civil anterior y 392 del actual.[10]

9. Ver nota 1.

10. "No se configura la buena fe del artículo 1051 del Código Civil si no se realiza el estudio de títulos, a menos que se demuestre que tal examen no hubiera permitido conocer el vicio" (CNCiv., Sala D, 18/5/1994, "Quiroga M. c/ Inversiones Inmobiliarias SA y otros s/ Simulación" [*Jurisprudencia Argentina*, 1069906]).

"… la cantidad de problemas notariales similares al caso de autos indican la imprescindible necesidad de que los notarios deben agotar todos los medios a su alcance para dar garantía de los actos que pasan ante su presencia, no obstante de no existir disposición legal alguna que exige tales extremos…" (CNCiv., Sala F, 27/8/1979, "Sigfrido SA en: Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros c/ Lozada, Mario" [*La Ley*, t. 1980-D, p. 295]).

"Si la invalidez proviene del antecedente por un vicio susceptible de ser conocido al realizarse el estudio de títulos, no efectuando dicho examen el tercero, tampoco puede pretextar buena fe. Le son aplicables los principios establecidos en el artículo 902 Código Civil, y que un grado de diligencia razonable les hace necesario efectuar un estudio de títulos para que se configure la buena fe creencia, que consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho y que constituye presupuesto indispensable para obtener la protección legal" (CSJN, 11/12/1986, "Inverfin Compañía Financiera S.A. c/ Provincia de Buenos Aires" [*La Ley,* t. 1987-C, p. 144]).

"Se debe advertir al requirente que la ley no cubre la negligencia del comprador o acreedor que no se preocupa por verificar las condiciones del título, de inquirir su bondad, y la mejor prueba de tal preocupación consistirá en la realización del estudio de los antecedentes dominiales del inmueble" (CNCiv., Sala F, 8/8/1994, "Frantini, Vladimiro c/ Demetrio, Alicia s/ C.S.D." [*Jurisprudencia Argentina*, 1434471]).

"La actuación del escribano que intervino en la operación que derivó el perjuicio sufrido por el actor, actuando con indisculpable negligencia, ya que no ajustó su proceder profesional a la diligencia que es exigible a un notario, pues no había efectuado un verdadero estudio de títulos, pese a figurar así en la factura de gastos, sino que se había limitado a tener a la vista el título antecedente del cual resultaba un aparente falso propietario" (CSJN, 27/08/1985, "Etcheberry, Oscar y otros c/ Provincia de Buenos Aires" [*La Ley,* t. 1985-E, p. 42]).

"Aun cuando en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires no existe obligación directa impuesta por la ley a los escribanos de efectuar estudio de títulos antes de autorizar el otorgamiento de escrituras de transmisión dominial, el Tribunal no comparte la aplicación absoluta del criterio según el cual la ausencia de estudio de títulos no exime de responsabilidad estatal por errores registrales ni la atenúa, en ningún caso, para que se configure en el adquirente del derecho la buena fe creencia que consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho y que constituye presupuesto indispensable para obtener la protección de la ley" (CSJN, 15/7/1997, "Terrabón SACIFIA c/ Provincia de Buenos Aires" [*La Ley*, t. 1999-A, p. 506]; CSJN, 19/12/1995, "Martínez, Hugo c/ Provincia de Buenos Aires"; CSJN, 23/06/1994, "Phalarope S.A. c/ Santiago del Estero".

5.1. Obligatoriedad del estudio de títulos. La importancia de la buena fe

La doctrina se ha referido a la importancia de realizar el estudio de títulos para determinar la buena fe requerida por el artículo 1051 del Código Civil derogado y el 392 del CCCN.[11]

No obstante, al no existir una norma legal que obligue a los adquirentes a realizar el estudio de títulos, podemos encontrar, conforme la doctrina y jurisprudencia analizada, que existen varias posturas que analizan los alcances del mismo, que podemos sintetizar en:[12]

a) Para algunos, la realización del estudio de títulos es indispensable para configurar la buena fe del tercero en los términos del artículo 1051 del Código Civil.
b) Otra postura es la que considera al estudio de títulos como un medio más para acreditar esa buena fe, con cierta jerarquía e importancia respecto de otros medios, pero nunca como forma excluyente de configuración de la buena fe del tercero.

11. Convención Notarial de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 1969): "La reforma del 1051 protege los derechos del adquirente de buena fe y título oneroso con el propósito de preservar la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. La buena fe requerida para lograr dicha protección consiste en la íntima convicción del sujeto de actuar conforme a derecho, unida a la diligencia que razonablemente deba poner para la celebración del negocio jurídico. Para que exista la buena fe requerida es menester que el vicio que causa la nulidad no sea manifiesto (ostensible, visible) porque en ese caso pudo y debió haber sido advertido por el adquirente al estudiar el título, lo que eliminaría la presunción de buena fe. Es irrelevante que el acto sea nulo o anulable y que la nulidad pueda estimarse absoluta o relativa. En cualquier caso, el tercero está protegido siempre que el vicio no sea visible. La protección del tercero de buena fe lo pone a cubierto de reivindicaciones sin modificar el régimen del Código en materia de nulidades. La reforma se limita a legitimarlo en razón de su buena fe, unida a la adquisición onerosa. La circunstancia de que el transmitente tenga su título inscripto no hace presumir la buena fe del adquirente teniendo en cuenta que el 4º de la 17.801 establece que la inscripción no convalida el título nulo, ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes. Para que el tercero pueda demostrar su diligencia –como requisito es justificante de su buena fe– el estudio de títulos tiene, después de la reforma, mayor trascendencia que antes de ella. También parece conveniente que el adquirente quede documentado en cuanto a la realización de dicho estudio y su resultado"; Jornada Notarial Argentina (Santa Fe, 1970, Tema II, Actos Jurídicos): "La buena fe debe existir en el momento de la adquisición careciendo de importancia que posteriormente tenga conocimiento del vicio que enerva la eficacia jurídica de su título"; VI Reunión Jurídico-Notarial (Rosario, Provincia de Santa Fe, 1974): "El estudio de títulos y antecedentes resulta conveniente hasta en algunos supuestos necesarios para la caracterización de buena fe que menciona el referido artículo en función de la conducta cuidadosa y previsora, por parte del subadquirente"; XXI Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 1977, Tema V, Estudio de Títulos): "El estudio de títulos juega un rol esencial en el camino de la seguridad jurídica, empero no debe ser obligatorio por cuanto la apreciación acerca de la bondad del título no puede basarse en una prueba tasada sino en el sistema de las libres convicciones tradicionalmente aplicado por el cuerpo notarial argentino, en un país que se caracteriza por su excelente titulación"; Jornada Notarial Argentina (Salta, 1980, XII Reunión Jurídico Notarial): "Es aconsejable la realización del examen de los antecedentes dominiales vinculados a negocios jurídicos relativos a derechos reales sobre inmuebles, ya que coadyuva de modo significativo a la certeza y seguridad de la transmisión inmobiliaria. (…) El estudio de títulos no se puede considerar un elemento determinante para tipificar la buena fe que el 1051 requiere del adquirente. (…) El examen de los antecedentes dominiales, vinculados a negocios jurídicos relativos a derechos reales sobre inmuebles, que los notarios efectúan, coadyuva de modo significativo a la certeza y seguridad de la transmisión inmobiliaria"; Jornada Nacional Notarial (Córdoba, 2001): "El estudio de títulos no es un elemento determinante de la buena fe que exige el artículo 1051 del Código Civil, pues el actuar diligente es cumplido por el notario con la calificación y control de legalidad del último título que legitima al transmitente el que, a su vez se funda en sus antecedentes"; De Hoz, Marcelo, "El estudio de títulos desde la óptica jurisprudencial: tendencias y análisis de los casos más trascendentes", trabajo presentado en el LXVI Seminario Laureano Moreira, noviembre 2008; en *Revista del Notariado*, Nº 897, 2009, pp. 75-97.

12. Ver nota 2.

c) Por último, una tercera postura propone que, con la expedición de los certificados registrales, el tercero adquiere bien, en los términos del artículo 1051 CCCN.

Es decir que existen tres posturas que van desde una primera muy estricta, que considera indispensable el estudio de títulos para abonar la buena fe del tercero, una intermedia, la segunda, que sostiene que el estudio de títulos coayuda a la buena fe pero no la determina en forma indispensable, y por último la tercera, que directamente le resta importancia al estudio de títulos, pudiendo basarse el adquirente en el asiento registral.

Debemos señalar que actualmente, y conforme los fallos relacionados, esta última postura que implica la "fe pública registral" carece de todo fundamento, ya que nuestro registro no convalida el derecho real en cabeza del adquirente, y la circunstancia de que el transmitente tenga su título inscripto no hace presumir su buena fe teniendo en cuenta que el artículo 4 de la Ley 17801 establece que la inscripción no convalida el título nulo, ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes. En cambio, la postura intermedia solo considera la buena fe que rodea al acto, sin importar si puede o no revisarse un determinado antecedente en forma física.

Con la entrada en vigencia del CCCN, el artículo 392 contiene los preceptos esenciales del antiguo 1051 del Código Civil velezano. Consideramos que se encuentra vigente la doctrina que emana de los fallos antes mencionados; por lo tanto, resulta trascendental estudiar los antecedentes.

6. Reflexiones finales

Conforme la legislación, doctrina y jurisprudencia analizada, concluimos que, más allá de la postura que pueda tomarse en cuanto a la obligatoriedad de realizar el estudio de títulos, este puede cumplirse mediante el acceso a copias digitales emitidas por el Archivo de Actuaciones Notariales o expedientes judiciales electrónicos, con el mismo efecto jurídico que el acceso al soporte físico.

En la actualidad existen elementos idóneos para acreditar esa necesaria actitud diligente del adquirente, quien ha relevado los antecedentes mediante pruebas de su existencia y legalidad de su contenido.

No existe un procedimiento legal que nos indique la técnica que debe aplicarse al momento de realizar el estudio de títulos. Si lo realizamos cotejando sus copias digitales, sería perfectamente compatible para dar cumplimiento al requisito fundamental del artículo 392 del CCCN, que es la buena fe.

Es en definitiva el acercamiento a la convicción lo que da por cumplido el mecanismo de protección del artículo 392. ¿Cómo se cumple? Acercándonos a la verdad de lo acontecido. El acceso a una copia digital del Archivo de Actuaciones Notariales o, por copia digital, de expedientes judiciales del juzgado, nos acerca a la verdad del acto celebrado por las partes de la misma forma que el procedimiento actual de acceso a los originales.

Estos elementos digitales son los que en definitiva deberán convencer al adquirente de estar obrando conforme a derecho, mediante la certeza de que no existe duda sobre la legitimidad del disponente.

El soporte ha pasado a ser completamente fungible, como un fragmento delimitado de información que puede a su vez volver a cambiar sin perder su esencia, autoría ni contenido.

En ese sentido, el CCCN incorpora en su articulado la validez de la utilización de medios electrónicos, adaptando su texto a los cambios que hemos señalado. El artículo 286 establece:

> La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

Asimismo, el artículo 288, referido a la firma, establece:

> La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento.

La redacción de la nueva normativa civil anticipa definitivamente la utilización del documento electrónico firmado digitalmente para contratar en forma segura, consolidando el esperado acompañamiento que debe hacer el derecho a los acontecimientos digitales de los últimos tiempos.

La inhibición general de bienes y los conceptos de capacidad, legitimación, disponibilidad e ineficacia*

José C. Carminio Castagno

RdN 923

RESUMEN

La inhibición es una medida procesal que no altera la capacidad ni la legitimación del sujeto sobre el cual recae, cuyos actos no padecen de invalidez, sino que solo son inoponibles al acreedor inhibiente.

— I —

Haciendo un poco de historia, y como imprescindible introducción, recuerdo que el 2 de diciembre de 2002 se celebró una sesión pública sobre esta temática, lo que demuestra que este asunto es añejo en la Academia (si bien entonces se planteó, quizá prioritariamente, para analizar la viabilidad de un Centro Nacional de Anotaciones Personales). La segunda instancia la constituyó la sesión pública del 14 de junio de 2010, en la cual el tema –a cuyo estudio estaban convocados todos los miembros de número– fue debatido por cuatro señores consejeros –cada uno de los cuales tenía asignado un punto específico para su exposición– mientras los demás que habían asistido podían formular preguntas (pese a lo cual planteé ya mis disidencias respecto de ciertos enfoques acerca de los conceptos que se mencionan en el título de este trabajo). Con posterioridad, uno de los panelistas presentó una ampliación de su postura –específicamente referida a las diferencias entre los conceptos de legitimación y capacidad jurídica–, prosiguiendo el debate este año en la reunión del Consejo Académico del 28 de abril.

— II —

Entrando en materia, destaco que existen tres diversos significados jurídicos específicos del vocablo "legitimación" que han sido frecuente y correctamente empleados por la dogmática argentina: en derecho de familia, la legitimación de los hijos extramatrimoniales (hasta que fue suprimido el parentesco ilegítimo por la Ley 23264); en derecho comercial, la legitimación activa y pasiva en materia de títulos valores; y, en

* Texto de la exposición efectuada en la Academia Nacional del Notariado el 23/6/2014. Se han agregado referencias bibliográficas.

derecho procesal, las llamadas *legitimatio ad causam* y *ad procesum*. Pero el empleo de una cuarta acepción, de carácter genérico, como uno de los tres presupuestos de validez del negocio jurídico –que es la que aquí interesa– no ha recibido un tratamiento de idéntica frecuencia y exactitud, a mi modo de ver.

A pesar de no haber sido mencionado entre quienes han tratado el tema en nuestro país, puedo decir que le he dedicado no pocas reflexiones a este tema, que di a conocer en varios trabajos desde hace más de cuarenta años. Y como anticipo de mi opinión, voy a permitirme recordar lo que digo, por ejemplo, en mi "Teoría general del acto notarial", publicada en 1973:[1]

> El concepto cuyo tratamiento iniciamos es, quizá, el de más reciente incorporación a la ciencia jurídica de todos los que es nuestro propósito abordar. Acuñado en su origen por la doctrina procesal, en torno a la teoría de la acción, penetra en el derecho privado como uno de los presupuestos del negocio jurídico y adquiere, en tal carácter, definitiva permanencia.
> Por considerarlo imprescindible para nuestro propósito central, intentaremos su formulación en base a un enfoque propio, si bien computando –es obvio– los valiosos aportes de las construcciones ya elaboradas [como la *Teoría general del negocio jurídico* de Emilio Betti].
> Para ello, es necesario señalar, ante todo, que con capacidad, competencia y habilidad se indican ámbitos *abstractos* de actuación asignados a categorías igualmente *abstractas*: persona, órgano y agente.
> El carácter *general* que, por definición, poseen las normas se origina, en efecto, 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*, ni 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" (arg. arts. 35, 52 y 53, Cód. Civil) y "las cosas cuya enajenación no sea prohibida pueden venderse" (art. 1327, Cód. Civil), 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: a) 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 [p. ej.: 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].

1. En *Revista del Notariado*, Nº 727, 1973, pp. 17-102.

Cinco años después, agregué acerca del mismo concepto –como sintética conclusión en la "Introducción" a la ponencia de la delegación argentina al XIV Congreso Internacional (Guatemala, 1977), Tema II[2]–:

> 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.

Debo advertir que ese concepto de legitimación como presupuesto de validez del negocio jurídico es el que se halla en entredicho en este debate.

Considero que no se trata de que me esté refiriendo a otra legitimación, entendida en el ámbito del derecho de familia, procesal o cambiario –como ya he expresado–, sino que las diferencias versan sobre el concepto de legitimación como presupuesto negocial, divergencia que obviamente se proyecta, asimismo, a su reverso negativo (la ilegitimación), según trataré de demostrar.

— III —

Previo a ello, expreso aquí cuál es mi propósito: efectuar un enfoque estrictamente técnico-jurídico, sin tomar en cuenta las resoluciones –no siempre concordes con el derecho vigente– de los registros públicos (que casi siempre acatan lo resuelto en las reuniones nacionales de sus directores). Me interesa menos aun lo que deciden los órganos de superintendencia, que en ocasiones lucen irrazonables. Tampoco me siento científicamente obligado por algunos pésimos fallos, los cuales –en vez de asignárseles el valor de muy respetables precedentes– habría que impugnar en base a una crítica sólida y superadora, como ya he intentado hacer. De otro modo será vana toda pretensión de hacer variar posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, como se ha logrado alguna vez (p. ej.: acerca de la interpretación del art. 23 de la Ley 17801, que evolucionó de la primitiva tesis de la nulidad de la escritura sin certificado registral previo a la ya consagrada de la pérdida de la reserva de prioridad).

Y también, si se me permite, mi trabajo "Hipoteca por el condómino" –presentado en 1971, contrariando todo lo que hasta entonces se sostenía en sede judicial en cuanto a la inviabilidad de la correspondiente acción en el estado de indivisión del inmueble– generó un año después el primer fallo en que se consideró procedente la ejecución hipotecaria en el estado de indivisión de la cosa (fallo del juez Dr. Coghlan, Secretaría del Dr. Lloveras).

— IV —

Aunque la cuestión no es distinguir capacidad de legitimación sino tratar esta en sí y con respecto a la inhibición, lo primero resulta imprescindible para saber de qué

2. "La validez de los actos y contratos otorgados por las sociedades mercantiles antes de su inscripción en el Registro Mercantil".

estamos hablando. El quid del debate consiste en determinar si el concepto de legitimación queda reducido a la relación sujeto-objeto o si –por el contrario, y como surge de lo que he leído de mis anteriores trabajos– lo atinente a los recaudos referidos a los sujetos que participarán por sí o en representación en el negocio –tanto los que deben darse (*v. g.*: estar autorizado por el dueño para vender determinado bien) cuanto los que no (no ser cónyuge de la otra parte)– para celebrar la compraventa se vinculan con la legitimación, como sostengo.

Como, a pesar de que se han citado otras dos opiniones coincidentes con la mía –de Carnelutti: "… la legitimación involucra tanto la situación del sujeto con relación a otro sujeto" y de Cariota Ferrara: "… para juzgar la cual es necesario poner en relación al sujeto con el objeto o con otra persona"–, se ha optado por priorizar el criterio del maestro Emilio Betti, me he ocupado de repasar el pensamiento de tan ilustre jurista, ratificando que –en su ya mencionada obra–[3] no concuerda con la postura contraria sino con la que sostengo, como paso a demostrar.

En la página 177 se lee al comienzo del párrafo que transcribe en su nota:

> Aquí conviene dar una definición más precisa de ella –la legitimación–. Problema de la legitimación es el de considerar quién y frente a quién puede correctamente concluir el negocio para que éste pueda desplegar los efectos jurídicos conformes a su función y congruentes con la intención práctica normal de las partes.

En la página 181:

> Bajo este perfil de la legitimación se explican las normas que prohíben a determinadas categorías de personas el hacerse adquirentes de ciertos bienes, recibir u obtener ventajas en relación a otras personas, también de determinadas categorías.

En la página 182: "También se explican así las incapacidades establecidas por los artículos 596 a 598 acerca del tutor y del notario".

Señalo que el artículo 597 es el equivalente a nuestro 3664 ("El escribano y testigos en un testamento por acto público, sus esposas y parientes o afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor"). Agrego que lo mismo ocurre con las prohibiciones del artículo 985 –que casi toda la doctrina insiste en denominar "incompetencia por razón de las personas"– que conceptúo, desde siempre, como supuestos de "ilegitimación del agente".

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).

– V –

Disiento asimismo respecto del caso aprehendido por el artículo 3430 –acerca del cual se ha afirmado que en el heredero aparente no habría estrictamente titularidad

3. Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959.

ni legitimación–, dado que considero que el poseedor de la herencia tiene título (declaratoria de heredero o aprobación judicial del testamento). Y, además, también sostengo que, en virtud de ese título, se halla legitimado, razón por la cual la norma le concede al tercer adquirente la misma tutela que le dispensa el artículo 1051 *in fine*. (Prescindo, por razones de brevedad, de abordar las clasificaciones de la legitimación, en las que me extiendo en mi *Doctrina del negocio jurídico*, cuya primera parte "El concepto del negocio jurídico" confío que habrá de publicarse próximamente). Tampoco concuerdo con equiparar la legitimación a "poder de disposición", enfoque asimilativo que se estructura a partir de que "inoponibilidad" significa "carencia de poder de disposición" (y que la ilegitimación también implica dicha restricción).

Por mi parte, ratifico ahora que considero que entre ambos conceptos existe una relación de género a especie, por lo que la recíproca no es exacta: no toda carencia del poder de disposición implica ilegitimación (*v. g.*: suponiendo que se trata de "vender": la de la persona por nacer [art. 61 CCIV, a contrario] es una incapacidad de derecho; la de un menor de siete años es una incapacidad de hecho; la de un cónyuge siendo el otro el vendedor es ilegitimación [art. 1358]). Además, la legitimación no es solo poder de disposición; es algo más amplio: es potestad negocial. Por ejemplo: los cónyuges no pueden celebrar dichos negocios ni como disponentes (poder de disposición) ni tampoco como adquirentes –aunque el acto sea a título gratuito, en los que no hay, de parte del donatario, acto dispositivo alguno–.

Difiero, asimismo, con el uso de la expresión "venta a *non domino*". Y lo hago porque desde hace mucho tiempo intento desterrarla. Como expresé –en nota fechada en Paraná el 11 de septiembre de 1999, dirigida al señor Vicepresidente a cargo de la Presidencia de esta Academia, doctor Osvaldo Solari–, la llamada transmisión a *non domino*, como fácilmente se comprende, significa que un bien es transmitido a un "no dueño", situación absolutamente normal, ya que el adquirente es siempre –por muy obvias razones– alguien que no es el propietario. A diferencia de tal hipótesis, la patología que así se pretende designar se da, en verdad, cuando quien dispone no es el dueño, debiendo recibir la correcta denominación de adquisición a *non domino*, que es precisamente como se la conoce en derecho comparado. Sé que en la dogmática argentina resulta habitual, amén de incomprensible, el uso de la locución que impugno, hasta por parte de autores de reconocido prestigio (como ya he destacado en anterior oportunidad); pero debo advertir que dicha circunstancia no modifica el claro significado de la misma ni convalida su inapropiada utilización.

En cuanto a que la "ineficacia" –que, según la invocada autoridad de Cariota Ferrara– constituiría el género mayor de las anomalías del negocio jurídico (comprensiva de sus diversas especies: "inexistencia", "invalidez", "impugnabilidad" e "inoponibilidad"), reitero aquí mi ya expresado disenso, puesto que lo "inexistente" no es "ineficaz", que solo puede predicarse de algo que existe (así, una persona muerta no es un sujeto ineficaz ni eficaz; sencillamente es un cadáver). Sostengo que la patología negocial se ordena –con rigor descendiente, de lo más a lo menos grave– en el siguiente orden: "inexistencia", "invalidez", "ineficacia" e "inoponibilidad" (precisamente título del tema de una de mis intervenciones en un seminario de la Academia, hace varios años). Remito a los coincidentes enfoques que Betti expone en su ya citada obra, en la que trata su distinción (pp. 347 a 351, punto 57: invalidez, ineficacia e inoponibilidad; y pp. 351 a 353: invalidez e inexistencia, punto 58); y a los trabajos en los que me he ocupado de tales conceptos: "En torno a la teoría de la inexistencia",

"Hacia una nueva concepción de los actos nulos y anulables",[4] "Algo más sobre los actos nulos y anulables"[5] y "Nuevamente acerca de la prescriptibilidad de la acción de nulidad en supuestos de invalidez absoluta"[6].

— VI —

Paso ahora a la llamada inhibición general de bienes. El artículo 228 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –copiado, con olvido del federalismo, por la mayoría de las provincias– dispone:

> En todos los casos en que habiendo lugar a embargo éste no pudiere hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor, o por no cubrir éstos el importe del crédito reclamado, podrá solicitarse contra aquél la inhibición general de vender o gravar sus bienes, la que se deberá dejar sin efecto siempre que presentase a embargo bienes suficientes o diere caución bastante.
> El que solicitare la inhibición deberá expresar el nombre, apellido y domicilio del deudor, así como todo otro dato que pueda individualizar al inhibido, sin perjuicio de los demás requisitos que impongan las leyes.
> La inhibición sólo surtirá efecto desde la fecha de su anotación salvo para los casos en que el dominio se hubiere transmitido con anterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación general.
> No concederá preferencia sobre las anotadas con posterioridad.

Adelanto opinión diciendo que considero que, pese a su denominación, no es tan general ni impide disponer. En efecto: lo de "general" parece sugerir que la medida comprendería la totalidad de los actos que menciona, lo que como veremos no es así. En cuanto a la consecuencia de su violación, concluiré en que se trata de inoponibilidad y no de invalidez o indisponibilidad.

La anotación tiene efecto constitutivo –en cuanto a su oponibilidad–, en tanto ella nace a partir de su emplazamiento registral, excepto comprobada mala fe (o sea, de concreto conocimiento del tercero). Sé que dicha disposición ha sido interpretada tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia como la consagración de una "incapacidad" para el inhibido. Por ejemplo: se ha decidido que (CNCiv., Sala D, 7/12/1982, "Szewc, Juan J. y otros c/ Hurovich, Alberto J.")

> La inhibición general de disponer de los bienes es la proyección de una incapacidad que afecta a la persona, la cual constituye una situación de excepción frente a la regla general que predica la capacidad genérica de todos los que no están excluidos. A su vez, la restricción a la facultad de disposición resultante de la falta de capacidad participa de la misma naturaleza excepcional de la incapacidad que la provoca y este rasgo también se comunica, ya en el ámbito procesal, a la medida cautelar correspondiente prevista por el art. 228 de la ley adjetiva.

También conozco que el notariado adhiere a la tesis de que dicha cautelar implica la prohibición de disponer, salvo expresa autorización judicial. Sin embargo, sostengo

4. Publicado en *Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos*, Paraná, Colegio de Escribanos de Entre Ríos, nº 161, 1988, pp. 36-38; reproducido en *Revista del Notariado*, Nº 854, 1998, pp. 51-54.

5. Publicado en *Revista del Notariado*, Nº 854, 1998, pp. 51-56.

6. Publicado en *Revista del Notariado*, Nº 872, 2003, pp. 23-25.

que esta medida procesal produce consecuencias muy diferentes a las que en forma casi unánime se proclaman, y que –en cuanto a lo dispuesto en la última parte del artículo– lo que el juez hará es solo lo que puede hacer: levantar la inhibición para determinado acto, sin que ello implique volver a concederle al inhibido una capacidad o legitimación de la que antes carecía, ni –menos aún– entender que su resolución integra el consentimiento negocial.

Existe también una lamentable y reiterada jurisprudencia comercial, en la que algunos jueces –fundados en lo que la Ley de Concursos 19551 disponía en su artículo 110, como hoy lo hace el artículo 106 de la Ley 24522– han resuelto que la sentencia de quiebra importa la aplicación inmediata del desapoderamiento y –según el artículo siguiente– la ineficacia de los actos del fallido, expresando cierta vez –haciendo uso de una expresión más apropiada para esquelas de condolencia– que deploran que no se haya anotado la inhibición, pero que, a pesar de ello, se produjo el desapoderamiento, y que en consecuencia todo es ineficaz para el concurso, y –algo peor aún– no obstante "la buena fe del tercer adquirente" (*v.g.*: fallo del 5/2/1996 de la CNCom., Sala A, en "Viuda de José Pons e Hijos SCA y otros s/ Quiebra", basado en el dictamen del fiscal de Cámara).

Al respecto, pienso que –ante todo– ello constituye una tremenda e injusta irracionalidad, al dar con absoluta indiferencia una respuesta similar a situaciones diametralmente opuestas: que el tercero sea de buena o mala fe (siendo la primera, según Demolombe, "el alma de las relaciones sociales"). Además, yendo brevemente al plano jurídico, nuestro Código Civil establece algunas pautas legales a las que por lógica debe recurrirse cada vez que es necesario calificar una conducta (arts. 2356, 4006 y 4008) (remito a mi trabajo "La teoría de la invalidez y la interpretación de la reforma del artículo 1051 del Código Civil").[7]

Finalmente, teniendo en cuenta que tanto el artículo 2305 –interpretado en consonancia con los principios establecidos en la Ley 17801 y lo que esta dispone en sus artículos 2 (cuyo inc. b refiere a embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares) y 23 (normas todas que integran el núcleo de la llamada supralegalidad que consagra el art. 31 de la Constitución Nacional)–, puedo concluir repitiendo ante tales pretensiones lo que expresé en la sesión pública de 2002: "Creo que en materia del Registro de la Propiedad Inmueble, la Ley 17801, complementaria del Código Civil, constituye un vallado infranqueable".

En cuanto a qué bienes comprende la inhibición, opino que se circunscribe a los registrables, entendiendo por tales solo aquellos a los que refiere la siguiente frase del artículo 1277 del Código Civil: "… cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria".

En cuanto a la eficacia de la medida cautelar, se limita únicamente a los bienes que corresponden a los registros donde ella ha sido anotada.

— VII —

Acerca de la afección que padecería el acto dispositivo o de constitución de gravamen del inhibido, dos preguntas: 1) ¿se trata de "incapacidad", de "ilegitimación" o

7. Publicado en el tomo I de la obra *Homenaje los Congresos de Derecho Civil*, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, editorial Advocatus, 2009, pp. 615 a 648.

de otra cosa?; 2) ¿tiene importancia establecer de qué se trata? Respondo afirmativamente a esta última, dando por supuesto que es una tarea propia de toda corporación científica, que debe acometerse en base a principios sistemáticos.

Es que lo que parece igual para el profano o el lego puede no serlo para el especialista. Vocablos sinónimos en el lenguaje corriente no lo son en el jurídico. (Verbigracia: coloquialmente es lo mismo decir de alguien que es "incapaz" o "incompetente", pero en el plano jurídico lo primero se predica de la "persona" y lo segundo del "órgano"; o, como he propuesto: que el ciego –que no es "incapaz" en nuestro derecho– es "inhábil" para ser "agente" del órgano notarial). Por ello –y aunque así se haya sostenido en la antigua jurisprudencia– el estar inhibido como impedimento para ejercer determinados cargos o actividades tampoco constituye una quita de su capacidad. No hay duda de que la incapacidad, la incompetencia, la ilegitimación y las incompatibilidades –citando solo algunos ejemplos– generan "prohibiciones", a pesar de lo cual se trata de conceptos diversos y no equivalentes, que se distinguen a veces por diferencias mínimas.

De los muchos juristas que se han pronunciado al respecto de este imperativo de la labor científica, extraigo solo dos pensamientos:

> Los que quieren poner en orden lo que saben y hacer progresar su propio saber y comunicarlo al prójimo deben disponer de categorías ordenadas y de una lengua que las exprese. [Rodolfo Sacco]

> Se puede convenir en que su utilidad es al menos predominantemente expositiva y sistemática, pero la distinción, aun si su cometido sea únicamente aportar orden y claridad al estudio de los varios y complejos fenómenos, es siempre igualmente indispensable. [Emilio Betti]

Ya he anticipado que los efectos de la inhibición no generan incapacidad ni ilegitimación, y corresponde ahora determinar qué es lo que producen, explicando sus fundamentos.

— VIII —

Creo, en efecto, que tanto de tratarse de una incapacidad de derecho cuanto de un supuesto de ilegitimación, la consecuencia sería la misma: la invalidez del acto dispositivo o gravoso que el inhibido ejecutase. Al respecto, cabe recordar que el artículo 1037 del Código Civil establece categóricamente que "los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este código se establecen", consagrando la máxima "*pas de nullité sans texte*", entendida como texto expreso de derecho sustantivo, de la misma jerarquía del Código Civil.

En nuestro tema, un claro ejemplo de respeto a ese principio lo constituye su artículo 1295, que dispone en su primera parte:

> Entablada la acción de separación de bienes, y aun antes de ella, si hubiere peligro en la demora, la mujer puede pedir embargo de sus bienes muebles que estén en poder del marido, **y la no enajenación de los bienes de éste, o de la sociedad**.

De ello se deduce –mediante una simple interpretación a contrario– que los actos del inhibido en infracción a disposiciones de los códigos rituales no son inválidos

(excepto, como es obvio, que se trate de actos procesales regidos por dichos códigos). Considero que esta distinción que acabo de señalar no puede ser desatendida, porque 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 mencionado art. 1037, así lo dispone expresamente).

Corresponde ahora indagar qué ocurre con dichos actos del inhibido, estableciendo sus consecuencias respecto de la otra parte negocial y del acreedor inhibiente. Acorde al anterior desarrollo –y descartada su invalidez–, se impone concluir en que ellos son inoponibles al inhibiente, entendida dicha inoponibilidad como una ineficacia restringida a determinados terceros, la que se produce –ya que la anotación, como ya expresé, tiene efectos constitutivos de la inoponibilidad– a partir de su emplazamiento registral (excepto comprobada mala fe). En consecuencia, para el inhibiente, la cosa enajenada no ha salido del patrimonio de su deudor, por lo que puede embargarla, ejecutarla y cobrarse. En caso de existir un remanente del precio obtenido, debe ser entregado a la otra parte del negocio declarado inoponible (dado que se trata del verdadero dueño del bien, en virtud de un acto válido). Así caracterizado el instituto *sub examine*, debe asignársele necesariamente –apuntando a la precisión conceptual y a la univocidad terminológica– una especial denominación, que ahora propongo sea de "inoponibilidad procesal", juzgándola indicativa de su naturaleza y origen.

Cuando hablé de "indisponibilidad procesal", lo que quería señalar especialmente era su origen de derecho "adjetivo", aspecto que resulta de la mayor importancia acentuar a fin de poner en evidencia que una norma local no puede generar ningún efecto nulificante, incapacitante o ilegitimante. Sugerí entonces "indisponibilidad procesal", anticipando que iba a tratar de buscar una denominación más acorde a lo que pienso, que es la que acabo de proponer.

— IX —

A título de recapitulación, paso a sintetizar mi pensamiento.

1. De acuerdo con lo que he sostenido a través de los años –participando en sesiones privadas y públicas en este Consejo Académico o por escrito–, la inhibición general de bienes establecida en el artículo 228 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –y sus similares de las provincias– es una medida de naturaleza típicamente procesal, lo que denota el carácter adjetivo y no sustantivo de la norma que lo consagra.
2. Dicha cautelar produce lo que ahora llamo "inoponibilidad procesal" –denominación que propongo a efectos de excluir toda incidencia en el ámbito de la capacidad o de la legitimación del inhibido, dado que tales aspectos son de competencia legislativa del Congreso Nacional–, que origina una anotación personal (en tanto solo afecta al inhibido, a cuyo fallecimiento no pasa a sus herederos), fundada en la imposibilidad de embargar por desconocimiento de bienes o su insuficiencia (derivación del carácter "subsidiario" de la medida).
3. Para su eficacia, toda resolución judicial que la disponga deberá necesariamente anotarse en los registros en que se desee que adquiera vigencia, ya que solo regirá en los que esté registrada.

4. Habida cuenta de que dicha anotación apunta a su publicidad y consiguiente oponibilidad a los terceros registrales, el inhibido y los eventuales titulares de derechos emergentes de los actos dispositivos o constitutivos de gravámenes de los bienes de aquel que allí se hallen registrados no podrán alegar buena fe, por lo que tales actos serán inoponibles al inhibiente.
5. En coherencia con lo precedentemente expuesto, las resoluciones fundadas en normas sustantivas en materias delegadas al Congreso Nacional que disponen la inhibición de bienes, debidamente anotadas registralmente, implican limitaciones a la legitimación negocial de los sujetos sobre los que recae (*v. g.*: art. 1295 del CCIV y otros casos similares).
6. En materia de responsabilidad notarial, reafirmo lo expresado en la reunión anterior acerca de lo que considero la forzosa conclusión de nuestro razonamiento: si la inhibición surge de una norma procesal, los jueces –acorde con lo dispuesto por el artículo 1037 del Código Civil– no pueden declarar que el acto del inhibido es nulo.
7. La razón de que este tema despertara en mí tan marcado interés finca precisamente en las consecuencias de la aplicación del principio "*pas de nullité sans texte*" (art. 1037 CCIV).
8. Por cierto, no hay duda de que las normas procesales pueden establecer nulidades de los actos que ellas regulan, pero tampoco de que carecen de jerarquía para alterar el derecho sustantivo y "nulificar" actos o "incapacitar" o "ilegitimar" a las personas.
9. Además, si se coincide en que no hay incapacidad, en que el acto dispositivo o gravoso del inhibido es válido pero inoponible al inhibiente, en que no está en juego el interés general y en que pretendemos dar un paso adelante en la comprensión del instituto de la inhibición, hay posibilidades de hacer grandes avances sobre bases coherentes.
10. Y vista la inviabilidad jurídica de que pueda tomarse a cargo la inhibición –por las razones que ya se expresaron en este debate–, sostengo que –previo un verdadero y detalladamente informado asesoramiento acerca del significado y consecuencias de la inoponibilidad, de lo que se dejará constancia– las partes pueden decidir libremente formalizar el negocio a pesar de la inhibición vigente.
11. En consecuencia, considero también que el Registro debe inscribir definitivamente el nuevo título. Puedo agregar lo que alguna vez sugerí en otros temas: que se haga constar en una anotación –a reproducir en todas las certificaciones que se expidan– que al momento de producirse la venta o la hipoteca existía una inhibición.
12. Por todo ello, reitero mi criterio en el sentido de que el notario que intervenga debe solicitar el certificado y asesorar debidamente. Y que –si las partes deciden celebrar el acto– la conducta del autorizante, según he descripto, no merece ningún reproche disciplinario.
13. También reafirmo lo que manifesté en la misma reunión con respecto a un Centro Nacional de Anotaciones Personales, tema que considero inconveniente e inoportuno plantear en este momento, habida cuenta de lo previsto en los artículos 39 y siguientes –tema sobre el cual ya he escrito– del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, ante la incontrastable realidad de que –como ya es tradicional, y a pesar de lo que se legisle y afirme– serán los

escribanos los únicos a los que se les exigirá el cumplimiento de las consiguientes obligaciones, invocando un deber funcional inexcusable e implícito, que deviene de todo el ordenamiento jurídico (como ocurrió con la jurisprudencia que impone, sin válido fundamento legal, el estudio de títulos).

— X —

Para concluir, destaco que he efectuado el análisis que precede exclusivamente sobre la base de lo que hemos expuesto y argumentado en el debate, ya que no tengo por qué ir a buscar otros trabajos –que no conozco ni se invocaron (por razones que ignoro)– del mismo modo que no pretendo que se busquen trabajos míos (que no conocen ni mencioné).

Todo lo que escribí –en lo atinente– lo he volcado en mis intervenciones, de las que se concluye que no he incurrido en ningún equívoco al considerar que el artículo 1358 –por referir a una situación entre los sujetos negociales– consagra un supuesto de ilegitimación.

En el debate que mantuve en las Jornadas de Derecho Societario (Buenos Aires, 9 a 11 de noviembre de 1978), critiqué el epígrafe del artículo 30 de la Ley de Sociedades Comerciales (en cuanto a la presunta "incapacidad" que allí se menciona), agregando que tal postura

> … llevaría al absurdo de creer que los casados somos jurídicamente menos capaces que los solteros, ya que –mientras nosotros no podemos celebrar compraventas o donaciones con nuestros cónyuges– ellos pueden hacerlo con cualquier persona.

Algunas omisiones en el Código Civil y Comercial*

José C. Carminio Castagno

RdN 924

RESUMEN

Se señalan varias omisiones en las que han incurrido los autores del Código Civil y Comercial –con los alcances que se explican en la inicial advertencia–, las que –por desconocer fundados aportes de la dogmática nacional– constituyen cuestionables retrocesos y, en algunos casos, hasta lamentables contradicciones o graves errores.

Sumario: ***1.*** *Advertencia preliminar.* ***2.*** *Análisis del Código Civil y Comercial.* ***2.1.*** *Forma y prueba del acto jurídico.* ***2.2.*** *Instrumentos públicos.* ***2.3.*** *Escritura pública y acta.* ***2.4.*** *Instrumentos privados y particulares.* ***2.5.*** *Acerca de la forma del apoderamiento.* ***2.6.*** *Los contratos formales.* ***2.7.*** *¿Qué fue del testamento cerrado?* ***2.8.*** *El alcance de la forma de la dispensa de colación.* ***2.9.*** *La transcripción del contrato de fideicomiso.* ***3.*** *La llamada "inoponibilidad" de la personalidad jurídica.*

1. Advertencia preliminar

Cumplo en aclarar que no solo detallaré las omisiones en que el Código Civil y Comercial incurre respecto de la magna obra de Vélez Sarsfield (en adelante, ex Código Civil), sino también, como real antecedente, del tan valioso cuan olvidado Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales[1] –máximo aporte del entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial, de cuya redacción tuve el privilegio de participar–, de otros anteriores proyectos, especialmente el de 1998 –confesada base del que hoy rige[2]–, de algunas leyes –mayoritariamente notariales– y de mis propios aportes sobre dichos precedentes –todos publicados con anterioridad y a los que remito–. Asimismo, advierto –sin perjuicio de un posterior tratamiento mucho más extenso– que me limitaré aquí solo al análisis de las normas, incisos o párrafos del Código Civil y Comercial en los que considero que se dan omisiones de cierta entidad.

* Especial para la *Revista del Notariado*, en cálido homenaje al sesquicentenario de la fundación del hoy Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

1. [N. del E.: el lector podrá acceder al texto en *Revista del Notariado*, Nº 765, 1979, pp. 909-973].

2. Cuerpo que analicé parcialmente en la conferencia "La forma de los actos jurídicos en el proyecto de Código Civil de 1998", dictada en la sede del entonces Colegio de Escribanos de la Capital Federal el 7/9/1999.

2. Análisis del Código Civil y Comercial

2.1. Forma y prueba del acto jurídico

Artículo 285

> Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.

La conversión substancial se da, precisamente, en casos de invalidez del negocio, que –en virtud de ella– se transforma en un acto jurídico distinto, el cual genera la obligación de cumplir con la forma omitida (tal como ocurría en ex Código Civil, según el juego sistemático de los arts. 1044, 1184 y 1185). Al admitir el Código Civil y Comercial la inexistencia de un acto jurídico,[3] sugerí el siguiente agregado final: "excepto que ella se exija como requisito de **existencia**".

Artículo 288

> Firma. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.

Sostengo desde hace muchos años que las definiciones tienen que recoger las notas esenciales, por lo que critiqué la que la considera como "la forma en que cada uno escribe su nombre, su apellido y la rúbrica, de manera habitual", agregándose que si no hay nombre, apellido ni rúbrica, también lo es.[4] ¿Y si no es habitual? La persona que deliberadamente un día la cambia, ¿no tiene firma? Por ello, propuse en 1970[5] reemplazar aquella noción descriptiva de los presuntos elementos que la integran por una definición **teleológica**, que toma en cuenta su finalidad: la firma es toda grafía de propio cuño[6] mediante la cual se manifiesta, según el caso, consentimiento, presencia y/o autoría.

3. Art. 406 CCCN: "Requisitos de **existencia** del matrimonio. **Para la existencia del matrimonio** es indispensable […] El acto que carece de este requisito **no produce efectos civiles**". Al respecto, observo que no constituye un supuesto de **ineficacia**, sino de "inexistencia" (o "inesencia", como he propuesto denominarlo. *Vide* "En torno a la teoría de la inexistencia", en AA. VV., *Colegio de Escribanos de Entre Ríos. 50º aniversario. Libro de oro*, Paraná, Colegio de Escribanos de Entre Ríos, 1995, pp. 127-130).

4. Vélez así lo dice en su nota al art. 3639: "La firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido; es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad. Regularmente la firma lleva el apellido de la familia; pero esto no es de rigor si el hábito constante de la persona no era firmar de esta manera. Los escritores franceses citan el testamento de un obispo, que se declaró válido, aunque la firma consistía únicamente en una cruz seguida de sus iniciales, y de la enunciación de su dignidad. Véase Demante, t. 4, núm. 115 bis, § 3".

5. En una de las dos ponencias que presenté en la Comisión II –que trató el tema "Nulidad o anulabilidad por razones instrumentales" y de la que fui relator ante el plenario– de la Jornada 25 Aniversario del Colegio de Escribanos de Entre Ríos (Paraná, 10-14 de marzo de 1970).

6. No digo "puño" –como alguien sugirió– porque hay quienes firman con la boca o con un pie.

Texto sugerido:

> La firma es todo autógrafo escrito como tal e implica la asunción de la declaración expresada en el texto al que accede.

2.2. Instrumentos públicos

Artículo 289

> Enunciación. Son instrumentos públicos:
> a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios;
> b) los demás instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes;
> c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión.

Se ha mejorado la enumeración del artículo 979 del ex Código Civil, de cuyos diez incisos la doctrina se había disconformado solo con el 3º (referido a los asientos en los libros de los corredores). Por mi parte, además, descalifiqué del 5º al 9º, sosteniendo que en verdad son instrumentos públicos únicamente los mencionados en los incisos 1º, 2º, 4º y 10º, acorde al concepto que se podía extraer del artículo 993.[7] ¿Cuáles son, para mí, los tres requisitos esenciales del instrumento público?:

1) **Autoría de un oficial público** –entendido como el funcionario investido específicamente de la función "factidiccional" (potestad de declarar hechos por él sensorialmente percibidos, con autoridad de fe pública[8])–. Al respecto, señalo que el Código Civil y Comercial menciona correctamente, en su artículo 2646, verdaderos oficiales públicos ante quienes puede formalizarse un testamento (escrito) hecho en país extranjero por un argentino o por un extranjero domiciliado en nuestro país.[9]
2) **Forma escrita**: No hay instrumentos públicos orales, ya que con tales documentos se tiende a lograr –amén de la certeza del acaecimiento de los hechos– la perdurabilidad de esa certidumbre.
3) **Contenido "factidiccional"**: constituido por declaraciones coetáneas de hechos sensorialmente percibidos por el autorizante.[10] Siendo así, el inciso c) –tomado del 5º de dicho artículo 979 (que son títulos de circulación pública

7. Art. 993 CCIV: "El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia".

8. Y no cualquier otra función, por elevada que ella sea (*v. g.*: la de declarar el derecho). Sobre este punto, remito a mis "Reflexiones en torno al concepto de instrumento público", conferencia dictada en la Academia Matritense del Notariado el 18/5/1995 (publicada en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 35, 1996, pp. 511-526).

9. Art. 2646 CCCN: "… un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios o un cónsul…".

10. Por ello, considero que la aserción con la que concluyen las "actas de notoriedad" –en las que el escribano da por notorio cierto hecho o circunstancia– no observa este requisito, por constituir un **juicio de valor** (*v. g.*: Ley 404 de la CABA, art. 88, inc. d): "Finalmente, si, a su criterio, los hechos hubieren sido acreditados, **así lo expresará en el acta**, previa evaluación de todos los elementos de juicio que hubiere tenido a su disposi-

que no contienen una coetánea declaración de un oficial público de hechos sensorialmente percibidos por él)– no enuncia instrumentos públicos en sentido estricto –acorde a mi sistematización tripartita: a) por la protección penal, b) por su origen, y c) en sentido estricto– (clasificación que C. Pelosi, después de repasar las de varios autores,[11] afirmó generosamente que es "la mejor lograda").

Texto sugerido:

> Son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b) los otros instrumentos que autorizan los escribanos y los funcionarios **investidos de potestad fedante**. Los documentos autorizados por los demás funcionarios públicos únicamente gozarán de plena fe en cuanto al lugar, fecha y autoría y, en relación al contenido, sólo de presunción de veracidad, hasta la simple prueba contraria.

Artículo 290

> Requisitos del instrumento público. Son requisitos de validez del instrumento público: […]
> b) las firmas del oficial público,

Siendo la firma del oficial público, como se ha visto, uno de los requisitos esenciales del instrumento público –ya que, sin ella, como expresa Vélez en la nota al artículo 987 de su Código, aquel "no tiene ni la apariencia de un instrumento público"– **debe suprimirse su mención**.

> *[290 b]** de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos.

La redacción es innecesariamente farragosa, por lo que debe substituirse por otra de mayor claridad. Además, creo que vuelve a incurrirse en la confusión que advertí en el artículo 988 del ex Código Civil entre el "negocio contenido" y el "instrumento" (o "acto público factidiccional"). En efecto: si A le ofrece en venta a B un inmueble, y B no contesta ni firma, no cabe duda de que no existe compraventa; pero tampoco la hay, para mí, de que la oferta queda autenticada.[12]

---

ción…". Remito a la introducción y a la nota 6 de mi estudio "Invalidez de los instrumentos notariales" (*vide* mi obra *Teoría general del acto notarial y otros estudios*, t. II, Paraná, [ed. del autor], 2006, pp. 31 y ss.).

11. Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 104-106.

12. *Vide* "La falta de algunas firmas, ¿provoca siempre la invalidez del instrumento público?", en mi ya citada obra (cfr. nota 10), t. II, pp. 139 y ss.

* Se indica el número de artículo y el inciso entre corchetes. El mismo criterio se utilizará en adelante para aquellos artículos cuyo análisis se realice por partes.

Texto sugerido:

> Requisitos del instrumento público. Son requisitos de validez del instrumento público: […] b) Que lleve las firmas de los comparecientes. En caso de faltar algunas de ellas, el juez podrá resolver la validez parcial del instrumento y del negocio jurídico contenido respecto de los firmantes.

Artículo 291

> Prohibiciones. Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados.

No mantiene la excepción dispuesta en la segunda parte del artículo 985 del ex Código Civil[13]. Además, omite legitimar al notario para autorizar actos unilaterales en los que tenga interés personal.[14]

Artículo 292

> Presupuestos. Es presupuesto para la validez del instrumento que el oficial público se encuentre efectivamente en funciones. **Sin embargo**, son válidos los actos instrumentados y autorizados por él antes de la notificación de la suspensión o cesación de sus funciones hechos conforme a la ley o **reglamento** que regula la función de que se trata.

Un requisito de validez del acto es que el oficial público esté efectivamente en funciones. ¿Y por qué son válidos los actos antes de la notificación del cese? Por la misma razón: porque está efectivamente en funciones –como disponía el artículo 983 del ex Código Civil–; por tal motivo, "sin embargo" no procede. Además, si antes de la notificación son válidos, pregunto: ¿y después de ella? Podría inferirse que –según el Código Civil y Comercial– son **inválidos**, aunque verdaderamente –como ya he explicado– después de la notificación **ya no hay "acto del oficial público"**.

Asimismo, la remisión a las reglamentaciones me parece peligrosa. Sobre la base de la nota al artículo 997 del ex Código Civil –que mencionaba "las leyes y las ordenanzas municipales"–, pienso que hay que mantener el requisito de que se trate siempre de tales normas **de superior jerarquía** (sin perjuicio de que el Código pueda remitir expresamente a la legislación local la reglamentación de algún aspecto).

Artículo 293

> Competencia. Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado.

13. Remito a mi trabajo "¿Qué dice el artículo 291 del Código Civil y Comercial?", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 18/9/2015 (t. 2015-E, p. 819; cita online AR/DOC/3183/2015).

14. *V. g.*: conferir un poder o formalizar su testamento, como está dispuesto en el art. 139 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado de España, con la usual fórmula "Por mí y ante mí".

Este artículo comienza con un mal título –"competencia" (ya que se refiere a eficacia)– y continúa igual, al emplear el vocablo "jurisdicción", que técnicamente significa la potestad de los jueces de declarar el derecho.[15] Además, la norma es innecesaria, ya que reproduce el texto que el artículo 68 de la Ley 24441 agregó como párrafo final al 980 del ex Código Civil.

Finalmente, sumo a tales razones la de que constituye una innecesaria reiteración de lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Nacional, que comienza así: "los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás", principio categórico que parece entenderse como que no gozan de ella en la misma en la que fueron formalizados (me refiero a los estudios de título[16]).

Por todo ello, considero que este artículo debe ser eliminado.

Artículo 294

> Defectos de forma. Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas.

Uno lo lee y parece correctísimo. Pero hay varios aspectos observables. El primero, de redacción: antes de las firmas "requeridas". Se puede haber requerido una firma y la persona no firmar; basta decir, entonces, "antes de las firmas". Además, repruebo otras cuestiones de mayor importancia: me pregunto, ¿cuáles son las partes esenciales?, ¿con qué procedimiento se "salva", mecanografiado o manuscrito?, ¿quién salva, el oficial público o su secretaria?

Finalmente, algo increíble: si así no se hace, carece de valor el instrumento público. Creo que no se ha advertido que esto es en verdad gravísimo: si no está salvada alguna enmendadura, entrelineado o testadura, el instrumento carece de validez. Ello significa que si a una escritura perfecta el deudor hipotecario –por ejemplo– le escribe algo entre líneas en parte "esencial", el instrumento deja de valer (porque lo agregado está sin salvar). Analicemos el asunto: si al mencionarse el monto la escritura, se dice "trescientos mil dólares", se testa la frase y se pone entre líneas "cincuenta mil pesos", ¿qué es lo que corresponde que ocurra? Que lo que está testado valga y la testadura no, por no estar salvada, y que el entrelineado no valga, porque no está salvado, **pero jamás que carezca de validez el instrumento**. Creo, además, que es de una gravedad extraordinaria que directamente –copiando el artículo 270 del Proyecto de 1998, que cuestioné muy severamente en la ya citada conferencia de 1999– se disponga la **nulidad**, mientras que el artículo 989 del ex Código Civil –que también critiqué– solo preveía su **anulabilidad**. Pero debo resaltar que fue el mismo Vélez quien expresó –con certera racionabilidad, en la nota al artículo 3640– que si en un testamento ológrafo hay algo escrito por mano extraña sin orden del testador, el testamento no queda invalidado, "porque no se puede dar a un tercero la facultad de anular por ese medio un testamento regular".

Por ello, considero que este artículo **debe suprimirse**.

15. Ese error se reitera en este Código varias veces (p. ej.: arts. 196, 214, 320, 511, 561, 716, 1235, 1970 y 2075).

16. Sobre ellos versa mi trabajo "Estudio de títulos y responsabilidad notarial", en *Revista del Notariado*, Nº 852, 1998, pp. 27-33.

> *[294]* El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes.

Texto sugerido:

> Defectos de forma. El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes, **excepto si se trata de la inobservancia de una forma esencial**.

La excepción que propongo incorporar refiere a los casos en que la forma del instrumento público es impuesta *ad solemnitatem* –como todavía algunos gustan decir–, por lo que no cabría la conversión substancial. Así lo disponía el artículo 1810 del ex Código Civil y ahora el 1552 del Código vigente: "Forma. Deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias" (normas con las que se ejemplifica –también con mi solitaria disidencia[17]– aquella especie).

Artículo 296

> Eficacia probatoria. El instrumento público hace plena fe:
> a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal;

Constituye un evidente progreso:

a) La aclaración de que no basta la mera **interposición** de la acción de falsedad, sino que –como se propició en el artículo 94 del Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales– es menester la **declaración** en tal sentido.
b) La expresa inclusión de la **data** o **fecha**, palabras que refieren, vale aclararlo, a **tiempo y lugar**.

Sin embargo, se substituye el vocablo "acción" –también presente en el artículo 993 del ex Código Civil– por "juicio", lo que –lejos de reducirse a un tema de mera redacción– constituye una relevante cuestión **conceptual y práctica**, al habilitar las vías de la **excepción** y la **reconvención**.

> *[296]* b) en cuanto al contenido de las declaraciones

Observo: "**de los demás intervinientes**".

> *[296]* sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.

17. Remito a mi artículo "Algunas disquisiciones sobre la forma jurídica", en *Revista del Notariado*, Nº 850, 1997, pp. 23-47.

Esto es lo que denomino "fuerza probatoria provisional", de la que gozan las declaraciones **de las partes** sobre hechos que en forma **directa se vinculan al acto que hace al objeto principal** (a pesar de que el art. 995 del ex Código Civil rezaba "hacen plena fe […] no sólo entre las partes sino también respecto de terceros"). Con aquella expresión, quiero significar que **se tienen por verdad hasta la simple prueba en contrario** (*v. g.*: cuando las partes dicen que el precio ya se pagó o declaran que ya se hizo la tradición del inmueble). De no darse esa **directa relación con el acto jurídico formalizado**, dicha presunción –*iuris tantum*– no opera.

Artículo 297

> Incolumidad **formal**. Los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron **u otorgaron** el acto siendo víctimas de dolo o violencia.

Esta norma también comienza con un mal título, ya que la incolumidad que trata no refiere a la forma sino a la substancia, por lo que propongo suprimir su calificación. En cuanto al texto, mejora la redacción del artículo 992 del ex Código Civil, que empleaba inadecuadamente el término "testificaron" (ya que el oficial público no testifica). Pero también lo empeora, al agregar "otorgaron" –que es lo que hacen las partes, a quienes no se les aplica la prohibición–, omitiéndose "autoriza" (que es, precisamente, el quehacer del oficial público).[18]

2.3. Escritura pública y acta

Artículo 299

> Escritura pública. Definición. La escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que **contienen**

Debe utilizarse el singular, porque refiere a "la escritura" y al "instrumento matriz".

> *[299]* uno o más actos jurídicos. La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden **los escribanos**…

Debe agregarse "y funcionarios" (me refiero, obviamente, a los que pueden expedirlas).

> *[299]* es instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz. Si hay alguna variación entre ésta y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la **escritura** matriz.

Esto es correcto en la medida en que recoge la distinción entre escrituras públicas y actas (las cuales –como también pueden labrarse en escrituras– fueron denominadas

18. Remito a mi conferencia de 1999 (cfr. nota 2).

por Pelosi "escrituras-actas"). Por mi parte, señalo que lo que se autentica –siempre y en todos los casos, incluso en las escrituras– son solo **hechos sensorialmente percibidos**, como lo decía claramente el artículo 993 del ex Código Civil.[19]

En punto al quid de la distinción entre ambas especies instrumentales, sostuve –mientras regía aquel código (y con el actual, lo sigo haciendo)– que en las **actas** los hechos pueden configurar tanto **actos jurídicos en sentido lato** (los del art. 899 del ex Código Civil: *v. g.*: acta de los trabajos que ordeno para evitar el derrumbe de una construcción en el predio lindero) cuanto **actos jurídicos en sentido estricto** (los del ex artículo 944; p. ej.: actas de notificación o intimación). Y que en las **escrituras** se formalizan **negocios jurídicos**, expresión que no es equivalente a la de "acto jurídico" –como supone la doctrina nacional–, sino que corresponde –según he propuesto– a **una especie de dicho género**, que constituye **la máxima manifestación de la autonomía privada**.[20]

Artículo 300

> Protocolo. El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto.

Se omite algo importante: la anexión "por disposición del notario", como lo hacía el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales (art. 16-I-4), lo que me parece importante.

> *[300]* Corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo.

Destaco que la más remota fuente de esta norma –muy anterior al Proyecto de 1998– es el artículo 16-II del Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales, que prudentemente agregaba: "Podrán establecer la división del protocolo **exclusivamente sobre la base del contenido o clase de los documentos**" (y no, p. ej., uno para el titular y otro para el adscripto).

Artículo 301

> Requisitos. El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes,

Esto es obvio, dado que se trata de **hechos que debe percibir**.

19. Remito a la conferencia que dicté en 1995 (cfr. nota 8).

20. *Vide* mi tesis doctoral "El concepto de negocio jurídico" (Primer Premio en el concurso "José María Moreno", bienio 1999-2000).

> *[301]* sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes.

No es necesario enumerarlos, ya que todos son "comparecientes".

> *[301]* Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente.

Estas son meras recomendaciones igualmente innecesarias, dado que se sobrentienden. En efecto: si presto la función, es que considero que están dados dichos presupuestos y elementos (que fui el primero en calificarlos y enumerarlos en forma sistemática y completa).[21]

> *[301]* Las escrituras públicas, que deben **extenderse**

Para evitar interpretaciones como la de Llerena –basadas en la quinta acepción del vocablo: "poner por escrito"–, es mejor "otorgarse y autorizarse".

> *[301]* en un único acto, pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse mecanismos electrónicos de procesamiento de textos, siempre que en definitiva la redacción resulte estampada **en el soporte exigido por las reglamentaciones**, con caracteres fácilmente legibles.

Reitero lo de las "reglamentaciones", advirtiendo que ahora la cuestión es más grave, ya que el Código Civil y Comercial se aparta aquí de la fórmula empleada en su propio artículo 292 ("la ley o reglamento"), eliminando "la ley".

> *[301]* En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas **en presencia del notario**,

Reitero que esto es obvio.

> *[301]* los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día **de su otorgamiento**.

Me parece sobreabundante; basta "del mismo día".

> *[301]* Este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto **definitivo** al tiempo de la primera firma.

Si se modifica el texto, es que no era **definitivo**. Lo que se quiere decir es que **no se lo puede modificar luego de la primera firma**, idea que se halla en el artículo 34 del Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales.

21. Remito a mi ya citada *Teoría general* (cfr. nota 10).

Artículo 302

Idioma. La escritura pública debe hacerse en idioma nacional.

Tal como ocurría con el ex Código Civil (art. 1004), la escritura en otro idioma hoy tampoco es nula, al no estar expresamente incluida como causal de invalidez.

[302] Si alguno de los otorgantes declara ignorarlo, la escritura debe redactarse conforme a una minuta firmada, que debe ser expresada en idioma nacional por traductor público, y si no lo hay, por intérprete que el escribano acepte. Ambos instrumentos deben quedar agregados al protocolo. Los otorgantes pueden requerir al notario la **protocolización**

Se trata de "incorporación", "agregación" o "anexión" al protocolo, ya que no es por orden judicial. Esta necesaria distinción la efectúa –por ejemplo– la Ley 6200 de la provincia de Entre Ríos en el artículo 63.[22]

[302] de un instrumento original en idioma extranjero, siempre que conste de traducción

Se recoge la observación que efectué al artículo 279 del Proyecto de 1998, proponiendo que **siempre debía ser traducido**.

[302] efectuada por traductor público, o intérprete que aquél acepte.

En los **dos casos en que el notario puede aceptar un "intérprete"** –que no es "traductor público"–, ¿por qué no se mantiene la posibilidad de que él mismo lo traduzca?

Pese a que el Código hoy en vigor no contiene una disposición similar a la del artículo 275 del Proyecto de 1998, que fuera agregada al artículo 997 del ex Código Civil por el 69 de la Ley 24441,[23] tan discutible norma continúa vigente, ya que el Código Civil y Comercial solo derogó los artículos 1 a 26 de aquella ley.

Artículo 303

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

22. Art. 63, Ley 6200 Entre Ríos: "La protocolización de documentos públicos o privados decretados por resolución judicial en los términos del Código Civil así como las incorporaciones requeridas por particulares o dispuestas por otras leyes para darles fecha cierta o con otros motivos…".

23. Art. 997 CCIV (párr. incorporado por Ley 24441): "Cuando un acto fuere otorgado en un territorio para producir efectos en otro, las leyes locales no pueden imponer cargas tributarias ni tasas retributivas que establezcan diferencias de tratamiento, fundadas en el domicilio de las partes, en el lugar de cumplimiento de las obligaciones o en el funcionario interviniente".

Si bien se mejora la redacción del artículo 280 del Proyecto de 1998, receptándose mi postura acerca de los **espacios en blanco** y la inclusión de las **iniciales**, no se extiende a **los elementos esenciales del instrumento** (*v. g.*: la "data", que no lo es del acto jurídico).

Artículo 304

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

Este párrafo me llevó a preguntar: ¿cómo pueden los "**dos testigos** […] dar cuenta del **conocimiento y comprensión** del acto" por parte del otorgante?, ¿por telepatía? Y, además y muy importante: ¿de qué manera puede **el notario verificar la idoneidad de dichos testigos** para tal afirmación (o sea, que son sujetos "telepáticos")?

> *[304]* Si es alfabeta, además, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella **y el escribano debe dar fe de ese hecho**.

Es obvio, por lo antes señalado.

> *[304]* La minuta debe quedar **protocolizada**.

Amén de reiterar que se trata de **anexión** al protocolo, señalo que, tratándose de un otorgante **alfabeto**, resulta **innecesaria** la minuta. En efecto: basta que aquel suscriba la escritura, lo que significará indudablemente que allí se expresa lo que declaró, ya que –de no ser así– no habría firmado.

Artículo 305

> Contenido. La escritura debe contener: […]
> c) la naturaleza del acto y la **individualización** de los bienes que constituyen su objeto;

Me parece mucho mejor "determinación de los bienes", como se expresaba en el artículo 23-5 del Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales.

> *[305]* d) la constancia **instrumental**

Es obvio, ya que **es la única forma de hacer constar algo en el "contenido" de la escritura**.

> *[305 d]* de la lectura que el escribano debe hacer **en el acto del otorgamiento de la escritura**;

Sugiero "del **texto proyectado**", ya que debe hacerse **antes** del otorgamiento, lo que significa que **aún no hay escritura**. Señalo, asimismo, algo **mucho más importante**:

se omite mi sugerencia de dejar en claro que dicha lectura deba hacerla el notario **a los comparecientes**, y no –por ejemplo– para sí, sin pronunciar palabra.

> e) las enmiendas, testados, borraduras, entrelíneas, u otras modificaciones efectuadas al instrumento en partes esenciales, que deben ser realizadas de puño y letra del escribano y antes de **la firma**;

Observo: "Las firmas", en plural.

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

Observo, en general, que se receptan las siguientes propuestas de correcciones que –acerca del artículo 282 del Proyecto de 1998– efectué:

- Respecto del inciso b): "apellidos" (en plural), la supresión de humanas, las constancias del número del DNI y del domicilio, que solo se exigían para el firmante a ruego y los testigos.
- Respecto del inciso f): Amén de que debería mejorarse la redacción, corresponde agregar cuál dedo y de qué mano es la impresión digital, suprimiéndose lo de la firma omitida y en presencia del escribano.

No han sido acogidas las siguientes sugerencias: constancia de los datos del mero compareciente y la que efectué acerca de limitar la constancia a la causa próxima que impide firmar (la que ahora resulta sustituida, en el inciso f, por una manifestación del imposibilitado). Además –modificando incorrectamente, a mi juicio, el Proyecto de 1998–, el Código Civil y Comercial reemplaza "las firmas" por "la firma" –ya que habrá al menos dos: la del otorgante, si es el único, y la del notario– en el inciso e) y también en el f), donde es claro que así igualmente ocurrirá, en el que tampoco se exige ningún dato identificatorio de esa "otra persona" firmante a ruego.

Artículo 306

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

En cuanto al inciso a), me referiré primeramente a algo que se repite entre notarios: que gracias a él, **ahora ya no es posible que el escribano pueda incurrir en "falsedad ideológica"**. Lamento muchísimo verme obligado a desilusionar a quienes crean que es así, con un simple ejemplo: si el escribano conoce a A, quien justifica su identidad con el DNI de B que aquel le presenta, su conducta –consistente en una divergencia

dolosa entre lo percibido y lo declarado[24]– encuadra estrictamente en el respectivo tipo penal.

Por lo que hace a la agregación al protocolo de las copias certificadas, se trata de una curiosa exigencia que tampoco se le impone a ningún otro oficial público (sean, por poner solo dos ejemplos, los secretarios judiciales en las audiencias o los funcionarios del Registro Civil al celebrar matrimonios), quienes no suelen ser denunciados como falsarios. Y –a pesar de que el notariado la aplaude con fervor, como una medida que lo favorece– tengo la convicción de que será usada siempre –se trate de un documento auténtico o falsificado– para condenar al escribano por haber sido negligente o cómplice en un ardid defraudatorio.

La redacción del inciso b) no deja duda alguna de que la supresión de la frase "el escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes" –contenida en el artículo 1001 del ex Código Civil– **no implica ningún cambio** acerca de la denominada "fe de conocimiento" (discutible y riesgosa carga que a ningún otro oficial público se le impone). En efecto: ella solo significó –para mí, desde siempre– que el notario debe decir **que lo conoce**[25]. Y si es necesario sumar un sólido argumento de autoridad, recurro al artículo 24 del Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales: "El notario afirmará en la escritura que conoce a los otorgantes".

Finalmente, **se suprime** –sin que razón alguna lo justifique, implicando un lamentable retroceso– la individualización por los testigos de conocimiento que mantenía el Proyecto de 1998 en su artículo 283 y sostuvo esta Academia en 1999 (sugiriendo la agregación del párrafo "quienes justificarán su identidad por uno de los medios establecidos"). Defendí esa postura –además, para los casos improbables pero no imposibles de carencia de documento legalmente idóneo de alguien no conocido por el notario– en 2006[26].

Artículo 307

> Documentos habilitantes. Si el otorgante **de la escritura** es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento **original** que lo acredite,

La expresión "de la escritura" debe suprimirse, por obvias razones. Además, ¿debe presentarse el **original** –o sea, la escritura– y agregarse esta, efectuando una especie de transferencia entre protocolos? El Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales mencionaba –por mi sugerencia– "documento **fehaciente**" (art. 25-I-2).

> *[307]* el que ha de quedar agregado al protocolo, excepto que se trate **de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución**,

Debe decir: "salvo que se trate de documentos que deban ser devueltos", sean poderes o lo que fueren.

24. Así defino ese delito en mi ya citada *Teoría general…* (cfr. nota 10), pto. 3.1.8.

25. "El escribano simplemente narra; el Estado le imprime un valor casi absoluto de exactitud y veracidad a la narración. Así, precisamente, se «da fe»". (*Vide* mi *Teoría general* [cfr. nota 10], pto. 2.2., *in fine*).

26. *Vide* "La reciente reforma del artículo 1002 del Código Civil", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 8/11/2006, p. 751 (cita online AR/DOC/3578/2006).

> *[307]* supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano.

También por mi sugerencia, el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales dice "u otro funcionario competente", en el artículo 25-I-2.

> *[307]* En caso de que los documentos habilitantes ya estén **protocolizados** en el registro del escribano interviniente, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año.

Reitero que no se trata de **protocolización** sino de **agregación o incorporación al protocolo**. Además, ¿realmente **basta** con lo que se indica? No lo creo, ya que es menester **confrontarlos** para estar seguro de que es el mismo documento y que no tiene alteraciones. Cuando redactábamos el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales, mi idea fue receptada en su artículo 25-III, disponiendo que el escribano deberá "tenerlo a la vista", lo que significa que no es suficiente la simple remisión al lugar donde se encuentre agregado. Se omite prever que los representantes de entes de derecho público podrán ser legitimados por notoriedad, como lo hace el Anteproyecto en el artículo 25-I-1.

Artículo 308

> Copias o testimonios. El escribano **debe dar** copia o testimonio de la escritura a las partes.

Salvo que las copias deban inscribirse, ¿siempre y obligatoriamente –aunque nadie lo solicite– debe darse una de ellas a cada persona con derecho a solicitarla (*v. g.*: las cuatro que intiman y las cinco que son intimadas? Porque el artículo 1006 del ex Código Civil decía que se las debía dar "a las partes que lo pidiesen"; y el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales también impone la solicitud (art. 90-I).

> *[308]* […] Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes. En este caso, se debe requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico.

Tengo bastante para puntualizar aquí, ya que este tema me toca muy de cerca. En efecto: en 1970[27] me impuse desentrañar el sentido del artículo 1007 del ex Código Civil, cuya nota remite a "L.5, Tít. 23, Lib. 10, Nov. Rec." (Ley 5 del Título 23 del Libro 10 de la Novísima Recopilación, que constituye el Capítulo V de la Pragmática de Alcalá[28]), concluyendo en que solo es necesaria la autorización judicial cuando –en virtud de la nueva copia– pueda exigirse nuevamente el cumplimiento de la obligación (imaginé un ejemplo en que ella se convierte en una especie de "título-valor",

27. *Vide* "Algo más sobre segundas o ulteriores copias (o la importancia de las fuentes y las comas)", en *Revista del Notariado*, Nº 716, 1971, pp. 455-466.

28. La que doña Isabel la Católica dictó el 7/6/1503 (y en cuyo Capítulo I impuso el protocolo).

como antes lo era la "carta" de Las Siete Partidas): reconocimiento de deuda por escritura pública, con la expresa constancia de que la misma será satisfecha a la presentación de la primera copia, y contra entrega de esta, que oficiará de recibo.

Esta tesis no se recoge en el Código Civil y Comercial, pero sí ya lo ha sido en la legislación de la provincia de Entre Ríos, en los artículos 85 de la Ley 6200 y 807 del Código Procesal Civil y Comercial. Además, omite legislar sobre la **copia simple** y no se establece la **verdadera diferencia** de ellas con las **primeras o ulteriores**[29], consistente en que si bien **todas las copias** –incluso las "simples"– **prueban** la existencia y contenido de la matriz, **las copias simples no la subrogan en su eficacia**, lo que sí ocurre con las primeras y ulteriores. Esta postura, que fue receptada en el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales (arts. 85 y 86) y en la Ley 6200 de Entre Ríos (art. 90), no lo ha sido, lamentablemente, en algunos fallos de la Cámara Civil de la Capital Federal, en los que se sostuvo la siguiente doctrina:

> La fotocopia autenticada con su firma por el escribano que intervino en su otorgamiento, quien ha certificado que cada hoja por él suscripta es copia fiel y auténtica del original que ha tenido a la vista, es instrumento hábil para promover una ejecución hipotecaria […] la simple copia carbónica de un contrato hipotecario, autorizada por el escribano, es hábil para promover la ejecución…[30]

Distingo, además, la "copia simple" –que es un documento notarial y, por ende, "fehaciente"– de la "simple copia", que es la que hace cualquier persona, escribiendo lo que un documento expresa (copia que, obviamente, ni prueba ni subroga).

Artículo 309

Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas,

Se omite excepcionar los casos en que el lugar o el tiempo pueden **inferirse**, como propuse ya[31]:

- *Lugar inferido*: "Ciudad Capital del Distrito Tal, del Departamento Z, de la provincia X".
- *Tiempo inferido*: "En el sesquicentenario de la Revolución de Mayo" o "el Viernes Santo del año en curso". Y un caso más extremo aún: a pesar de que no se mencione la fecha, sostengo desde entonces que si la escritura anterior y la posterior son del 3 de febrero, la intermedia es de ese mismo día.[32]

29. La di a conocer en la conferencia "El artículo 1008 del Código Civil", que dicté 1972 en la ciudad de Rosario –con los auspicios del Instituto de Derecho Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2ª Circunscripción– y que reiteré en la sesión del Ateneo del entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial el 26/11/1973 (cuyo texto está publicado en mi ya citada obra [cfr. nota 10], t. II, pp. 321 y ss.).

30. Así se decidió en CNCiv., Sala F, 21/10/1996, "Vijnovich, Boris c/ Benmaman, León y otros". En nota al fallo, Ricardo J. Blanco Lara menciona la coincidente tesis que Highton –que integraba el tribunal– sustenta en su obra *Juicio hipotecario* (Buenos Aires, Hammurabi, 1994, t. 1, p. 103). (*Vide Revista del Notariado*, Nº 849, pp. 185-191, con transcripción del texto completo). En similar sentido hubo pronunciamiento en CNCiv., Sala D, el 9/10/2002, "Miguel, Raúl A. c/ Banda, José D. y otro" (publicado a texto completo en *Revista del Notariado*, N° 872, pp. 103-104, con nota a fallo de María V. Gonzalía).

31. Ver mi *Teoría general*… (cfr. nota 10).

32. Ídem, pto. 4.3.A.

En el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales mi idea fue aceptada: "no tuviere **ni pudiere inferirse** la designación del tiempo y lugar en que fue hecho" (art. 96-5).

> *[309]* […] la firma del escribano

Insisto con que sin ella **no hay documento notarial**.

> *[309]* **y** de las partes,

Critiqué la conjunción "y" utilizada, ya que engendra consecuencias ridículas: parece que para que la escritura sea **nula** deben faltar **la firma del escribano y de los sujetos negociales**, por lo que propuse que se **cambiara la "y" por la "o"**. Además –y sin perjuicio de que lo atinente a quienes no firmaron, y todo lo necesariamente vinculado a ellos, no quede autenticado–, también sostengo desde 1972 que **los demás hechos declarados por el notario gozan de "plena fe"**, postulando la **invalidez parcial** de los instrumentos públicos (o sea, de los actos factidiccionales), tema que debe analizarse **hecho por hecho** y con una muy precisa distinción **del de la nulidad del negocio jurídico** formalizado.[33]

> *[309]* la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir **y** la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida.

Aquí también cabe substituir la "y" por la "o".

> *[309]* La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.

Inobservancia del orden cronológico: Al igual que el Proyecto de 1998, el Código Civil y Comercial omite esta causal de invalidez, prevista en el artículo 1005 del ex Código Civil.[34]

Artículo 310

> Actas. Se denominan actas los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos.

En armonía con la noción de **escritura pública** que propuse al analizar el artículo 299, sugerí en la misma conferencia[35] que debía agregarse al final del texto del que ahora analizo "**que no configuran negocios jurídicos**".

33. Ídem, pto. 3.4.

34. Art. 1005 CCIV: "Es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía ser hecha".

35. Cfr. nota 8.

Artículo 311

> Requisitos de las actas notariales. Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones:
> a) se debe hacer constar el **requerimiento** que motiva la intervención del notario y, en su caso, la manifestación del requirente respecto al interés propio o de terceros con que actúa;

Siendo el **requerimiento** –aun implícito– **una exigencia común a todos los documentos notariales**, señalo que lo que se debe hacer constar es el **objeto** de dicha rogatoria.

> *[311]* […] f) no requieren unidad de acto ni de redacción; pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, **pero en el mismo día**, y pueden separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico;

Aunque sé que algunos profesores enseñan que debe interrumpirse el acto a la hora 24, pasarse las notas tomadas al protocolo –si aún no lo están–, leerse y firmarse, y luego continuar en la siguiente acta –a partir de la hora 0:15, por ejemplo–, considero errada dicha tesis (y, en algunas situaciones, hasta absolutamente impracticable[36]). Por mi parte, pienso que la expresión "pero en el mismo día" significa aquí **dentro del mismo día de finalización del acto notarial**, como frecuentemente ocurre en las audiencias judiciales y en las sesiones de comisiones legislativas del Congreso Nacional o de las legislaturas provinciales (donde el procedimiento que impugno no se observa, pasándose sin interrupciones de un día al siguiente).

> *[311]* g) pueden autorizarse aun cuando **alguno de los interesados rehúse** firmar.

Debe utilizarse el plural: "**algunos de los interesados rehúsen**", ya que pueden ser varios.

Advierto: A pesar de que el Código vigente no reproduce el contenido del artículo 288 del Proyecto de 1998, que –siguiendo la prevalente tendencia del notariado de la Capital Federal, receptada en el despacho de la XIII Jornada Notarial Argentina (Santa Fe, septiembre de 1970)– disponía: "Sólo las actas protocolares tienen el valor probatorio de los instrumentos públicos", pienso que el inicio del precepto que estoy analizando ("Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones") no implica la prohibición de su existencia, por no referir a la **forma** sino a otros aspectos. Y lo demuestro así: en el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales se dice lo mismo[37] **y hay actas extraprotocola-**

36. Imaginemos lo que podría ocurrir de procederse así durante una asamblea de gran tensión en un club, un consorcio o un sindicato.

37. Art. 42 del Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales (cfr. nota 1): "Las actas que constituyen documentos matrices están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones…".

res[38]; y también lo decía el Proyecto de 1998, que **las prohibía expresamente** (lo que no hace el Código Civil y Comercial).

Artículo 312

> Valor probatorio. El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario **tiene a la vista**, a la **verificación de su existencia y su estado**. En cuanto a las personas, **se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten**. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial.

Como esta norma exhibe –amén de ciertas falencias conceptuales– una muy lamentable redacción, propongo la substitución de las siguientes expresiones:

– "tiene a la vista" por "**percibe**" –palabra más precisa y abarcadora de todos los sentidos–, seguida de la conjunción "**y**";

– "a su identificación si existe" por "**a su identificación y existencia**", concluyendo en un punto, a continuación del cual la oración sería: "**Debe** dejarse constancia de **los juicios y declaraciones** que **se** emitan, las cuales [o sea, solo las declaraciones] deben referirse como meros hechos, sin contenido negocial". Como la palabra "circunscribe" aparece repetida, sugiero reemplazarla la segunda vez por "limita".

2.4. Instrumentos privados y particulares

Artículo 313

> **Firma de los instrumentos privados**. Si alguno de los firmantes de un instrumento privado **no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento**.

No se comprende a qué apunta este artículo, ya que:

1) El epígrafe resulta redundante.
2) Contradice la noción de "firma" plasmada en el artículo 288 ("Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo", obviamente autógrafo del firmante).
3) Desconoce la naturaleza del "instrumento privado", cual **especie del género** "instrumentos particulares", según surge del artículo 287 del mismo Código.[39]

En consecuencia, se aparta –sin base alguna– de la tradicional y correcta caracterización plasmada en el artículo 1012 del ex Código Civil, que disponía que la firma "es una condición **esencial** para la **existencia** de todo acto bajo forma privada" (significando que un escrito no firmado **no es "instrumento privado"**). **Sugiero suprimirlo**.

38. Art. 41 del Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales (cfr. nota 1): "Las actas pueden ser protocolares y extraprotocolares…".

39. Art. 287 CCCN: "Instrumentos privados y particulares no firmados. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, **se llaman instrumentos privados**".

Artículo 315

> […] Cuando el documento firmado en blanco es sustraído **contra la voluntad de** la persona que lo guarda, esas circunstancias pueden probarse por cualquier medio.

Dado que "sustraer" lleva implícita la idea de una acción fraudulenta –que, obviamente, se efectúa contra la voluntad del perjudicado (por lo que está de más explicitarlo)– y considerando que, además, debe preverse la **pérdida** del documento, propongo la siguiente redacción: "Cuando el documento firmado en blanco le es sustraído **a** la persona que lo guarda **o ésta lo pierde**, esas circunstancias pueden probarse por cualquier medio".

Artículo 317

> Fecha cierta. La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después.
> La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez.

Esta norma padece del mismo defecto de los artículos 1034 y 1035 del ex Código Civil: ¿se trata realmente de **fecha cierta**, lo que significa **absoluta certidumbre del lugar y día en que fueron hechos los documentos?** Sostengo desde hace muchos años[40] que no, señalando que se trata de casos que en que solo se acredita **la existencia de tales documentos a esa fecha** (o sea, de una cierta fecha), careciendo de la **incontrovertible certeza** que dan a ese respecto los instrumentos públicos.

2.5. Acerca de la forma del apoderamiento

Artículo 363

> Forma. El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar.

Este artículo –que luce original, ya que el Proyecto de 1998 no contiene una norma similar ni en el capítulo de la forma de los contratos[41] ni en el del mandato[42]– apa-

40. "Que el documento adquiera existencia cierta a esa fecha no lo transforma en «público»", dije en la mencionada conferencia de 1995, agregando lo que se recoge como nota 88 en el texto publicado (cfr. nota 8 del presente trabajo): "Así lo expresamos, ya que no se le imprime certidumbre de su fecha –día, mes y año en que el documento fue hecho (o «fecho»)–, lo que propiamente constituye «fecha cierta» (cualidad de todo instrumento público). Rompiendo la unanimidad que exhibe la dogmática nacional, pensamos que los casos descriptos en el artículo 1035 del Código Civil no son de «fecha cierta» sino de existencia cierta a esa fecha, como decimos en el texto (o –según nueva denominación que proponemos– de «cierta fecha»)".

41. Arts. 958-961.

42. Arts. 1241-1257.

renta ser muy criterioso. Sin embargo, omite algo que –con toda razonabilidad– estaba dispuesto en el inciso 7 del artículo 1184 del ex Código Civil, que imponía la forma de la escritura pública para los "poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes", por lo que propuse –como aspiración mínima– la siguiente redacción:

> *Artículo 363.* Forma. El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar. Los poderes generales o para varios negocios deben formalizarse por escritura pública, cualquiera sea su objeto.

Fundamento de la propuesta:

Resulta conveniente –especialmente por los riesgos de extravío, además de la exigencia de certeza respecto de la autoría, fecha y contenido– que los poderes que habrán de utilizarse varias veces (como los generales o para pluralidad de actos jurídicos) consten en instrumentos públicos con matricidad.

2.6. Los contratos formales

Artículo 969

> Contratos formales. Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no impongan una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato.

Este precepto –de muy cuestionable originalidad– tampoco tiene como antecedente el Proyecto de 1998, de cuyo artículo 961 –que emplea expresiones de mayor precisión conceptual– puede inferirse que llega a una conclusión que coincide con el criterio que vuelco en la siguiente propuesta.

Texto sugerido:

> *Artículo 969.* Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la ley dispone su conversión substancial por inobservancia de la forma, los contratos no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no impongan una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato.

Fundamento:

Cuando la ley impone una determinada forma para cualquier especie de acto jurídico (*v. g.*: un contrato), lo hace generalmente como **requisito de validez** –salvo expresa mención de que lo sea para su "existencia", "eficacia", "conversión" o "prueba" (como ocurría en el ex Código Civil)–, según he demostrado[43], por lo que su inobservancia acarrea la nulidad. Frente a dicha invalidez, la ley puede optar por desechar el acto o –en determinados casos, expresamente indicados– convertirlo en otro negocio, cuyo objeto es únicamente el cumplimiento de la forma omitida (ejemplificando con normas del Código velezano, eso es lo que ocurría –respectivamente– con los contratos mencionados en los artículos 1810 y 1184, dado que la conversión substancial del artículo 1185 operaba solo para estos últimos)[44].

En el Código Civil y Comercial –ya desde el anteproyecto presentado por la comisión redactora– parecen desconocerse tales mecanismos, a tenor de los textos del

43. Ver ob. cit. (cfr. nota 18); remito especialmente al punto V "La forma en el derecho", en el que me explayo acerca de las distintas "funciones" de la forma, a saber: a) para su **existencia** (para "ser"); b) para su **validez** (para "valer"); c) para su **conversión** (para "transmutar"); d) para su **eficacia** (para "trascender"); e) para su **prueba** (para "aparecer").

44. Ver ídem; transcribo, sin sus notas, el punto V.6.2. "Forma para 'valer'": "La imposición formal reviste en este caso el carácter de requisito de validez del *factum* (que –como tal– existirá, a pesar de su inobservancia). Quiere esto decir que aquí la forma impuesta no hace a la "esencia" del hecho, sino a su valor. En referencia al Código Civil argentino, ya hemos consignado que nuestra visión de los casos mentados en el artículo 1810 difiere de la de algún importante sector de la doctrina, habida cuenta que los conceptuamos de la especie que estamos analizando (y no del anteriormente expuesto). Con otras palabras: consideramos que la exigencia de la escritura pública para las donaciones 'de bienes inmuebles' o 'de prestaciones periódicas o vitalicias' (incisos 1º y 2º, respectivamente, de la citada norma) reviste idéntica naturaleza –en punto a la función de la forma impuesta– que en los once incisos del artículo 1184 del mismo código. No se nos escapa que existen diferencias entre ambas hipótesis, en tanto lo preceptuado en el artículo 1185 rige para los actos mencionados en el precedente y no para los que mienta el artículo 1810 (que expresamente excluye su aplicación). Pero nos apresuramos a señalar que esa perceptible diversidad repercute en otro elemento del acto –el contenido– y no en la forma, que es lo que estamos aquí considerando. Como el asunto ha sufrido una defectuosa inteligencia por parte de un nutrido sector de la dogmática nacional –según explicaremos más abajo– conviene que nos detengamos a exponer la interpretación que corresponde, según nuestro punto de vista. Pensamos que no cabe duda de que el artículo 1184 impone una determinada forma para los actos jurídicos que se mencionan en sus once incisos, y que su inobservancia –no obstante la supresión de la frase 'bajo pena de nulidad' por la ley Nº 17711– provoca su 'invalidez', como surge del juego sistemático de otras normas del mismo cuerpo (*v. g.*: los artículos 977 y 1044). Además, sostenemos que esos negocios 'nulos' se transforman –en virtud de lo dispuesto por el artículo 1185– en preliminares válidos, que obligan a cumplimentar la omitida exigencia formal (en el caso, la escritura pública). El fenómeno que así se verifica no es otro que el de la 'conversión substancial' del negocio, según hemos sostenido con anterioridad. Recapitulando: la diferencia entre ambos casos no estriba en la idéntica 'invalidez' negocial, sino en que en uno se produce un efecto conversivo (1184) –lo que dará lugar a otra 'función' de la imposición formal (de la que nos ocuparemos en el punto siguiente)– y en el otro no (1810) del contrato que incumple la forma impuesta. Pasando a otro asunto, no podemos dejar fuera de consideración la idea que el prestigioso González Palomino expresa en el sentido de que las formas de valer son 'un añadido al negocio mismo, algo que es sumado al negocio, posterior al negocio; por más que surjan en el mismo instante, muchas veces, negocio perfecto y forma superpuesta de eficacia'. Y ello para señalar –sin perjuicio de coincidir en punto a que en tales casos 'no cabe hablar de forma constitutiva del negocio' –que la categoría formal que estamos analizando implica –al igual que la por él denominada de ser– 'forma de la declaración', que el nombrado notarialista reserva exclusivamente a la especie 'constitutiva'. Para aclarar la cuestión, creemos que se debe tomar otro criterio distintivo: el de la función de la exigencia formal (que, como forma, en todos los casos lo es de la 'manifestación'), o –dicho de otro modo– desentrañar el 'para qué' de la imposición formal, en substitución del 'sobre qué' ella recae (ya que, invariablemente lo será el hecho). Y bien: acorde a ese fundamento funcional hemos propuesto las clasificaciones de la forma: 'para la existencia', 'para la validez', 'para la eficacia' y 'para la prueba' del *factum* (cualquiera sea su índole). Diferentes son los casos de 'tradición, publicidad, etc.' –que aquel autor incluye entre las 'formas de valer'– que en nuestro enfoque no encuadran en ninguna de las cinco especies formales señaladas (puesto que no integran el *factum*, como ya hemos explicado)".

artículo 285 y del que aquí analizo. En efecto, la oración "Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad" parece referir –por ejemplo– a los supuestos previstos en el artículo 1184, del cual la Ley 17711 eliminó la frase "bajo pena de nulidad". Sin embargo, el juego sistemático de otros artículos (*v. g.*: 976 a 978 y, especialmente, el 1044 –en tanto prescribía: "Son nulos los actos jurídicos […] cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley"–) tornó inoperante dicha supresión, por lo cual tales contratos **continuaron siendo tan nulos como antes de la reforma**. Ocurría, sí, que se trataba de casos en que se producía la **conversión substancial** del negocio inválido –como ya he explicado– y se propone en el texto sugerido.

Tal como anticipé, de la primera parte del artículo 961 del Proyecto de 1989 ("Contratos solemnes relativos. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto como formalidad solemne relativa comporta una obligación de hacer"), puede deducirse que tales actos –sin perjuicio de la señalada conversión– padecen de "originaria nulidad", como afirma también Ghersi.[45]

2.7. ¿Qué fue del testamento cerrado?

Vélez Sarsfield le dedicó a esta forma testamentaria seis artículos: el 3622 y del 3665 al 3670. ¿Cuál fue la causa de su desaparición, dispuesta ya en el Proyecto de 1998 e imitada por el hoy vigente? En los fundamentos de ambos se expresa escuetamente lo que sigue: "Se suprime la forma testamentaria denominada «testamento cerrado» por carecer de uso en la práctica y la complejidad de sus requisitos".

Al respecto, señalo que la primera afirmación no parece basarse en ninguna estadística –la que habría demostrado, por el contrario, que se sigue utilizando– y, acerca de la segunda, que podrían haberse simplificado los recaudos (al menos en cuanto al número de testigos, tal como se hizo –reduciendo de tres a dos (art. 2479)– en el testamento por acto público). A todo ello añado algo que considero de real importancia: se trata de la forma **que más ventajas ofrece**: 1) en cuanto al **secreto** de su contenido (ya que en el "por acto público" lo conocen –mínimamente– el notario, el protocolista, los testigos y, finalmente, el inspector del protocolo); 2) en materia de su **seguridad** (dado que el "ológrafo" puede ser ocultado y destruido).

De cualquier manera, creo que seguirá siendo viable entregar un testamento ológrafo en un sobre cerrado a un escribano, ya que –si bien el Código Civil y Comercial no establece cuáles son los tipos de actas– es muy probable que todas las leyes orgánicas locales continúen previéndolas –entre ellas, la de depósito (como se propuso en el Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales[46] y lo hace, p. ej., la Ley Orgánica 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires[47])–.

45. Ghersi, Carlos A., *Contratos. Problemática moderna. Nulidades contractuales y cláusulas abusivas*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 153.

46. Art. 58 del Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales (cfr. nota 1): "Actas de depósito y consignación": "I. El notario podrá documentar en acta el depósito o custodia de dinero, cosas, valores y documentos. Las circunstancias atinentes al depositante, a los fines del depósito y a la individualización de lo depositado y estipulaciones de los interesados e igualmente si lo es por plazo o no. Se exceptúa el caso en que ello pueda hacerse constar mediante certificado o recibo. II. Su admisión es voluntaria y sujeta a las condiciones que se determinen cuando no exista obligación legal".

47. Art. 21 Ley 404 CABA: "En ejercicio de tal competencia, los escribanos de registro pueden: […] c) Expedir certificados sobre: […] IV. La recepción de depósitos de dinero, valores, documentos y otras cosas".

2.8. El alcance de la forma de la dispensa de colación

Resulta notorio que –además de la forma testamentaria, la única admitida por el ex Código Civil (art. 3484[48])– el Código vigente prevé la dispensa de colación formalizada "en el acto de la donación" (art. 2385). Creo que –aunque en la nueva norma se omite decirlo– la frase transcripta precedentemente **debe ser interpretada con carácter general**, incluyendo **todos los actos que obliguen a colacionar**, como, por ejemplo, los del artículo 2461 (a los que he denominado "onerosos sospechados"[49]), tema que paso a tratar.

2.8.1. Negocios onerosos y gratuitos con legitimarios

Principios generales:

a) Los **actos onerosos puros** son **inocuos** (ya que el valor del bien que sale del patrimonio del padre, por ejemplo, se compensa con el del bien que ingresa). Solo cabe atacarlos **por simulación** (si son "inicuos"). Los coherederos pueden concurrir a su celebración, al solo efecto de manifestar "que les consta la onerosidad del acto" (ya que no consienten ni asienten).
b) Respecto de los actos **a título gratuito**, el ex Código Civil disponía: "Toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, **sólo importa una anticipación de su porción hereditaria**" (art. 3476). "**Los ascendientes y descendientes deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto**" (art. 3477).
c) Los actos **onerosos sospechados** son –en el Código Civil y Comercial– los siguientes:

Artículo 2461

> 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.

La posibilidad de que el legitimario adquirente "demuestre" que ha pagado **equivale a admitir la prueba en contrario** (a pesar de que el texto la rechaza). En consecuencia, la presunción que la norma consagra es solo *iuris tantum*. Este serio error no tiene precedentes, ya que en el ex Código Civil el carácter de la **presunción** no aparecía en el texto del artículo 3604,[50] **sino en la parte final de la nota**, donde Vélez daba su opinión (que carecía de naturaleza normativa).[51]

48. Art. 3484 CCIV: "La dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible."

49. Al exponer, en conferencias y cursos, sobre negocios onerosos y gratuitos con legitimarios.

50. Art. 3604 CCIV: "Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bie-

51. "Esta presunción es *juris et de jure* contra la cual no se admite prueba".

Imputación:

> *[2461]* El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación.

Excepción:

> *[2461]* 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.

La inclusión de los negocios **a título gratuito** no se compadece con la tipología que la norma diseña como principio general: actos "**entre vivos a título oneroso**". Además, la hipótesis de que los legitimarios **consientan** dichos negocios **gratuitos** –caso que tampoco contenía el artículo 3604 del ex Código Civil– implica admitir los **pactos sobre herencia futura**, que el artículo 1010 del Código Civil y Comercial condena expresamente.[52]

Me adelanto a aclarar que los "pactos" autorizados en la segunda parte de la norma citada no alteran mi anterior conclusión, dado que dichos pactos "son válidos […] si no afectan **la legítima hereditaria**, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros".

2.9. La transcripción del contrato de fideicomiso

Artículo 1669

> Forma. El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, **en** esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.

Hago notar que la inscripción del contrato fue incorporada al texto del anteproyecto de la Comisión por el Poder Ejecutivo Nacional.

---

nes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima".

52. Art. 1010 CCCN: "Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa. Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión 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".

Situándonos solo en los casos en que el fideicomiso **refiere a bienes inmuebles**, aparece excesiva y carente de utilidad la transcripción del contrato, dado que –por formalizarse en una escritura pública (cuyo autorizante y registro notarial, fecha, número y fojas se hallan precisamente detallados en el folio real y en la posterior escritura de transferencia)– permite una fácil compulsa del contrato de fideicomiso, de ser necesaria. Siendo así, una interpretación lógica del precepto concluiría **limitando** dicha exigencia **a los casos en que el contrato de fideicomiso se formaliza en instrumento privado**, dada la opción formal prevista en la norma. De no compartirse ese criterio, sostengo que la mencionada transcripción podría válidamente sustituirse por la **agregación o incorporación al protocolo de una copia autenticada del contrato** (con o sin entrega de un ejemplar, junto con la primera copia de la escritura), ya que –de negarse tal posibilidad– se incurriría en lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha descalificado por el vicio de "exceso ritual manifiesto" o "excesivo rigor formal".

3. La llamada "inoponibilidad" de la personalidad jurídica

A ella refiere el siguiente párrafo del artículo 54 de la Ley 19550:

> La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Basándome en que la "inoponibilidad" se predica de los **actos o negocios jurídicos** –y que jamás puede serlo un sujeto de derecho–, lamento que se haya omitido adecuar el texto a la tesis que expuse en 1973,[53] oportunidad en la que desarrollo una nueva teoría en sentido diametralmente opuesto a las doctrinas de la penetración y de la redhibición, **reafirmando la personalidad de los entes colectivos**, que –por serlo– pueden comportarse como **sujetos activos en negocios viciados** por simulación ilícita, interposición real y fraudulenta de persona o ilicitud causal, enfoque que adoptó íntegramente Zannoni siete años después.[54]

53. "Las doctrinas de la penetración y de la redhibición de la personalidad societaria, a la luz de la teoría general del negocio jurídico" (elaborado para el XII Congreso Internacional del Notariado Latino [Buenos Aires, 1-9 octubre 1973]; integra el estudio presentado por la Delegación Argentina como contribución al pto. 4 del temario, "Sociedades comerciales", pp. 207-241), en *Revista del Notariado*, Nº 735, 1974, pp. 861-888.

54. Ver Zannoni, Eduardo A., *Sociedad entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario*, Buenos Aires, Astrea, 1980, en algunas de cuyas notas y la bibliografía cita mi estudio. Existe una generalizada creencia de que dicho enfoque es original del mencionado jurista, lo que se refleja en menciones como la siguiente, efectuada en Verón, Alberto V. y Zunino, Jorge O., *Reforma al régimen de sociedades comerciales. Comentario a la ley 22903*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 54 y notas 106 y 107: «Agregando un nuevo elemento interpretativo dice Zannoni que "así como si un deudor transfiere fraudulentamente bienes de su patrimonio para quedar en insolvencia, la acción revocatoria o pauliana no pone en cuestión la 'personalidad' del insolvente –ni a nadie se le ocurriría decir que la inoponibilidad de los actos de disposición fraudulentos derivan de los 'límites normativos a su capacidad'–, de igual modo, los actos fraudulentos de una sociedad serán en su caso inoponibles, ineficaces en razón del vicio propio de aquéllos sin que esa inoponibilidad o ineficacia comprometa la disciplina normativa de la sociedad. En suma: para atacar el fraude no es conducente ni 'destruir' la personalidad jurídica ni 'reputarla ineficaz'. Lo que hay que desestimar es el 'acto', no la 'persona'"». Lo mismo ocurrió en Cám. Civ. y Com. de Concepción del Uruguay, 9/2/1979, "Morrogh Bernard, Juan F. c/ Grave de Peralta de

Morrogh Bernard, Eugenia y otros" (*La Ley*, t. 1979-D, p. 237). En efecto: el Dr. Oscar R. M. Caffa, en su voto, expresó: "Comentando precisamente este caso en *Rev. La Ley*, t. 1978-B, p. 195, Eduardo A. Zannoni propone para su solución la consideración de la interposición fraudulenta de persona". Por su parte, la eminente y siempre recordada profesora Josefa Méndez Costa –en su nota a ese fallo, publicada conjuntamente (cita online AR/DOC/11923/2001)– escribió en la segunda parte del pto. 9: "Para el caso propone Zannoni la aplicación de un concepto genérico y unitario del fraude que estaría consumado mediante la interposición real de persona. «La constitución de la sociedad es válida en las relaciones internas de los socios, apunta, pero si ella importa el medio para realizar un acto en fraude de terceros, habrá de ser inoponible respecto a éstos», lo cual «no compromete la personalidad de la sociedad como tal, ni implica plantear la desestimación de ella: simplemente, la inoponibilidad del aporte fraudulentamente realizado en perjuicio de esos herederos forzosos que reclaman la integridad de su legítima en el haber hereditario»", con cita de la obra de Zannoni en la nota 27.

¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?

Eleonora R. Casabé

RdN 924

RESUMEN

El artículo 2459 del Código Civil y Comercial pretende poner fin a la problemática de las donaciones tachadas de inoficiosas, con una calificación del efecto saneatorio que despierta dudas en cuanto a su correcta utilización. Parece ser contradictoria en su articulado, optando por una defensa a ultranza de la legítima y pretendiendo poner fin a un conflicto que podrá de algún modo enfrentar judicialmente a quienes crean legítimamente tener derechos a resguardar: poseedor donatario o subadquirente por diez años versus legitimario afectado en su porción legítima.

Sumario: ***1.*** *El origen del problema.* ***2.*** *Las posibles soluciones.* ***3.*** *La problemática en el Código Civil y Comercial.* ***4.*** *La prescripción adquisitiva.* ***5.*** *Caducidad.* ***6.*** *Conclusiones.*

1. El origen del problema

Desde hace ya muchos años, el notariado muestra su profunda preocupación por el impedimento en la libre circulación de los títulos provenientes de donaciones. Sería injusto mencionar una sola corriente interpretativa, cuando se han ensayado diversas propuestas a lo largo de tanto tiempo sin que pudiera ponerse punto final a la discusión.

El derogado Código Civil (CCIV), producto de una inmejorable redacción de Vélez Sarsfield –fiel a la filosofía de su época–, introdujo en su articulado una previsión que, lejos de simplificar las posibles situaciones de conflicto, produjo abundante y contrapuesta doctrina, a punto tal que dividió las aguas del notariado de acuerdo a la tendencia mayoritaria vigente en cada demarcación. Nos referimos al artículo 3955 CCIV, que no sufriera ninguna modificación pese a las numerosas modificaciones introducidas en el Código y que establecía:

> 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.

La problemática ha girado alrededor de la interpretación que la doctrina y alguna jurisprudencia produjeron respecto de las donaciones efectuadas a quienes serán considerados *a posteriori* legitimarios y de las realizadas a extraños, que algunos han dado en llamar "terceros".

El antecedente más importante es, sin dudas, el fallo plenario "Escary c/ Pietranera"[1], en el que se resolvió: que la acción de reducción se acuerda contra el donatario que no es heredero forzoso por inoficiosidad de la donación; que la colación tiene por objeto mantener la igualdad de las porciones legítimas entre herederos forzosos; y que la acción reivindicatoria compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación inoficiosa sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero. Bueno es recordar que, en sus consideraciones, algunos de los brillantes votos de los opinantes dejaron ya entrever lo peligroso de interpretar en forma amplia la *reivindicabilidad* de los bienes, debido a que afecta la circulación documental y, por ende, el derecho de propiedad. Basta para ello la afirmación del doctor Helguera:

> Considerada la mencionada disposición legal como acordando una acción reivindicatoria al heredero contra los terceros poseedores de inmuebles donados, importa indirectamente hacer ineficaces y peligrosas las donaciones y afectar a los títulos de propiedad de vicios que los invaliden e impidan su transmisión. Las consecuencias de tal sistema no pueden traer sino trastornos y dificultades y mantener perpetuamente sobre los dueños de bienes raíces una amenaza que hace ilusorio su derecho y los priva de disponer de lo que les pertenecen.

Es por ello que el notariado de la Capital Federal adhirió sin más a la tesitura de que los títulos de donación efectuados a los que revestirían el carácter de herederos forzosos no podrían provocar objeciones en su circulación, no serían observables y, por ende, implicarían, sin más, su aceptación en el mercado inmobiliario. Así, el reconocido notarialista Francisco Cerávolo[2] afirma:

> Coincidimos con el criterio de que nuestro Código organizó dos regímenes distintos en materia de donaciones; uno para las donaciones a extraños y otro para las hechas a favor de herederos forzosos; en éstas el dominio queda definitivamente adquirido por el donatario y sólo se considera el valor del inmueble en la cuenta de partición. El incumplimiento de la obligación del donatario de reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto origina un crédito del perjudicado contra su coheredero por el valor de los inmuebles, que debe computarse al tiempo de la apertura de la sucesión y actualizarse, como toda obligación de valor, con sujeción a las variaciones del poder de cambio de la moneda. No tiene derecho a la cosa, sino a su valor, ni acción real alguna contra el tercer adquirente; ésta es la solución en nuestro régimen legal, emanada de la letra del art. 3477 y de su espíritu.

Frente a esta postura, se alzó otra corriente notarialista que hizo hincapié en la posibilidad de que todo título de donación pudiera reputarse válido y no observable en la medida en que no se conociera la existencia de herederos legitimarios o cónyuge que pudieran ver afectados sus derechos. La mala fe, dicen quienes sostienen esta teoría, no puede presumirse ni tampoco la mera sospecha. Afirma Lamber:[3]

1. CNCiv, en pleno, 11/6/1912, "Escary c/ Pietranera" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1).

2. 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*, 2010, p. 171, cita online AR/DOC/6057/2010; y en *Revista del Notariado*, Nº 902, 2010, pp. 17-29.

3. Lamber, Rubén A., *Donaciones*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

> No hay norma alguna que condene la donación como contrato prohibido, y la supuesta condición resolutoria implícita lo es, desde la óptica de los que la admiten, en los supuestos en que el donante tuviera herederos legitimarios o cónyuge. Pero quien no los tiene no está condenado por condición alguna. Es libre de contratar como mejor disponga y el absurdo es la prohibición por las dudas.

Así las cosas, la discusión se centró finalmente en determinar el carácter de la acción de reducción y sus efectos:

a) Si la acción es personal y no tiene efectos reipersecutorios.
b) Si la acción es real, en cuyo caso lo perseguido es el inmueble.
c) Si la acción es siempre personal, pero despliega sus efectos reipersecutorios.

Baste recordar los fundamentos del doctor Zannoni cuando afirma que los que sostienen que las donaciones efectuadas al legitimario no están comprendidas en la reducción, por cuanto estarían sujetas a colación, ceden frente a la posibilidad de que el heredero afectado en su legítima por aquel acto pueda dirigir su acción de reducción contra el coheredero o contra el tercer adquirente, no importa la onerosidad o gratuidad del acto y de su buena fe. Esta postura llevó a que parte de alguna doctrina civilista concluyera que las donaciones siempre comportan un dominio esencialmente resoluble, pues conllevan la posibilidad de que, desplegada la acción, el efecto reipersecutorio alcance también a los posteriores adquirentes.

Coincidimos con Solari[4] cuando afirma que estas conclusiones, que tanto impactan en el tráfico documental, no tienen más fundamento que una exacerbada protección de la legítima:

> … esa defensa de la legítima no solamente se podría lograr con una acción reivindicatoria, una acción real en este caso, sino que también podría quedar satisfecha con una acción personal.

Y concluye, entonces, que traer el excedente a la masa no necesariamente debe ser en especie sino también en valor, para afirmar que la insolvencia, que también se invoca como sustento del efecto real, es una vicisitud o riesgo que puede darse pero que no puede dejar abierta la situación del título, fundamentalmente porque se presume la buena fe.

De los pocos antecedentes jurisprudenciales en los que el conflicto se planteara, no podemos dejar de recordar "Yebra, Patricia E. c/ Gasparini de Roca, María Marta E." y otros s/ acción de reducción"[5]. Allí, el voto del doctor Kiper recuerda la postura planteada por Di Lella al sostener que en nuestro derecho no se ha creado una colación "sui géneris" que prive al legitimario de la acción de reducción frente a otro heredero forzoso, para luego admitir: "coincido con la doctrina que visualiza en estos supuestos un caso de dominio revocable. Toda donación está sometida a la condición tácita de no ser inoficiosa".

4. [Su intervención en] Alterini, J. H. y Solari, N. E., "¿Es observable el título del heredero forzoso donatario?" (conferencia organizada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires [septiembre, 2010]); el material se publicó en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata "Donaciones a herederos forzosos", diciembre 2010, pp. 39-63.

5. CNCiv, Sala H, 12/5/1998, "Yebra, Patricia E. c/ Gasparini de Roca, María Marta E. y otros s/ Acción de reducción".

2. Las posibles soluciones

Frente a estas discrepancias interpretativas, se buscó solucionar el pretendido defecto de los títulos provenientes de donación para darles circulabilidad ante la posibilidad de detener el tráfico negocial por la sola suposición de la existencia de otros futuros legitimarios o por exceder el valor de lo donado al momento del fallecimiento del donante la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario. Bueno es recordar que la donación es uno de los contratos más utilizados en la mayor parte de las provincias del país, a la que recurren no solo los padres que desean transmitir en vida alguno de sus bienes a sus hijos, sino los parientes que quieren permitirles a sus familiares más jóvenes y cercanos a ellos en el afecto que de algún modo exploten los inmuebles.

Se intentaron soluciones alternativas, que surgieron del ámbito del notariado, tales como la figura del distracto, la transformación del acto gratuito en oneroso y la posibilidad de probar la existencia de cargos no explicitados en la formalización del contrato. Ninguna de ellas fue totalmente satisfactoria; en algún caso, por no compartir la idea de que el distracto, tal como lo planteara el Codificador, no implicara una nueva donación; en otros, por necesitar probanzas imposibles de lograr o por las implicancias impositivas que acarreaban.

Frente a todas ellas, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias concordaban en que, transcurridos diez años desde la muerte del donante, el defecto de observabilidad quedaba definitivamente subsanado.

3. La problemática en el Código Civil y Comercial

Frente a la inminente presentación del proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial, el notariado nacional acercó sus ideas y explicó la importancia de dar una solución definitiva que terminara con la incertidumbre de las distintas corrientes de opinión. Puso por encima de toda convicción el valor *seguridad jurídica* y recordó los esfuerzos intentados en reiteradas oportunidades para lograr, durante la vigencia del CCIV, una modificación legal que permitiera unificar criterios y conciliar intereses. Basta para ello recordar los proyectos de modificación de los artículos 3955, 1830, 1831 y 1832 que se presentaran para su tratamiento legislativo y que no obtuvieran nunca aprobación definitiva.

Sin perjuicio de ello, los autores del proyecto se inclinaron por la solución más restrictiva, al consagrar en el artículo 2458 el claro efecto reipersecutorio:

> 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.

Es decir, se adopta la posición más estricta, no resultando ya discutible el carácter reipersecutorio de la acción, pero con un carácter más atenuado, al brindar la posibilidad de desinteresar al legitimario afectado entregando el dinero suficiente para cubrir la parte excedente. Desde ya, la solución brindada ha puesto por encima del valor *circulación documental*, lo que ha considerado como valor superior, esto es, la *protección de la legítima*.

En los fundamentos del proyecto, los autores no brindan una explicación muy detallada:

> 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 sólo se debe el valor del excedente a modo de colación. 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.

Ahora bien, puesto un punto final a la discusión relacionada, resta saber qué postura adoptar frente a las donaciones efectuadas con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial (CCCN), cuando –sobre todo, en el ámbito capitalino– se entendió que las efectuadas a los futuros legitimarios no podían estar alcanzadas por la acción de reducción.

Autores de la talla de Alterini no dudan en afirmar que si tales donaciones no eran observables a la fecha de entrada en vigencia del CCCN, no pueden serlo ahora, porque ello implicaría afectar una situación jurídica consumada antes y sería violatorio del amparo constitucional que merecen los derechos así nacidos. Funda su postura en lo dispuesto en el artículo 7 del código vigente.

A igual conclusión se llegó en la 41ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (junio 2015), en la que se afirmó:

> El "donatario legitimario" de un bien inmueble que se le haya transmitido a título de donación en vigencia del Código Civil de la Nación (Vélez Sarsfield); y/o el subadquirente de un bien inmueble, que tiene como antecedente una donación a heredero legitimario; tienen y tendrán, una vez que entre en vigencia la Ley 26994, nuevo Código Civil y Comercial, un "dominio perfecto", no pasible de ser atacado por los distintos alcances de las acciones de protección de la legítima que prevé el nuevo régimen.

Pero, más allá de considerar si estas conclusiones satisfacen a toda la doctrina civilista y en especial a los acérrimos defensores de la legítima, el CCCN ha intentado poner un límite temporal a los temidos efectos reipersecutorios, consagrando una solución novedosa en su artículo 2459:

> Prescripción adquisitiva. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901.

Dicen los autores en sus fundamentos:

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

4. La prescripción adquisitiva

La prescripción adquisitiva es tratada en el CCCN como un modo de adquirir los derechos reales y su tratamiento específico se aborda en las disposiciones del Libro

Cuarto "Derechos reales", artículos 1897 a 1905, así como en el Libro Sexto "Disposiciones comunes a los derechos personales y reales", Título I, Capítulo 1, donde se establecen las disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva. El artículo 1897 expresa:

> Prescripción adquisitiva. La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley.

Mantiene dos clases de prescripción, la breve (arts. 1898, 1902 y 1903) y la larga (artículos 1899 y 1905). Con respecto a los inmuebles, conserva el plazo de diez años para la prescripción breve, conjugados con el justo título y la buena fe, y el de veinte años para la prescripción larga. La primera sirve como perfeccionadora de los títulos, pero siempre en la medida en que al plazo de ley se le agreguen los otros dos elementos. Es de destacar que el artículo 1902 CCCN, referido al justo título y la buena fe, consagra un principio desarrollado ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia al establecer que la buena fe consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a la relación posesoria. A diferencia de ello, la prescripción larga les confiere fuerza a los estados posesorios que se proyectan en el tiempo frente a la inacción del verdadero propietario.

Asimismo, cabe hacer notar que el CCCN incorpora disposiciones procesales relativas a la prescripción en los artículos 2551 a 2553, introduciendo, entre otras novedades, la posibilidad de articular la prescripción por la vía de la acción y/o de la excepción, respondiendo a lo reclamado por la doctrina jurídica. Ahora bien, el artículo 1905 determina que la sentencia de prescripción adquisitiva debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo, aclarando que no tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión.

A la luz de lo normado para este instituto, parece errónea la calificación del plazo previsto como de prescripción adquisitiva en el artículo 2459, pues esta necesariamente requiere de sentencia judicial que la declare. No compartimos tampoco la idea de que estamos en presencia de una aplicación de la prescripción breve, pues no podríamos calificar el título proveniente de donación como de "justo título". No hay en este caso un supuesto como el que califica el artículo 1902, dado que no estaríamos en presencia de un otorgante que no es capaz o que no está legitimado para el acto trasmisivo. La donación está permitida y será la muerte del donante el momento en que se pueda establecer si afectó o no el derecho de algún otro legitimario.

Coincidimos con Guardiola[6] cuando expresa que

> … de la letra del precepto en cuestión, independientemente de la igualdad del plazo (10 años), no resulta la necesidad de concurrencia de los otros dos requisitos de aquella (justo título y buena fe). El primero se encontrará necesariamente superado en tanto habrá un título suficiente de adquisición de la donación (no es nula), aunque se trate de un dominio imperfecto, resoluble por una condición legal. En relación a la buena fe, soslaya –más allá de la genérica remisión al art. 1901 de unión de posesiones para ambas clases de prescripción– las distintas

6. Guardiola, Juan J., "La usucapión en el nuevo Código", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, Nº 2, 2016, pp. 19-43 (cita online AR/DOC/566/2016).

> situaciones entre donatarios directos y subadquirentes y según haya sido a legitimarios o extraños, sin suministrar criterios de apreciación en relación al comportamiento frente a un hecho incierto (el perjuicio a la legítima) independiente del conocimiento o no que se tenga de la existencia de eventuales perjudicados. Las directrices de los art. 1902 y 1918 CCCN en cuanto a la buena fe se revelan insuficientes: el derecho a la posesión resulta de una causa jurídica idónea y válida, del examen de la documentación y constancias registrales (estudio de títulos) raramente resultara una sospecha que dé lugar a un error inexcusable y no se indican los actos concretos de verificación que debiera realizar.

¿Podemos hablar entonces de un plazo de caducidad?

5. Caducidad

La caducidad es tratada en el CCCN en los artículos 2566 a 2572 y definida como aquella que extingue el derecho no ejercido. El artículo 2459 ha querido establecer que las donaciones en las cuales el donatario y los subadquirentes hubieran poseído la cosa por más de diez años no son reducibles. ¿Podemos decir que este plazo es de caducidad dado que el legitimario todavía no tiene nacido el derecho, pues su legitimación solo se dará al momento del fallecimiento del donante y esto puede ocurrir mucho tiempo después de transcurridos los diez años de posesión por parte del donatario y los eventuales subadquirentes? ¿Será esta una forma peculiar de caducidad? O, como se pregunta algún civilista, ¿es que la acción del legitimario nació muerta?

Nos inclinamos a pensar que estamos en presencia de un verdadero plazo resolutorio. El CCIV diferenciaba entre el plazo suspensivo y el resolutorio por el modo en que influía en el ejercicio de un derecho. Hoy la distinción se suprime y el CCCN refiere que el plazo determina cuándo serán exigibles los derechos y cuándo se extinguen. Parece que estamos en presencia de un verdadero plazo resolutorio legal que operará transcurrido el lapso previsto por la ley si se acredita que ha habido posesión durante diez años.

Sin perjuicio de la presunción legal de que la posesión se inicia en la fecha del título, podrá ocurrir que esta haya precedido largamente la formalización de aquel, y esto nos llevará necesariamente a una vía probatoria que se desenvolverá en sede judicial. Posiblemente el legitimario afectado desista de intentar su acción sabiendo que el plazo decenal ha transcurrido, pero creemos que esto no obsta que la plantee más allá de excepcionarse el titular dominical.

Si la intencionalidad ha sido desalentar las donaciones, y por otra parte aminorar el impacto de la solución del Código, creemos que se ha desconocido una realidad cara a la sociedad argentina. Basta para ello con mirar el espectro documental y los antecedentes jurisprudenciales del país para arribar a la conclusión de que la figura de la donación, utilizada para responder a una saludable intención de favorecer en vida no solo a los legitimarios sino a aquellos a los que el donante bien puede gratificar sin lesionar derechos, no ha presentado en muchos años conflictos serios de reivindicación que hayan llegado en forma asidua a nuestros tribunales.

6. Conclusiones

La solución brindada por el CCCN:

- Pone fin a la discusión referida a los efectos reipersecutorios de la acción que pueda intentar el legitimario que se sienta afectado por la donación efectuada en exceso de la porción disponible del donante y la porción legítima del forzoso.
- Instala la inquietud con respecto a la calificación de las donaciones a legitimarios efectuadas con anterioridad a su entrada en vigencia, en especial para aquellos que siempre sostuvieron la observabilidad de esos títulos.
- Pretende poner fin a la problemática de las donaciones tachadas de inoficiosas, con una calificación del efecto saneatorio que despierta dudas en cuanto a su correcta utilización.
- Parece ser contradictoria en su articulado, optando por una defensa a ultranza de la legítima y pretendiendo poner fin a un conflicto que podrá de algún modo enfrentar judicialmente a quienes crean legítimamente tener derechos a resguardar: poseedor donatario o subadquirente por diez años versus legitimario afectado en su porción legítima.

El camino recién se inicia y, como siempre, el consejo será advertir con un prolijo asesoramiento toda la gama de posibilidades interpretativas que se abren con estas nuevas previsiones. La jurisprudencia mayoritaria tendrá la última palabra, pero a los profesionales nos toca la delicada tarea de encaminarla a soluciones acordes con el resguardo de la seguridad jurídica y la libre circulación documental.

Inhibiciones*

Ángel F. Cerávolo

RdN 923

RESUMEN

La inhibición general de bienes es una medida cautelar regulada en los códigos procedimentales locales. Tiene como efecto sustancial el cercenamiento del poder de disposición de la persona inhibida, afectando su legitimación respecto de los bienes inscriptos en el registro donde la medida se anota.

Sumario: ***1.*** *La inhibición general de bienes.* ***2.*** *Su regulación como medida procesal.* ***3.*** *Registración de la medida. Alcances.* ***4.*** *Situación de las personas cuya capacidad fuere restringida, los condenados penalmente y los fallidos.* ***5.*** *Efectos de la inhibición general de bienes. Cercenamiento de la legitimación sustancial.* ***5.1.*** *El concepto de legitimación.* ***5.2.*** *Inhibición y poder de disposición.* ***5.3.*** *Inoponibilidad del acto de disposición del inhibido.*

1. La inhibición general de bienes

La inhibición general de bienes es una medida cautelar procesal, subsidiaria del embargo, que provoca, únicamente respecto de los bienes inscriptos en el Registro donde la medida se anota, la restricción del poder de disposición de los mismos, afectando de tal manera la legitimación de su titular respecto de tales bienes. Hay consenso en la doctrina en que la medida importa la "prohibición o interdicción de transferir, modificar o gravar bienes raíces o derechos reales sobre ellos".[1]

2. Su regulación como medida procesal

Su regulación, en cuanto a los requisitos de procedencia y a su dictado, corresponde a los códigos procedimentales locales, en el marco de la reserva del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional. En razón de ello, en el marco de las discusiones sobre el tema en las distintas sesiones de la Academia Nacional del Notariado, se ha expresado que sus efectos son solo de índole procesal.

Nos permitimos disentir con tal afirmación. Entendemos, por el contrario, que sus efectos exorbitan el proceso, no son solo "procesales" en tanto en cuanto una vez

* Recopilación de los aportes del autor en el marco de las sesiones públicas y privadas de la Academia Nacional del Notariado en las que se trató el tema.

1. Podetti, Ramiro, *Tratado de las ejecuciones*, Buenos Aires, Ediar, 1997 (ed. act. y ampl. por Guerrero Leconte), p. 204.

anotada la medida en determinado registro, importa la prohibición de disposición de los bienes allí inscriptos a nombre de la persona inhibida. Su efecto típico es provocar el cercenamiento del poder de disposición del inhibido respecto de los bienes inscriptos a su nombre en determinado registro; respecto de ellos, se restringe su legitimación, usada esta locución en sentido estricto (no comprensiva de la capacidad de derecho), sustancial (poder de disposición; relación sustancial sujeto-objeto), y no procesal (legitimación procesal activa o pasiva –actor, demandado–).

3. Registración de la medida. Alcances

La medida tiene efectos desde su anotación, esto es, a partir de su toma de razón por parte del Registro, a partir de la cual toma estado público y es oponible a terceros (cfr. arts. 30 inc. a y 32 Ley 17801). Existe discrepancia en la jurisprudencia en el sentido de si solo se aplica a inmuebles, muebles registrables y a los derechos reales sobre ellos,[2] o si, como creemos, se puede aplicar a todo bien registrable. En el último sentido se ha expresado:

> Si bien, en principio, la inhibición general de bienes comprende a los inmuebles, puede hacerse efectiva también sobre otros bienes del deudor que cuenten con una forma específica de registración y publicidad (fondo de comercio, depósitos bancarios, automotores, prenda con registro, etc.). Ello es así porque el art. 228 del Cód. Procesal no alude específicamente a los inmuebles, sino a los bienes del deudor, y en tanto sea posible individualizarlos a través de la inscripción en los registros de publicidad, no hay motivos para limitar su alcance (conf. Morello-Passi Lanza-Sosa-Berizonce, "Códigos…", t. III, p. 251).[3]

Los Registros tienen un principio de especialidad por materia y objeto de registración y una eficacia territorial fijada por ley. Va de suyo, sin embargo, que un juez puede trabar dicha medida en un registro de otra demarcación territorial o aun en varios registros y territorios si así lo entiende conveniente, en orden a la expresada limitación territorial de los registros, lo cual es, por lo demás, muy habitual y permitido según el procedimiento regulado por la Ley 22172.

Cabe agregar que el funcionario interviniente en el acto que requiera el previo pedido de inhibiciones ha de hacerlo exclusivamente en el registro correspondiente al bien que ha de ser objeto de un acto de disposición; de ningún modo es exigible el pedido respecto del registro correspondiente a su domicilio o del disponente del bien de que se trate, de ser distintos. En otras palabras, si una persona domiciliada en la Ciudad de Buenos Aires otorga una escritura de venta de un inmueble de Salta ante un escribano de La Pampa, solo habrá que pedir certificado de inhibiciones en Salta; no en el domicilio del disponente ni en el del lugar donde se ha de realizar el contrato.

2. Ver CNCom., Sala D, 4/4/1975 (*La Ley*, t. 1975-C, p. 222).

3. CNCiv., Sala C, 20/9/1983, "Obras Sanitarias de la Nación c/ Club Atlético Boca Juniors", firmado por Jorge H. Alterini, Santos Cifuentes y Agustín Durañona y Vedia (*La Ley*, t. 1984-B, p. 57).

4. Situación de las personas cuya capacidad fuere restringida, los condenados penalmente y los fallidos

En los supuestos de las personas con capacidad restringida o inhabilitados y los condenados a más de tres años de prisión o reclusión, la medida es estrictamente una interdicción y no una inhibición. En este supuesto, su alcance es sustancialmente distinto, en la medida en que la medida procesal anoticia la existencia de un proceso o de una resolución del juez que restringe la capacidad de la persona.

A diferencia de lo expresado en el apartado anterior, en el supuesto del fallido importa también –como en general– una restricción a la legitimación, y no a su capacidad. De hecho, el fallido conserva su poder de disposición respecto de los bienes adquiridos con posterioridad al decreto de quiebra. Con respecto a la traba de inhibiciones que impone la Ley Concursal y sus efectos, en razón de la complejidad de la cuestión y lo limitado del temario determinado para esta exposición, nos remitimos a lo que expresáramos en 2008.[4]

5. Efectos de la inhibición general de bienes. Cercenamiento de la legitimación sustancial

5.1. El concepto de legitimación

5.1.1. La diferenciación entre capacidad y legitimación en la doctrina moderna

En los primeros tiempos de la dogmática jurídica moderna, se solía subsumir el concepto de legitimación dentro del de capacidad. Modernamente, con la finalidad de precisar ciertas vicisitudes que pueden acompañar la celebración de los negocios jurídicos, la doctrina se ha ocupado de caracterizar el concepto de legitimación, distinguiéndolo del de capacidad.

Se le atribuye a Carnelutti[5] el mérito de haber profundizado el concepto de legitimación, diferenciándolo adecuadamente del de capacidad:

> … la legitimación consiste en el deber ser o no ser el agente, o también el paciente, sujeto de una relación jurídica respecto del bien sobre el cual se desarrolla el hecho, para que éste produzca determinadas consecuencias de derecho. Por eso, la legitimación pone término al ciclo de los requisitos estáticos del hecho y realiza la unión entre éste y la situación jurídica inicial, en el sentido de que a determinados hechos, o mejor, actos jurídicos, es decir, a la eficacia jurídica de determinados hechos o actos materiales, la ley ofrece como premisa necesaria no ya que el agente y el paciente puedan ser, sino que sean verdaderamente los sujetos de la situación jurídica inicial y, por tanto, la efectiva coincidencia entre los sujetos activo y pasivo del acto y los sujetos de la situación, sobre la cual, determinado el cambio, el acto se destina a producir sus efectos…[6]

4. "El adquirente de buena fe frente a la ineficacia concursal", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 22/12/2008 (t. 2009-A, p. 847).

5. Carnelutti, Francesco, "Legittimazione a comprare", en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni,* 1935, v. xxxiii, p. 503; Carnelutti, Francesco, *Teoria generale del diritto*, pp. 318 y ss. (ver al respecto Cariota Ferrara, Luigi, *El negocio jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956 [trad. Manuel Albaladejo], §132, p. 528).

6. Carnelutti, Francesco, *Teoría general del derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1941 (trad. Carlos G. Posada), p. 259.

Como puede advertirse en las ideas de Carnelutti, la legitimación involucra tanto la situación del sujeto en relación con otro sujeto (sujeto activo-sujeto pasivo) como la del sujeto en relación con la situación particular que pretende regular (relación sujeto-objeto).

Sin embargo, es Betti[7] quien delimita ajustadamente el alcance del concepto. Este autor expresa que el orden jurídico puede exigir que los elementos constitutivos del negocio (forma, contenido, causa) sean configurados de determinada manera o, de otro modo, disponer que el negocio

> … no despliegue eficacia si no le acompañan ciertas circunstancias que, si bien son extrínsecas al negocio en sí considerado, se integran en el seno de una compleja situación de hecho (inicial) de la que forman parte y en la que el negocio se inserta.

De tal forma, según este autor, los presupuestos de validez del negocio se agrupan en tres categorías, según afecten: 1) al sujeto del negocio, 2) al objeto del negocio, en sí considerado, 3) a la situación del sujeto respecto del objeto. En la primera hipótesis, se trata de la capacidad; en la segunda, de la idoneidad del objeto; en la tercera, de la legitimación para el negocio. Por ello, mientras *capacidad* es la aptitud intrínseca de la parte para dar vida a negocios jurídicos, *legitimación* es la idoneidad para hacer surgir negocios jurídicos que tengan un determinado objeto, en virtud de una relación en que la parte se encuentra, o se pone, con el objeto del acto.[8]

Betti define la legitimación de la parte

> … como su competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses que ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular.

Y, por ello, aclara que

> … problema de la legitimación es el de considerar quién, y frente a quién, puede correctamente concluir el negocio para que éste pueda desplegar los efectos jurídicos conformes a su función y congruentes con la intención práctica normal de las partes. Según la idea de la autonomía privada, tales efectos habrán, por principio, de quedar circunscritos a la esfera jurídica de las partes; para que se produzcan deberán aquellas estar revestidas de una específica posición respecto a la materia del negocio. […] Al precisar ahora en qué consista esta específica posición de las partes ha de exponerse que la regla fundamental en este tema de la legitimación es la de la identificación o coincidencia entre el sujeto del negocio (o el sujeto para el que el negocio es realizado) y el sujeto de los intereses, y por ello, de las relaciones jurídicas sobre las que vierte el negocio. En esta coincidencia estriba la que podría llamarse legitimación ordinaria o normal. Y así se descubre cómo la teoría de la legitimación tiene sus raíces en el concepto dominante de toda esta materia; en concepto de la autonomía privada. Cada uno tiene una esfera propia de competencia dispositiva; árbitro de sus propios intereses de éstos solamente, no puede, regularmente, injerirse en los intereses ajenos. Por

7. Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959 (traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez), §27-b, p. 177.

8. Ibídem.

> ello, cada uno dispone de las cosas propias; renuncia a los derechos propios, enajena los bienes propios, adquiere para sí, asume obligaciones para sí, y correlativamente, impugna su propio acto de disposición o de obligación en las hipótesis permitidas por la ley, lo confirma si es inválido, lo revoca si es revocable.[9]

En idéntico sentido se expresa Ladaria Caldentey,[10] al diferenciar nítidamente la capacidad de la legitimación. Para este autor, la capacidad consiste en una cualidad de la persona, es decir, en un modo de ser constante. Los conceptos de capacidad jurídica y de obrar son conceptos estrictamente subjetivos. La legitimación, en cambio, es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico, inferida de su posición respecto del acto. Aparece como uno de los presupuestos que, además de la capacidad, pero independientemente de ella, deben concurrir para la plena producción de los efectos de un acto, y, por consiguiente, es un presupuesto subjetivo-objetivo.

El autor distingue tres clases o tipos de legitimación:

a) Directa. Consiste en el reconocimiento hecho al titular de una esfera jurídica de la posibilidad de realizar en nombre y por cuenta propia un acto determinado.
b) Indirecta. Concebida como el reconocimiento de la posibilidad de realizar, en nombre propio o ajeno, un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica de la que no se es titular, respetando la titularidad.[11]
c) Extraordinaria. Considerada como reconocimiento de la posibilidad de realizar un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica ajena, en nombre propio, en virtud de una apariencia de titularidad (*v. g.*: art. 3430 CCIV), o en nombre ajeno, en virtud de una representación aparente (excesos admitidos por los arts. 1934, 1964, 1967 y concordantes CCIV; restricciones inoponibles a los terceros contratantes).

5.1.2. La postura que asimila legitimación con capacidad jurídica

Messineo critica la diferenciación que efectúan Carnelutti y Betti y, en concordancia con Santoro Passarelli[12], expresa:

> No debe tampoco excluirse que el fenómeno en cuestión, considerado en su aspecto negativo (falta de legitimación), puede reducirse al de incapacidad de derecho (o incapacidad jurídica): con lo que estaríamos, sin duda, fuera del terreno de la incapacidad para actuar, pero dentro, en cambio, de la órbita de otro concepto bien conocido: el de incapacidad jurídica, relativa a determinadas personas (con cita a Santoro). Personalmente, yo opinaría que se trata más propiamente de casos de incompatibilidad por razones de orden público. Así, en los casos de venta, de cesión de crédito y de la donación, existe una incompatibilidad para ciertas personas por la que se les prohíbe comprar o hacerse cesio-

9. Ibídem.

10. Ladaria Caldentey, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, Bosch, 1952.

11. Se entronca con la teoría de la representación, entendida como sustitución de la voluntad ajena en la disposición de la propia esfera de intereses, brillantemente desarrollada en Cariota Ferrara, Luigi, ob. cit. (cfr. nota 5); y Cariota Ferrara, Luigi, *I negozi sul patrimonio altrui* (citada por el propio autor en la primera obra).

12. Santoro Passarelli, *Lineamenti di diritto civile. Persone fisiche*, Padova, 1940, pp. 21 y ss.

> narios de créditos litigiosos, o donar a determinadas personas, porque a ello se opone el orden público. La sanción es, en efecto, la invalidez del contrato.[13]

5.1.3. Las críticas a la postura de Santoro Passarelli y Messineo

Cariota Ferrara,[14] luego de reseñar las posturas de Santoro Passarelli y Messineo, las refuta con contundencia:

> Puede responderse: 1) El concepto de legitimación, si bien nació así de restringido, ya se ha ampliado, así que puede considerarse como figura general de elemento de contrato, especialmente si se comprende en ella también el poder de disposición. 2) La reducción a la capacidad jurídica vale sólo para el concepto de legitimación, restringido, como se ha dicho; por lo demás, incluso la capacidad de obrar, que falta en algunos casos (testamento), se reduce o refleja en la jurídica. 3) En la legitimación puede incluirse el poder de disposición, y no es exacto que la falta de éste dé lugar a simple ineficacia (da lugar a impugnabilidad –resolubilidad– y a veces a nulidad, como en la donación de cosa ajena), y, de cualquier manera, no es argumento decisivo, pues no existe el principio de que la legitimación en todos sus supuestos de hecho deba tener la misma relevancia.

Barbero[15] también critica el concepto de Santoro-Passarelli, seguido por Messineo, según el cual la falta de legitimación es una incapacidad jurídica.

5.1.4. La legitimación en sentido estricto y el poder de disposición

Von Tuhr[16] identifica *poder de disposición* con lo que otros autores (como Betti) denominan *legitimación*:

> El poder de disposición constituye un requisito necesario para algunos negocios jurídicos, que debe distinguirse de la capacidad de obrar: quien quiere producir efectos en una determinada esfera jurídica (personal o patrimonial), además de las condiciones intelectuales que integran la capacidad de obrar, debe estar en cierta relación con esa esfera jurídica […] se denomina poder de disposición la relación jurídica que existe entre quien dispone y el patrimonio de que dispone. En principio, el poder de disponer del derecho subjetivo corresponde a su titular y se presenta como una facultad que integra el contenido del derecho. Pero existen dos excepciones: es posible que el poder de disposición del titular sea limitado y puede existir un poder de disposición sobre derechos ajenos.

Expresa que los actos dispositivos que violan una prohibición relativa de enajenación o una predotación son ineficaces frente al acreedor protegido por la prohibición o predotación.

13. Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952 (trad. Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra), p. 90.

14. Cariota Ferrara, Luigi, ob. cit. (cfr. nota 5), p. 534.

15. Barbero, Domenico, *Sistema del derecho privado*, t. I, Buenos Aires, EJEA, 1967 (trad. Santiago Sentís Melendo), §81, p. 208.

16. Tuhr, Andreas von, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1947, p. 39.

5.1.5. La cuestión en la doctrina nacional

En la doctrina nacional, se le atribuye a López Olaciregui –en su actualización de la obra de Salvat–[17] la introducción en el derecho argentino de la diferenciación entre capacidad y legitimación:

> La doctrina moderna ha desarrollado la noción de **"poder de disposición" o "legitimación" como requisito distinto al de capacidad** […] una u otro se da en el orden de los requisitos que deben cumplirse en el sujeto para que el acto jurídico sea válido. La capacidad de hecho se funda primordialmente en las condiciones psico-físicas del sujeto mismo en cuanto ellas definen su posibilidad de otorgar el acto. El poder de disposición se refiere a la situación jurídica en que el sujeto se encuentra respecto del objeto del acto que otorga. La capacidad de hecho es aptitud genérica para otorgar un tipo de actos. El poder de disposición es la aptitud específica para otorgar un acto concreto sobre un objeto determinado […] Esta noción del poder de disposición aparece por otra parte como algo distinto de la titularidad del derecho de fondo cuya ejercitación importa: **se puede ser titular de un derecho y no tener la potestad de disponer del mismo**, e inversamente se puede tener la potestad de disponer de un derecho aunque no se sea su titular. Siguiendo con el ejemplo de compra-ventas de inmuebles puesto en el número anterior: **hay casos en que el propietario no puede disponer de sus bienes** (**por ej.**, si se ha trabado un embargo sobre los mismos, o **si pesa sobre él la medida procesal llamada "inhibición"**). Y contrariamente hay casos en que puede disponer de un bien quien no es su propietario (caso de la persona que ha recibido mandato o poder para vender el bien de otra). En conclusión; la noción "poder e disposición" es un requisito de los actos jurídicos de disposición que se diferencia de la calidad objetiva llamada capacidad de hecho y del elemento objetivo titularidad del derecho.

En contra, Trigo Represas,[18] siguiendo a Spota, sostiene que

> … la falta de idoneidad para llegar a ser sujeto activo o pasivo de una determinada relación jurídica, esa llamada ausencia de legitimación en definitiva pone en juego la inexistencia de capacidad jurídica o de derecho…

Añade que, a juicio de Spota, las nociones de capacidad jurídica y de incapacidad jurídica resultan aptas para explicar que, por prohibición legal, determinadas categorías de personas no pueden ser sujetos o titulares de una dada relación jurídica. Reserva el concepto de legitimación para la

> … posición en que se halla una persona con relación a un patrimonio ajeno, en cuya virtud la declaración de voluntad de aquel sujeto va a tener consecuencias jurídicas respecto del titular de dicho patrimonio.

Tal postura refleja la que sostuvieran en la doctrina italiana Santoro y Messineo, y es pasible de la acertada crítica que le efectuara Cariota Ferrara, conforme los párrafos más arriba transcriptos.

17. Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, TEA, 1964 (actualización de José M. López Olaciregui), p. 597.

18. Trigo Represas, Félix A., "Capacidad y legitimación en el otorgamiento de actos jurídicos", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, nº 918, 1994, p. 426.

Por su parte, López de Zavalía[19] advierte: "… sobre el tema del poder de disposición y de la legitimación, no reina en verdad unanimidad de parecer entre los autores". Aunque parece seguir la postura amplia de Cariota Ferrara, al afirmar que

> … la legitimación es una categoría bajo la cual se engloba una serie de situaciones donde lo que se considera no es la aptitud in abstracto del sujeto o del objeto, sino la aptitud concreta, para juzgar la cual es necesario poner en relación al sujeto con el objeto o con otra persona.

La categorización de los institutos, su clasificación y el uso de adecuada terminología, o al menos de sentidos unívocos en los términos empleados, son útiles en la medida en que sirvan para explicar adecuadamente los fenómenos jurídicos.

Alterini,[20] con la lucidez de pensamiento que lo caracteriza, retoma las ideas de López Olaciregui y profundiza el estudio de la cuestión. Expresa que por "legitimación en sentido amplio" cabe incluir no ya solo la denominada capacidad de derecho, sino, en todo caso también, la que se denomina "de hecho", toda vez que

> … razonando con otro miraje, sería dable sostener todas las incapacidades tendrían como agente al legislador, que todas serían de derecho. Ambas incapacidades resultarían de prohibiciones de aquél, quien no se limitaría en algunos casos –las incapacidades de hecho– a modelar materia prima entregada en la totalidad por el mundo de la naturaleza. El art. 31 del Cód. Civ. dispone que la capacidad o incapacidad "nace de esa facultad que en los casos dados les conceden o niegan las leyes"…[21]

Por el contrario, entiende que la "legitimación en sentido estricto" ha de identificarse con el "poder de disposición":

> … es la aptitud atribuida o integrada por la ley o por la voluntad para adquirir derechos, contraer obligaciones, o para disponer de objetos concretos, por sí, por medio de otro o por otro.

Agrega que a la capacidad la persona debe sumar, para actuar sobre los objetos jurídicos, la legitimación en sentido estricto o poder de disposición. Advierte que no debe confundirse legitimación con titularidad, puesto que

> En principio, para estar legitimado con relación a un objeto, hay que ser titular en el momento en que la actuación se realiza de los derechos de fondo que se pretenden ejercitar; pero esa titularidad puede advenir posteriormente y bonificarla […] En otro orden de ideas, si bien la titularidad suele coexistir con el poder de disposición y recíprocamente; son conceptos distintos. **Hay casos de titularidad sin poder de disposición y de poder de disposición sin titularidad. Se habla también de supuestos en que se verificaría la "legitimación" no mediando ni titularidad ni poder de disposición en quien realizó el acto "traslativo"**…

19. López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos*, t. 1, Buenos Aires, Zavalía, p. 246.

20. Alterini, Jorge H., "Capacidad y legitimación", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1966, t. III, pp. 251 y ss.

21. Así, genéricamente, una persona de 19 años hoy es capaz de hecho, mientras que hace un año, en nuestro país, cualquier persona no lo era a esa edad; en definitiva, es el legislador quien califica el sustrato de hecho y determina los casos de incapacidad de hecho o de derecho.

Como ejemplo de casos de titularidad sin poder de disposición, menciona al fallido y a "**quien soporta los efectos de una inhibición general o de un embargo**".[22]

5.2. Inhibición y poder de disposición

5.2.1. Efectos de la inhibición

La inhibición general de bienes –como expresamos– es una medida procesal precautoria sucedánea del embargo y se halla condicionada a la circunstancia de no conocerse bienes del deudor o a su insuficiencia. **Su efecto típico es la interdicción de vender o gravar cualquier inmueble que sea propiedad del deudor**.[23]

La inhibición, a diferencia del embargo, impide los actos de disposición sobre bienes registrables; en otros términos, produce una prohibición de transferir, modificar o gravar dichos bienes.[24] La inhibición **provoca un cercenamiento del poder de disposición del inhibido**, afectando de tal manera la legitimación con relación a los objetos respecto de los que se ha anotado la medida.

5.2.2. Titularidad sin legitimación

Si bien, como hemos puesto de resalto más arriba, la legitimación se halla, en general, acompañada de la titularidad del derecho de que se trate, no debe confundirse una con la otra: existen tanto casos de titularidad sin poder de disposición como de poder de disposición sin titularidad. La inhibición general de bienes no afecta ni la capacidad del individuo ni la titularidad de los bienes de los que se trate, pero sí afecta el poder de disposición de la persona respecto de tales bienes, afecta la relación sujeto-objeto, afecta, en fin, la legitimación de la persona respecto de los mismos.

Así, por lo demás, lo entienden autores tales como López Olaciregui[25], Alterini[26] y Highton de Nolasco[27], que se han pronunciado al respecto en forma expresa. También Von Tuhr[28], aunque refiriéndose a otras figuras, tales como la prohibición relativa de enajenación o una predotación, que son ineficaces frente al acreedor protegido por la prohibición o predotación.

22. Alterini, Jorge H., ob. cit. (cfr. nota 20), p. 258.

23. CNCiv., Sala B, 12/10/1976 (*Jurisprudencia Argentina*, tomo repertorio, 1977, p. 350).

24. Ver Podetti, Ramiro, *Derecho procesal, civil, comercial y laboral*, t. VII-A "Tratado de las ejecuciones", Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 216; Fassi, Santiago, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales. Comentado, anotado y concordado*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1971, p. 388 (citados en SC Mendoza, Sala III, 26/10/1992, "Portabella, Oscar s/ Denuncia" (*La Ley*, t. 1993-B, p. 172, y *Doctrina Judicial*, t. 1993-1, p. 817).

25. Salvat, Raymundo M., ob. cit. (cfr. nota 17).

26. Alterini, Jorge H., ob. cit. (cfr. nota 20).

27. Ver CNCiv., en pleno, 23/8/2001, "Czertok, Oscar y otro c/ Asistencia Médica Personalizada SA y otro s/ Ejecución de Alquileres - Ejecutivo" (*Doctrina Judicial*, t. 2001-3, p. 506); en su ampliación de fundamentos dice: "En principio, si bien toda persona capaz puede disponer de sus bienes, hay supuestos en que existe capacidad y titularidad sin poder de disposición, ejemplo al respecto es el de haberse trabado un embargo o una inhibición".

28. Tuhr, Andreas von, ob. cit. (cfr. nota 16).

5.2.3. El saneamiento de la falta de legitimación. Alcances en el caso en concreto

La doctrina ha destacado que una de las más importantes diferencias entre las incapacidades de hecho y/o de derecho y la falta de legitimación, en cuanto a sus efectos, es que

> El negocio inválido por falta de capacidad no adquiere eficacia por la circunstancia de que posteriormente el declarante adquiera la capacidad plena. **La limitación a la disponibilidad es un impedimento, cuya cesación por lo general subsana el negocio** [en nota complementa: "también esto se deduce de la finalidad de esas limitaciones que son destinadas a proteger a determinadas personas"]. La buena fe de la parte contraria no puede sanar el vicio que deriva de la incapacidad, pero sí, en la mayor parte de los casos, el que deriva de las limitaciones a la disponibilidad. De ahí que en el registro de bienes raíces no se inscribe la falta de capacidad de obrar y sí generalmente las limitaciones a la disponibilidad.[29]

Por su parte, Alterini destaca que la convalidación es el saneamiento de la ineficacia de un acto que adolecía de falta de legitimación del disponente, mediante la adquisición posterior por este del poder que carecía.[30] La legitimación advenida con posterioridad convalida el acto;[31] en virtud de ello, la disposición que efectuara el inhibido adquirirá plena eficacia, aun contra el acreedor inhibiente, si con posterioridad se levantare la medida o caducare su anotación en el Registro.

5.3. Inoponibilidad del acto de disposición del inhibido

En virtud de lo expresado, como ya hemos afirmado, el acto realizado por el inhibido es inoponible al acreedor inhibiente. Tal es la consecuencia de la carencia de legitimación que la medida procesal provoca al inhibido respecto de los bienes inscriptos en el registro donde la medida se encuentra trabada.

29. Ibídem.

30. Lafaille, Héctor, *Tratado de los derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, La Ley - Ediar, 2010 (ed. actualizada y ampliada por Jorge H. Alterini), §38 bis, p 73.

31. Aplicación de tal principio es lo dispuesto por el art. 2504 CCIV, con las excepciones de los arts. 3126 y 3752, hoy art. 1885 (desaparece la excepción antes contenida en el 3126).

Propiedad horizontal especial (countries y barrios cerrados)*

Horacio Colman Lerner

RdN 926

RESUMEN

Se analiza la regulación de los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial, puntualmente los countries y barrios cerrados. La ley señala la obligación de la adecuación. Sin embargo, los conjuntos organizados en propiedad horizontal y aquellos encuadrados en las disposiciones del Decreto 9404/1986 de la provincia de Buenos Aires no tienen esta obligación. Es optativa. Las nuevas disposiciones rigen imperativamente y retroactivamente para todos los emprendimientos, cualquiera fuera la forma en que se hubiesen organizado.

Sumario: ***1.*** *Enunciados del Código Civil y Comercial. Libro IV, título VI, "Conjuntos inmobiliarios".* ***2.*** *Desarrollo del tema. Análisis de la ley y comentarios.* ***2.1.*** *Acotaciones y aclaraciones.* ***3.*** *Retroactividad de la ley.* ***4.*** *Conclusiones.* ***5.*** *Bibliografía.*

1. Enunciados del Código Civil y Comercial. Libro IV, título VI, "Conjuntos inmobiliarios"

Artículo 2073

Concepto. Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.

Artículo 2074

Características. Son elementos característicos de estas urbanizaciones, los siguientes: cerramiento, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y 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

* Versión revisada, corregida y ampliada –especial para la *Revista del Notariado*– del trabajo homónimo presentado por el autor en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016) y publicado bajo el título "Nuevo derecho real de propiedad horizontal especial", en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], Buenos Aires, 22/9/2016, MJ-DOC-10012-AR, MJD10012.

cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible.

Artículo 2075

Marco legal. Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.
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.
Los conjuntos inmobiliarios preexistentes 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.

Artículo 2076

Cosas y partes necesariamente comunes. Son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad horizontal que regula el emprendimiento.
Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes.

Artículo 2077

Cosas y partes privativas. La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta.

Artículo 2078

Facultades y obligaciones del propietario. Cada propietario debe ejercer su derecho dentro del marco establecido en la presente normativa, con los límites y restricciones que surgen del respectivo reglamento de propiedad horizontal del conjunto inmobiliario, y teniendo en miras el mantenimiento de una buena y normal convivencia y la protección de valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos.

Artículo 2079

Localización y límites perimetrales. La localización de los conjuntos inmobiliarios depende de lo que dispongan las normas provinciales y municipales aplicables.

Los límites perimetrales de los conjuntos inmobiliarios y el control de acceso pueden materializarse mediante cerramientos en la forma en que las reglamentaciones locales, provinciales o municipales establecen, en función de aspectos urbanísticos y de seguridad.

Artículo 2080

Limitaciones y restricciones reglamentarias. De acuerdo a las normas administrativas aplicables, el reglamento de propiedad horizontal puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, crear servidumbres y restricciones a los dominios particulares, como así también fijar reglas de convivencia, todo ello en miras al beneficio de la comunidad urbanística. Toda limitación o restricción establecida por el reglamento debe ser transcripta en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial. Dicho reglamento se considera parte integrante de los títulos de propiedad que se otorgan sobre las unidades funcionales que componen el conjunto inmobiliario, y se presume conocido por todo propietario sin admitir prueba en contrario.

Artículo 2081

Gastos y contribuciones. 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. Dicho reglamento puede determinar otras contribuciones distintas a las expensas legalmente previstas, en caso de utilización de ventajas, servicios e instalaciones comunes por familiares e invitados de los titulares.

Artículo 2082

Cesión de la unidad. El reglamento del conjunto inmobiliario puede establecer condiciones y pautas para el ejercicio del derecho de uso y goce de los espacios e instalaciones comunes por parte de terceros en los casos en que los titulares del dominio de las unidades particulares ceden temporariamente, en forma total o parcial, por cualquier título o derecho, real o personal, el uso y goce de su unidad funcional.

Artículo 2083

Régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios. El reglamento puede establecer la extensión del uso y goce de los espacios e instalaciones comunes a aquellas personas que integran el grupo familiar del propietario de la unidad funcional y prever un régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios de dichos bienes, con las características y bajo las condiciones que, a tal efecto, dicte el consorcio de propietarios.

El uso de los bienes comunes del complejo por terceras personas puede ser pleno, parcial o limitado, temporario o permanente, es siempre personal y no susceptible de cesión ni transmisión total o parcial, permanente o transitoria, por actos entre vivos ni mortis causa. Los no propietarios quedan obligados al pago de las contribuciones y aranceles que a tal efecto determine la normativa interna del conjunto inmobiliario.

Artículo 2084

Servidumbres y otros derechos reales. Con arreglo a lo que dispongan las normas administrativas aplicables, pueden establecerse servidumbres u otros derechos reales de los conjuntos inmobiliarios entre sí o con terceros conjuntos, a fin de permitir un mejor aprovechamiento de los espacios e instalaciones comunes. Estas decisiones conforman modificación del reglamento y deben decidirse con la mayoría propia de tal reforma, según la prevea el reglamento.

Artículo 2085

Transmisión de unidades. 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.

Artículo 2086

Sanciones. Ante conductas graves o reiteradas de los titulares de las unidades funcionales violatorias del reglamento de propiedad horizontal, el consorcio de propietarios puede aplicar las sanciones previstas en ese instrumento.

2. Desarrollo del tema. Análisis de la ley y comentarios

Se ha incorporado al Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) la tipificación y regulación de los emprendimientos modernos llamados countries y barrios cerrados, que se denominan conjuntos inmobiliarios. De esta manera, se conforma el nuevo derecho real de propiedad horizontal especial. El principal objetivo es que el encuadre legal preexistente y futuro sea claramente oponible frente a terceros y a los participantes del complejo, tal como corresponde a un derecho real, imperando el orden público. **Los participantes deben tener derechos reales sobre propiedades residenciales y áreas comunes**.

Del artículo 2075 se desprende la obligación para los conjuntos inmobiliarios preexistentes, que estuviesen organizados con un encuadre legal de derechos personales y/o derechos reales en combinación con derechos personales, de adecuarse a la nueva normativa para conformar un derecho real de propiedad horizontal especial. Con exactitud, se expresa que "se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real". Asimismo, en el mismo artículo que relacionamos, se expresa que

> 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.

Existen muchos complejos inmobiliarios preexistentes, countries y barrios cerrados, ciudades satélites, mega-emprendimientos náuticos, etc., organizados de diferente

forma respecto del tratamiento legal y los títulos de propiedad de sus parcelas residenciales y áreas recreativas deportivas comunes. Por ejemplo:

a) Propiedades de una sociedad anónima, tanto áreas residenciales como recreativas, deportivas y sociales: los participantes construyen sus viviendas en sitios preseñalados, y, como título de sus derechos, poseen acciones de la sociedad (combinación de derecho real con derecho societario personal).
b) Sectores del emprendimiento organizados en propiedad horizontal (Ley 13512, hoy derogada) con partes residenciales y áreas comunes y/o el mismo sector organizado como un loteo residencial, con un condominio indiviso sobre inmuebles afectados a usos comunes recreativos: en ambos casos, se tienen áreas destinadas a recreación y deportivas con un sector lindero; el sector común, propiedad de una sociedad anónima y/o de una asociación civil. Entre los primeros sectores mencionados y los linderos la vinculación es **la calidad de socio de la sociedad anónima y/o asociación civil** (se trata de un conjunto inmobiliario que combina derechos reales con personales).
c) Predios encuadrados en propiedad horizontal (Ley 13512, hoy derogada) integrados por sectores residenciales, unidades funcionales y áreas comunes recreativas, deportivas y sociales que pertenecen en copropiedad a los titulares del sector residencial (se trata de un derecho real).
d) Countries o barrios cerrados conformados según el Decreto 9404/1986 de la provincia de Buenos Aires (reglamentario del Decreto-ley 8912/1977 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo):[1] hay una parcelación residencial, propiedad y dominio de los participantes, inmuebles afectados a recreación, deportes, sociales e infraestructura, propiedad y dominio de una entidad jurídica, generalmente una asociación civil en forma de sociedad anónima (art. 3 Ley 19550), en la que participan todos los titulares del sector residencial como accionistas; y, finalmente, para vinculación jurídica y funcional entre los inmuebles, parcelas residenciales y sectores de inmuebles afectados como de uso común, recreativo, esparcimiento, se constituye una servidumbre predial, perpetua y gratuita. Se trata de tres derechos reales: 1) dominio sobre la parcela destinada a la construcción de la vivienda y/o sobre la construcción ya existente; 2) las áreas e inmuebles recreativos, deportivos y sociales, que están en el dominio de una entidad jurídica (asociación civil en forma de sociedad anónima y/o asociación civil, cultural, social y deportiva); 3) derecho real servidumbre predial sobre áreas comunes recreativas a favor de los inmuebles residenciales, como vinculación jurídica, conformando un todo inescindible y asegurando el destino y afectación del uso y disfrute. La tenencia accionaria es un derecho personal al efecto interno establecido para integrar la sociedad anónima o el derecho societario cuando se trata de una asociación civil cultural. Ni las acciones ni la calidad de socio otorgan ni propiedad, ni dominio, ni derechos reales sobre las áreas comunes, que siguen

1. El Decreto 9404/1986 de la provincia de Buenos Aires (24/12/1986, BO 19/1/1987) se puede ver transcripto en Colman Lerner, Horacio, *Clubes de campo y barrios cerrados*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2005, pp. 88-93. Asimismo, la formulación jurídica propuesta por el autor, que ha significado la autoría intelectual que ha sido tenida en cuenta por la Gobernación de la Provincia de Buenos Aires, de la sanción del decreto, se puede ver en Colman Lerner, Horacio, "Nuevas formas de contratación. Clubes de campo (country clubs)", en *Revista del Notariado*, Nº 801, 1985, pp. 471-485.

estando en cabeza de la entidad jurídica). Lo que hace al encuadre legal es la servidumbre predial vinculante, que es derecho real. Por eso, se sugiere controlar los títulos de los titulares del área residencial para establecer si se configuró la servidumbre predial de referencia y se inscribió en el Registro de la Propiedad. La participación de los residentes como accionistas (derechos societarios personales) no es el sustento del encuadre legal, pudiendo no existir. El verdadero derecho que determina el encuadre legal es la servidumbre predial (derecho real).

2.1. Acotaciones y aclaraciones

Hay que tener cuidado al expresar "servidumbres recíprocas" (generalmente, se constituyen sobre inmuebles recreativos, para garantizar el uso y disfrute y que no se innove ni se subdividan los inmuebles afectados a recreación y deportes). Simultáneamente y por separado, se constituye servidumbre urbanística sobre las parcelas residenciales, para garantizar el cumplimiento de las reglamentaciones de los códigos de edificación privados de los emprendimientos: alturas, espacios libres, linderos, techos, tipos de materiales de construcción, cuidado del medio ambiente. No se trata de servidumbres con reciprocidad en obligaciones.

Roca Sastre, en el Primer Congreso de Derecho Registral (Madrid, 2-6 de mayo de 1961),[2] expresó:

> En una palabra, en el caso de servidumbres recíprocas no hay supeditación o vínculo de causalidad obligacional entre ellas, ya que tan pronto hayan quedado constituidas subsisten por sí mismas. Lo contrario sería atribuir a la servidumbre predial un contenido obligacional de prestaciones recíprocas correlativas que no se da en ellas. Evidentemente, en la hipótesis contemplada hay solidaridad entre las servidumbres constituidas por ser elementos integrantes de un estatuto global que afecta a todas las fincas, pero esta solidaridad no entraña la correlatividad propia de las obligaciones recíprocas, y más bien puede afirmarse que la solidaridad es tal que sólo permite el juego de la acción de cumplimiento, lo que guarda consonancia con el carácter naturalmente estable de las servidumbres prediales.

Las servidumbres no se pueden entender como recíprocas.

Los comercialistas opinan que la forma de concretar la adecuación es la reforma de los estatutos de la entidad jurídica, asociación civil en forma de sociedad anónima, y conformar un reglamento de propiedad, en base a planos de mensura y subdivisión previos, incorporando las normativas del nuevo derecho real de propiedad horizontal especial a las cláusulas estatutarias de la sociedad anónima. En realidad, la adecuación requerida por la ley trata de cuestiones del derecho civil, derechos reales, con referencia a la propiedad y el dominio y a su toma de razón en el Registro de la Propiedad Inmueble, previa constitución del nuevo organigrama y organización del derecho real por escritura pública. Es mi opinión que la reforma del estatuto de la sociedad administradora no sería un mecanismo de adecuación. El objetivo funda-

2. Roca Sastre, Ramón M., "La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas urbanísticas", en AA. VV., *Primer Congreso de Derecho Registral. Ponencias, actas, conferencias*, t. 1, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, 1965, p. 101.

mental es garantizar la eficacia de derechos perfectamente oponibles frente a terceros y de orden público, como los derechos reales, sin ánimo de menospreciar la utilidad de los derechos societarios ni los personales. En este sentido, cabe recordar que los derechos reales, en nuestro país *numerus clausus*, solo los determina, crea y sanciona como ley de fondo el Congreso Nacional.

No podemos tener dudas acerca de que el CCCN incorporó y creó el derecho real de propiedad horizontal especial, particularizando el derecho real de propiedad horizontal (normativa que derogó la Ley 13512) como solución apropiada a la falta de regulación y legislación nacional para las urbanizaciones modernas. Es equivocada la posición de los juristas que invocan jornadas y congresos que consideran inconveniente la creación indefinida de derechos reales por conspirar expresamente contra el *numerus clausus*: tenemos un verdadero nuevo derecho real, el de propiedad horizontal especial.

No caben dudas de que los derechos reales equivalen a mayor seguridad jurídica que los derechos personales, y el artículo 2075 CCCN determina que los conjuntos inmobiliarios preexistentes organizados como derechos personales y combinación de los derechos reales con personales deben adecuarse a las normativas para conformar el derecho real de propiedad horizontal especial. El CCCN es preciso y prolijo al pretender que los countries y barrios cerrados se encuadren dentro de los derechos reales, únicamente atento a que no son sugeribles los derechos personales. Esto último es lo que finalmente se entendió en la Comisión Bicameral del Congreso Nacional, que consideró el proyecto de ley y finalmente fue sancionado por el Congreso por Ley 26994 con vigencia a partir del 1 de agosto de 2015 (Ley 27077). En este sentido, es oportuno comentar que era un error el proyecto de ley pretendido por la Federación Argentina de Clubes de Campo, que configuraba un derecho real en combinación con el derecho personal disciplinario y de admisión. Los derechos reales deben abastecerse únicamente por sí solos, ya que no resultan combinables con derechos personales.

Ha sido curioso explicar el encuadre del Decreto 9404/1986 como la combinación de derecho real con derecho personal:

1) Dominio y propiedad de las parcelas residenciales.
2) Una entidad jurídica con dominio y propiedad de los inmuebles afectados a uso común (áreas recreativas, deportivas, sociales, infraestructuras generales). Debe entenderse que se trata de derecho personal porque la propietaria de las partes comunes, una asociación civil en forma de sociedad anónima, está integrada por socios accionistas que tienen, en lógica consecuencia, derechos societarios personales.
3) Finalmente, se constituye el derecho real de servidumbre predial, que vincula jurídica y funcionalmente los sectores residenciales y recreativos comunes para constituir un único conjunto inescindible.

¿Cuáles son los derechos reales?:

a) Propiedad de los participantes de las parcelas residenciales
b) Propiedad y dominio de la asociación civil en forma de sociedad anónima con respecto a las áreas de uso común
c) Servidumbre predial vinculante de los sectores residencial y común

El encuadre del Decreto 9404/1986 ya quedaría conformado.

¿Cuáles son los derechos personales?: ser parte y accionista de la sociedad anónima, que tiene en cabeza el derecho real de dominio sobre áreas comunes. Queda claro que el derecho de propiedad de las áreas comunes no les pertenece a los accionistas, ni individualmente ni en conjunto, sino solo a la entidad jurídica y/o sociedad anónima. Los socios y/o accionistas solo tienen derechos personales con respecto a la sociedad. Como dijimos, tienen derecho real y dominio sobre sus parcelas, no por el hecho de ser accionistas. Ser accionista, aunque se estipule una obligación inescindible con la propiedad de la parcela, no tiene consecuencias jurídicas, como si fuera un derecho real. La estipulación obligacional referida es creación de los particulares desarrolladores y organizadores, y no es previsto como un derecho real legislado la unión de la acción como un inmueble conformando un todo.

Afortunadamente, tuvimos una conversación –casi un seminario privado– con la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci –prestigiosa jurista que integró la comisión redactora del CCCN con los doctores Elena Highton y Ricardo Lorenzetti–, en la que fue una satisfacción personal esclarecer el punto en análisis y concluir que el encuadre referido (Decreto 9404/1986) conforma un encuadre en base a derechos reales. No hay derechos personales en combinación.

El encuadre se perfecciona con la vinculación jurídica funcional por la constitución de la servidumbre predial perpetua y gratuita, conformándose un conjunto inescindible entre las propiedades que pertenecen en dominio a los participantes del sector residencial y la propiedad de uso común que es propiedad y dominio de la entidad jurídica asociación civil en forma de sociedad anónima. Esto tiene mucha importancia, ya que, conforme a la letra del artículo 2075 del CCCN, los emprendimientos (Decreto 9404/1986) no tendrán obligación de adecuarse. Pueden optar por declarar, con acuerdo privado y/o particular, en forma individual y/o en asamblea unánime de sus participantes, que componen una propiedad horizontal especial: encuadre consorcial. No hará falta una instrumentación notarial de transformación al nuevo derecho real de propiedad horizontal especial.

La doctora Kemelmajer, en oportunidad de disertar en la sede del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en el mes de agosto de 2016, refirió y opinó que la ponencia presentada por el autor de este trabajo se ajustó doctrinariamente a lo que se interpreta que la ley quería decir y expresar en el texto del artículo 2075 sobre "adecuación".

La nueva normativa rige con aplicación inmediata, imperativamente y retroactivamente, para todos los conjuntos inmobiliarios preexistentes, se hayan o no adecuado, y no se necesita la conformidad de los integrantes de esos complejos para su aplicación inmediata. Son normativas de fondo y retroactivas, como por ejemplo: expensas ejecutivas, reglas de administración, consejo de propietarios, derecho de admisión "bolilla negra", terreno propio, área residencial; resulta lo mismo sin construcción y/o a construir y/o construido. **No se necesita inscribir altas de construcción en el Registro de la Propiedad Inmueble** (Decreto 947/2004 de la provincia de Buenos Aires, derogado de hecho por CCCN) con referencia a clubes de campo y barrios cerrados (ver leyes de catastro). Ha sido notable el reconocimiento que siempre tuvo el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires al inscribir en forma individual las unidades de la propiedad horizontal (a pesar del condominio del terreno establecido por la Ley 13512). El Registro inscribió que **la unidad funcional comprendía el terreno** (opinión de Kemelmajer de Carlucci). Si el Registro de

la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires exige previamente, para inscribir una reventa de una unidad funcional en propiedad horizontal, que se otorgue y se inscriba una escritura de obra nueva - acta de construcción finalizada, deberá recurrirse y apelarse (con sustento en el CCCN).

Abella y Mariani de Vidal[3] plantean que

> … la exigencia de adecuación, impuesta por el art. 2075, último párrafo, relativa a los conjuntos inmobiliarios preexistentes, a la entrada en vigencia del nuevo Código, impresiona como de muy dudosa constitucionalidad, lesiva de la garantía de la propiedad (art. 17, Constitución Nacional) e incluso contraria a lo dispuesto por el art. 7 del propio Código.

Asimismo, se refieren a la aplicación del encuadre del Decreto 9404/1986, provincia de Buenos Aires, como la "combinación de derechos reales y personales". Repitiendo conceptos vertidos anteriormente, ratificamos que, a los efectos de organizar jurídicamente el conjunto inmobiliario bajo la figura prevista en la normativa del Decreto 9404/1986, el conjunto parcelario residencial y recreativo-deportivo es inescindible, por la vinculación jurídica de la servidumbre predial constituida sobre las áreas comunes de esparcimiento a favor de los inmuebles residenciales. Concretamente, se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria el dominio de cada parcela residencial, la titularidad del dominio de la asociación civil en forma de sociedad anónima, de los inmuebles afectados a espacios recreativos-deportivos y calles de circulación interna, y, finalmente, se inscribe el derecho real de servidumbre con respecto a fundos sirvientes a favor de fundos dominantes. Cumpliendo la formalidad notarial y registral pertinente referida, tenemos únicamente derechos reales que configuran el encuadre legal del conjunto inmobiliario. Los derechos de los accionistas socios de la entidad y/o asociación referida se toman nota en un registro de accionistas y/o libro de asociados.

El artículo 2075 CCCN excluye de la obligación de adecuación a los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos bajo derechos reales como propiedad horizontal Ley 13512, y al encuadre Decreto 9404/1986, con la servidumbre predial, dominio de las parcelas y dominio de la propiedad común. El derecho personal societario de los accionistas no es fundamental para ser tenido en cuenta en el encuadre legal, ya que aun si los titulares del sector residencial no fueran accionistas de la asociación civil en forma de sociedad anónima, propietaria de las áreas comunes, igualmente existirá la vinculación jurídica y funcional, conformando un conjunto único inescindible del complejo inmobiliario, con la constitución del derecho real de servidumbre. Al dictarse el Decreto 9404/1986, se dispuso –y nunca se cumplió– que el Registro de la Propiedad Inmobiliaria debía tomar nota de la afectación al referido encuadre.

¿Continuaría sosteniéndose una presunta inconstitucionalidad de la nueva normativa? Sin perjuicio de lo antedicho, los titulares del emprendimiento que se organizan en el marco del Decreto 9404/1986 pueden querer adecuarse al sistema consorcial de propiedad horizontal especial. En ese supuesto, tendría que haber acuerdo

3. Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/4/2015 (t. 2015-B, p. 869; AR/DOC/677/2015).

unánime, expresado en documentación privada o por escritura pública; y, asimismo, en mi opinión, el representante legal del complejo, también por escritura pública, **declararía que todas las propiedades existentes integran y componen un "consorcio de propiedad horizontal especial, Código Civil y Comercial de la Nación"**, sin necesidad de que se realicen actos notariales de transformación de los derechos reales vigentes en el derecho real de propiedad horizontal especial. Debe haber una conformidad unánime expresa de todos los titulares de las parcelas residenciales. **Si el registro publicita el terreno de las unidades funcionales propias, entonces no hay que rectificar ni readecuar porque esto es, precisamente, lo que ahora dice la ley** (opinión de Kemelmajer de Carlucci).

La Ley 13512 expresaba que el total del terreno o suelo del emprendimiento es propiedad común. Lo que se pretendió con la nueva normativa (art. 2075 CCCN) es que los emprendimientos constituidos como derechos personales y/o como combinación de derechos personales con derechos reales, obligatoriamente y por razones de seguridad jurídica, organización y principalmente oponibilidad frente a terceros, queden únicamente establecidos como constituidos en base a derechos reales, señalándose **propiedad horizontal con las particularidades de propiedad horizontal especial**. No sería obligatoria la adecuación formal para los que están organizados por propiedad horizontal (Ley 13512) ni para los que estuviesen correctamente encausados, según el Decreto 9404/1986, como dominio de parcelas residenciales, dominio de áreas comunes, propiedad de la asociación civil en forma de sociedad anónima y/o cualquier otro tipo societario y servidumbre predial sobre fundos áreas de uso común como sirvientes y sector residencial fundos dominantes, y, accesoriamente, servidumbre urbanística constituida sobre parcelas residenciales, fundos sirvientes a favor de inmuebles comunes y fundos dominantes.

Debe quedar claro que tener acciones o títulos societarios de la entidad jurídica propietaria de las áreas comunes no introduce ni mejora la vinculación jurídica funcional que conforma un complejo inescindible entre los sectores. No importa si se considera la acción inescindible del título de propiedad de la parcela residencial. Tal argumento convencional no tiene fuerza de derecho real. Podría existir el complejo inmobiliario inescindible, frente a terceros, con la servidumbre predial vinculante sin que los residentes sean socios de la propietaria de las áreas comunes.

Finalmente, es interesante observar que en los conjuntos inmobiliarios encuadrados linealmente por el Decreto 9404/1986, los titulares del sector residencial conforman una organización comunitaria consorcial, atento a que todos son titulares de fundos dominantes con derecho al uso y goce sobre las áreas de uso común, fundos sirvientes, según resultaría de la constitución de la servidumbre predial vinculante. En este último carácter de titulares de derecho por la servidumbre real, estarían conformando un consorcio similar a la propiedad horizontal, en la cual un conjunto de propietarios de unidades o parcelas residenciales son, a la vez, titulares de derechos reales de uso y goce que otorga la servidumbre, sobre los inmuebles afectados al uso recreativo y deportivo del emprendimiento. Y con esa organización de hecho ya estarían adecuados a las normativas de un régimen "consorcial". Deberán tener en cuenta que son de aplicación inmediata: el título ejecutivo de las expensas y el régimen de administración y opción de elección de consejo de propietarios para controlar la administración, y, desde ya, debiéndose cumplir con todas las estipulaciones de fondo

que tienen vigencia imperativa, retroactiva y de orden público: derecho de admisión-bolilla negra, etc.

Se está dando que algunos autores, incluso instituciones y academias vinculadas con el notariado, sustentan jurídicamente, en forma tremendamente equivocada, que el cumplimiento de la obligación de adecuación referida en el artículo 2075 CCCN es dificultoso o imposible. Esperan una ley aclaratoria o complementaria y/o una reglamentación. Me permito expresar que no todas las situaciones son iguales.[4] Lo que debe criticarse es que, en defensa de intereses o situaciones particulares, se pretenda convalidar la suspensión de la aplicación de la ley. De todas maneras, el orden jurídico y la norma imperativa y retroactiva harán sentir sus efectos de aplicación inmediata.

El Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires emitió la Orden de Servicio 45/2015, que calificó de "cumplimiento imposible el acceso registral de la adecuación de los conjuntos preexistentes" (p. 37).

Abella y Mariani de Vidal agregan:

> … si el conjunto inmobiliario fue creado con arreglo a las normas en vigor en un momento anterior, tal creación constituye una situación jurídica consolidada [de derechos adquiridos]

Hoy, en lugar de derechos adquiridos, se habla de garantías constitucionales que de ser afectadas hay que probarlas por parte del afectado.

Independientemente de que no se concrete la instrumentación formal de la adecuación dispuesta en el artículo 2075 CCCN, la ley de propiedad horizontal especial es imperativa, retroactiva, de orden público y de aplicación inmediata, operativa o funcional respecto de las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes en los conjuntos inmobiliarios, cualquiera fuere su formato jurídico, si ello redunda en soluciones más favorables para el emprendimiento. Los profesionales del derecho deben aplicar el nuevo régimen legal, que a mi consideración es muy bueno y superador de las reglamentaciones que regían con anterioridad al 1 de agosto de 2015.

Las obligaciones del pago de expensas tendrán título ejecutivo; las administraciones podrán renovarse sin personajes perpetuos ni con mayorías accionarias de oro; es muy importante el consejo de propietarios controlador; no podrá subsistir la bolilla negra-derecho de admisión. En propiedad horizontal, el terreno área residencial es propio, ya no es más común, etc.

Si los complejos organizados con el encuadre de la Ley 13512 y los que adoptaron la normativa provincial del Decreto 9404/1986, como hemos explicado, no necesitan adecuarse cumpliendo lo dispuesto en el CCCN, los que restan y quedan, realmente organizados como derechos personales combinados con derechos reales, serán pocos, y no existen dificultades de que se encuadren dentro de los derechos reales exclusivamente, como es el propósito legislado. No es necesaria adecuación en los PH ni tampoco en los encuadres del Decreto 9404/1986.

Los encuadres legales preexistentes se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real.

4. Ver Colman Lerner, Horacio, "Complejos inmobiliarios", en diario *La Nación* (suplemento "Propiedades"), 24/9/2016.

3. Retroactividad de la ley

Artículo 7

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.

Lorenzetti[5], analiza la interpretación del artículo 7 CCCN y expresa, entre varias afirmaciones, que

> Es una regla dirigida al juez para proteger la seguridad jurídica. Esta regla está dirigida al juez y le indica qué ley debe aplicar al resolver un caso (en cambio no está dirigida al legislador que puede dictar una ley diferente a la del Código, de la misma jerarquía normativa, estableciendo una retroactividad expresa), y establece que debe aplicar la ley de modo inmediato y que no tiene efecto retroactivo, con las excepciones previstas […]
> La ley entra en vigencia a partir de la fecha que establece (art. 5º) […] La segunda regla general es que la ley no puede tener efectos retroactivos. La excepción es que una ley lo establezca expresamente, pero en ese caso, no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales […]
> En el sistema actual la noción de retroactividad es una derivación del concepto de aplicación inmediata. Por lo tanto, la ley es retroactiva si se aplica a una relación o situación jurídica ya constituida o extinguida, o a efectos ya cumplidos bajo la ley anterior. La regla general es que la ley no tiene efectos retroactivos. La excepción es que la misma ley lo establezca, pero en este caso hay un límite: no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Kemelmajer de Carlucci expresó con referencia a los conjuntos inmobiliarios (countries y barrios cerrados):

> El artículo 2075, última parte, dispone expresamente: "Los conjuntos inmobiliarios preexistentes 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".
> Ése es un caso en que el CCyC ha dispuesto expresamente su aplicación retroactiva […] Como se explicó, la retroactividad está permitida. Quien pretenda que la aplicación de esta norma lo priva de un derecho constitucional, tiene la carga de acreditarlo.[6]

Asimismo, dijo:

> Si las leyes gobiernan el contenido o los efectos, cabe distinguir, con la opinión doctrinal predominante, entre situaciones legales y convencionales; la aplicación inmediata de la ley para los efectos que se produzcan en situaciones que tienen

5. Lorenzetti, Ricardo L., [comentario al art. 7], en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, pp. 45-49.

6. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 164.

> origen en actos de los particulares, la regla es que los rige la ley vigente al momento de la constitución.[7]

Y, refiriendo a Moisset de Espanés, conceptuó:

> … algunos cambios de legislación son sólo aparentes, pues el texto se limita a incorporar una solución (doctrinal o jurisprudencial) que ya integraba el sistema jurídico, de manera que no se ha producido un cambio real en el Derecho vigente y la nueva norma no encuentra dificultades para su aplicación inmediata, pues los problemas continúan solucionándose en el mismo sentido que antes de su incorporación.[8]

A veces, la retroactividad tiene por finalidad transar en una jurisprudencia contradictoria y, de este modo, terminar con situaciones litigiosas. La finalidad es legítima y razonable.

4. Conclusiones

- En los casos de los emprendimientos inmobiliarios, countries y barrios cerrados, la incorporación de normas regulatorias al CCCN ha conformado la legislación que estaba ausente y faltaba como ley de fondo.
- Ha tenido en cuenta la realidad, usos y costumbres, reglamentaciones provinciales, municipales y resoluciones ministeriales.
- Tuvo muy en cuenta las inconveniencias prácticas, las observaciones y cuestionamientos doctrinarios, diversos anteproyectos y proyectos de ley y finalmente impuso con acierto, en opinión del autor, una mejor reglamentación, que superó a la preexistente.
- Con el mismo techo normativo, se solucionaron simultáneamente los encuadres preexistentes: propiedad horizontal Ley 13512 y Decreto 9404/1986. Ha ocurrido lo expresado precedentemente: cambio de situación y enfoque jurídico, aparente, atento a que se incorpora una solución que ya se pensaba y era tenida en cuenta.
- La nueva normativa, retroactiva, no encuentra dificultad de aplicación.
- El organigrama legal para los clubes de campo y barrios cerrados continúa solucionándose con el mismo objetivo y sentido preexistente.
- La ley entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. Es retroactiva e imperativa y de orden público. Desde esa fecha, no es necesario instrumentar altas de construcción (Decreto 947/2004 derogado) ni modificar planos y reglamentos de copropiedad (hoy de propiedad).
- Se sustentan legalmente los subconsorcios para los edificios que en un country tienen independencia funcional.
- No se podrá impedir la reventa de las propiedades dentro del complejo. No va más el derecho de admisión.
- Se podrán constituir servidumbres prediales sobre inmuebles recreativos, asegurando aprovechamiento entre emprendimientos vecinos.

7. Ídem, p. 34.

8. Ídem, pp. 53-54.

- El terreno en los sectores residenciales PH ya no es más común.
- Las unidades se edifican en terreno propio y exclusivo.
- Las expensas las deben los propietarios y también todos los ocupantes de las unidades por cualquier título y/o derecho.
- El cercado perimetral para resguardo y seguridad es legal.
- Para mejorar infraestructuras y/o aumentar el área residencial y para incrementar la superficie de la propiedad ampliando, se regula el derecho de preferencia para comprar en las reventas, a favor del consorcio y/o de los propietarios.
- Como expresó el Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Buenos Aires, en la Orden de Servicio 45/2015, hay distintos criterios y opiniones académicas que responden a diferentes intereses.
- Algunos desarrolladores y particulares demorarán en aplicar la nueva normativa, pero la mayoría se impondrá, potenciando el derecho fuente de toda razón y justicia.
- Las disposiciones estructurales imperativas y de orden público que el legislador integró en los derechos reales no requieren para ser inmediatamente aplicadas del consentimiento de los habitantes.

5. Bibliografía

Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/4/2015 (t. 2015-B, p. 869; AR/DOC/677/2015).

Colman Lerner, Horacio, "Complejos inmobiliarios", en diario *La Nación* (suplemento "Propiedades"), 24/9/2016.

— *Clubes de campo y barrios cerrados*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2005.

— "Nuevas formas de contratación. Clubes de campo (country clubs)", en *Revista del Notariado*, Nº 801, 1985, pp. 471-485.

Kemelmajer de Carlucci, Aída R., *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Lorenzetti, Ricardo L., [comentario al art. 7], en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.

Roca Sastre, Ramón M., "La servidumbre predial como cauce adecuado del acceso registral de limitaciones privadas urbanísticas", en AA. VV., *Primer Congreso de Derecho Registral. Ponencias, actas, conferencias*, t. 1, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, 1965.

El fideicomiso inmobiliario y sus formas de celebración, o ¿escrituras para todos y todas?

Adrián C. Comas

RdN 925

RESUMEN

El Código Civil y Comercial establece en su artículo 1669 varias opciones para celebrar los contratos de fideicomiso. Para algunos, son solo dos posibilidades que deberían firmar todas las partes al celebrar dicho contrato, el instrumento público o el instrumento privado. Pero existiría también una tercera posibilidad, cuando se refiere a bienes inmuebles, la del instrumento privado que luego se transcribe en una escritura pública únicamente a requerimiento del fiduciario administrador. Esta tercera opción, que la norma considera específicamente como "suficiente", implicaría la no exigencia legal de la escritura pública firmada por todos los contratantes y, por lo tanto, que no toda documentación posterior en el fideicomiso debiera ser celebrada únicamente en escritura pública.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Artículos del Código Civil y Comercial a considerar.* ***3.*** *Análisis de la redacción del artículo 1669.* ***4.*** *Redacción de los restantes artículos citados.* ***5.*** *Si se celebró el contrato desde el inicio en escritura pública.* ***6.*** *Vinculación con otras ramas del derecho (societario y registral).* ***7.*** *Colofón.* ***8.*** *Bibliografía.*

1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) establece en su artículo 1669[1] varias opciones para celebrar los contratos de fideicomisos. Para algunos son solo dos posibilidades que deberían firmar todas las partes al celebrar dicho contrato, el instrumento público o el instrumento privado.[2] Pero existiría también una tercera posibilidad, cuando se refiere a bienes inmuebles, la del instrumento privado que luego se transcribe en una escritura pública únicamente a requerimiento del fiduciario ad-

1. D'Alessio, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, t. 1, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2015, pp. 701 y ss.; Clusellas, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 6, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 23 y ss.; Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 8, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 178 y ss.

2. Sierz, Susana V., *Nuevo Código Civil unificado. Doctrina y modelos. Instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015, pp. 23 y ss.

ministrador. Esta tercera opción, que la norma considera específicamente como "suficiente", implicaría la no exigencia legal ni de la primera opción, la escritura pública otorgada por todos los celebrantes, ni de la segunda, la del instrumento privado que vale como promesa de otorgar la escritura pública (con su posterior cumplimiento al firmarse la escritura pública por todos los celebrantes del instrumento privado). Esto implicaría también que no toda documentación posterior en el fideicomiso[3] debiera ser celebrada únicamente en escritura pública.

Desarrollaremos el temario en seis acápites.

2. Artículos del Código Civil y Comercial a considerar

Artículo 1015

Libertad de formas. Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada.

Artículo 1016

Modificaciones al contrato. La formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias, o que exista disposición legal en contrario.

Artículo 1017

Escritura pública. Deben otorgarse por escritura pública:
a) Los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa.
b) Los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles.
c) Todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública.
d) Los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben otorgarse en escritura pública.

Artículo 1018

Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento.

3. Acquarone, María t. y otros, *Fideicomisos al costo*, Buenos Aires, Bienes Raíces, 2011, pp. 281 y ss.; Capurro, Vanina L., Etchegaray, Natalio P. y Vázquez, María C., *Fideicomiso. Técnica y práctica documental*, Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 113 y ss.

Artículo 1618

Forma. La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual.
Deben otorgarse por escritura pública:
a) La cesión de derechos hereditarios.
b) La cesión de derechos litigiosos. Si no involucran derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento.
c) La cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública.

Artículo 1669

Forma. El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.

3. Análisis de la redacción del artículo 1669

Para "notarializar" la redacción, cambiamos el género instrumento público por la especie escritura pública, el género bienes por la especie inmuebles, y agregamos entre paréntesis las aclaraciones pertinentes (en forma reiterada para una mayor claridad).

Artículo 1669

Forma. El contrato, que debe inscribirse en el registro público que corresponda, puede celebrarse por escritura pública o instrumento privado, excepto cuando se refiere a inmuebles, cuya transmisión debe ser *(obviamente, al ser inmueble)* celebrada por escritura pública. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, *(se celebró en instrumento privado y no en escritura pública)* el contrato vale como promesa de otorgarla *(la escritura pública)*. Si la incorporación del inmueble es posterior a la celebración del contrato *(en instrumento privado)*, es **suficiente** con el cumplimiento, en esa oportunidad *(en la incorporación del inmueble)*, de las formalidades necesarias para su transferencia, *(la escritura pública)* debiéndose transcribir en el acto respectivo *(en la escritura pública de incorporación del inmueble)*, el contrato de fideicomiso *(celebrado en instrumento privado)*.

Con dicha redacción, queda en claro que la obligación legal del artículo 1669 establece varias posibilidades al celebrar el contrato de fideicomiso: a) escritura pública; b) instrumento privado; c) instrumento privado que, cuando se refiere a inmuebles, compromete a todos los firmantes a otorgar luego el mismo contrato en escritura pública; d) instrumento privado que luego se transcribe en la escritura pública de incorporación del inmueble.

Y si nos circunscribiéramos únicamente a los contratos de **fideicomiso** que se refieren únicamente a **inmuebles**, el texto del artículo 1669 CCCN sería:

> Forma. El contrato, que debe inscribirse en el registro público que corresponda, debe celebrarse por escritura pública cuando se refiere a inmuebles, cuya transmisión debe ser *(obviamente, al ser inmueble)* celebrada por escritura pública. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad *(se celebró en instrumento privado y no en escritura pública)*, el contrato vale como promesa de otorgarla *(la escritura pública)*. Si la incorporación del inmueble es posterior a la celebración del contrato *(en instrumento privado)*, es **suficiente** con el cumplimiento, en esa oportunidad *(en la incorporación del inmueble)*, de las formalidades necesarias para su transferencia *(la escritura pública)*, debiéndose transcribir en el acto respectivo *(en la escritura pública de incorporación del inmueble)* el contrato de fideicomiso *(celebrado en instrumento privado)*.

Para este caso (fideicomiso inmobiliario), el artículo 1669 CCCN establece tres posibilidades: a) escritura pública; b) instrumento privado que compromete a todos los firmantes a otorgar luego el mismo contrato en escritura pública; c) instrumento privado que luego se transcribe en la escritura pública de incorporación del inmueble.

Por lo tanto, al momento de otorgarse la escritura pública de incorporación del inmueble, los notarios nos podemos encontrar con que el contrato de fideicomiso fue celebrado en escritura pública o en instrumento privado. Si fuera escritura pública, simplemente mencionaremos que el fiduciario administrador administra el fideicomiso X, a mérito de la escritura pública X, cuya primera copia tenemos a la vista y agregamos en fotocopia autenticada a cabeza de nuestra escritura.

Si fue celebrado en instrumento privado, tendremos dos opciones:

a) Todos los firmantes del contrato original firmarían ahora una escritura pública donde mencionarían la celebración del contrato de fideicomiso en instrumento privado que en original exhiben. Se agrega en original o en fotocopia autenticada a cabeza de la escritura, se transcribe íntegramente el texto, certificando el notario que es copia fiel de su original, y todos los firmantes rubricarían la escritura en cumplimiento del artículo 1669, satisfaciendo de esta manera la promesa de otorgar todos la escritura pública.
b) En la misma escritura pública de incorporación del inmueble (o en otra anterior que en la segunda se relaciona y remite) se transcribe el contrato de fideicomiso.

Ahora bien, en este último caso, ¿quién sería el requirente que solicita la transcripción del contrato de fideicomiso? Evidentemente, solo el fiduciario administrador, ya que es el único que debe estar obligatoriamente presente y comparecer como parte adquirente en la escritura pública de incorporación del inmueble. Dicha incorporación consiste en la transferencia de dominio del inmueble a favor del administrador fiduciario, sea a título de "compra" del inmueble a un tercero con fondos del patrimonio fiduciario que administra o de "transferencia de dominio fiduciario" por parte del fiduciante propietario del inmueble.

En este último caso, además del fiduciario adquirente también comparece el fiduciante transmitente, pero seguramente no será este el único fiduciante en celebrar con el fiduciario el contrato de fideicomiso en instrumento privado; por tal motivo, la escritura pública de transcripción del contrato de fideicomiso no cumpliría con

la promesa legal de otorgar la escritura pública asumida por todos los firmantes del contrato de fideicomiso celebrado en instrumento privado. Sin embargo, sí se estaría cumpliendo con la obligación legal que surge del último párrafo del artículo 1669 CCCN, que dispone que si el contrato se celebró en instrumento privado y con posterioridad se incorpora el inmueble, es "**suficiente que se transcriba**" el contrato de fideicomiso en la escritura pública de incorporación del inmueble. Esta última parte establece, en definitiva, que **ya no sería exigible** el cumplir con la promesa de todos los firmantes del contrato de fideicomiso de otorgar el mismo en escritura pública, porque sería **suficiente** la transcripción del contrato en la escritura de incorporación del inmueble, a requerimiento, obviamente, del fiduciario administrador que recibe el inmueble que se incorpora al patrimonio fiduciario que administra.

De la propia redacción surge claramente que la tercera opción sería "en lugar de" las dos primeras, ya que entender que sería "además de" implicaría que el legislador estaría obligando a que un contrato de fideicomiso inmobiliario que fue celebrado por las partes en escritura pública volviera a ser nuevamente transcripto en la escritura pública de incorporación del inmueble, lo que sería, a todas luces, totalmente innecesario y redundante. En base a estas consideraciones, si la obligación legal se cumple por ser suficiente con la mera transcripción en escritura pública que realiza solo el fiduciario, ¿se puede considerar en ese caso que el contrato de fideicomiso fue "celebrado en escritura pública por todos los firmantes"? Evidentemente no. El contrato se celebró por todos los firmantes en instrumento privado y se cumplió con la obligación legal de la última parte del artículo 1669, con una escritura pública suscripta únicamente por el fiduciario administrador como requirente de dicha protocolización.

Desde el punto de vista notarial, sería aún más práctico que el fiduciario transcribiera la totalidad del contrato de fideicomiso en una escritura pública anterior y autónoma, y no en la misma escritura pública de incorporación del inmueble, en la que simplemente se remitiría a la escritura anterior de protocolización del contrato. Lo mismo haríamos con siguientes escrituras públicas de incorporación de otros inmuebles al mismo fideicomiso, sin necesidad de transcribir el contrato en cada una de ellas y remitiendo todas a la referida escritura pública de protocolización.

4. Redacción de los restantes artículos citados

Artículo 1015

> Libertad de formas. Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada.

En base a este artículo, el contrato de fideicomiso tiene forma escrita, en tres opciones: escritura pública firmada por todos los celebrantes, instrumento privado firmado por todos los celebrantes, instrumento privado firmado por todos los celebrantes que luego se transcribe en una escritura pública a pedido únicamente del fiduciario administrador como requirente.

Artículo 1016

> Modificaciones al contrato. La formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que ellas versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias, o que exista disposición legal en contrario.

De optarse por la tercera opción, encontramos que el instrumento privado firmado por todos los celebrantes del contrato de fideicomiso se transcribe, posteriormente, en una escritura pública a pedido del fiduciario administrador como requirente. En este caso, la formalidad exigida para las modificaciones ulteriores del contrato de fideicomiso es también un instrumento privado celebrado por todas las partes del contrato original, o sus sucesores, que luego el administrador fiduciario unilateralmente transcribirá en una nueva escritura pública, relacionándola con la escritura pública donde se había transcripto el contrato original.

Artículo 1017

> Escritura pública. Deben ser otorgados por escritura pública: […]
> c) Todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública.
> d) Los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública.

De optarse por la tercera opción ya referida, las modificaciones serían accesorias del contrato de fideicomiso, que no fue otorgado por las partes por escritura pública (sino solo transcripto en una escritura por el fiduciario), ya que esa fue justamente la "disposición de la ley" que surge del artículo 1669 CCCN (3ª parte), que consideró "suficiente" dicha opción en sustitución de la disposición de la segunda parte de dicho artículo, que establecía la promesa de otorgar escritura pública. Por lo tanto, las posteriores modificaciones del contrato formalizado de esa manera no deben ser otorgadas tampoco por todos los celebrantes en escritura pública, ya que no sería obligatorio ni por acuerdo expreso de partes ni por disposición de la ley.

Artículo 1018

> Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea, asegurado su cumplimiento.

En este caso, si el contrato de fideicomiso fue celebrado por todos los celebrantes en instrumento privado y no se cumplió, como mínimo, con la obligación legal de la tercera parte del artículo 1669, queda subsistente por lo tanto la obligación de la segunda parte de dicho artículo, o sea la promesa de todos los firmantes de otorgar la escritura pública. Si alguno de los firmantes lo exige, y los restantes no cumplen

con dicha obligación, el juez los condenará a otorgarlo, o lo hará el juez en definitiva, en representación de los condenados a otorgarlo. Pero si ya se había cumplido con la disposición legal de la tercera parte del artículo 1669, como es suficiente para la ley, no sería ya exigible el cumplir con la opción de la segunda parte. Si una de las partes del contrato demanda judicialmente el cumplimiento de la referida obligación de hacer a los restantes firmantes, que consistiría en que todos otorguen la escritura pública (conforme a la segunda opción del art. 1669), y los demandados responden que ya se cumplió con la obligación legal que surge de la tercera opción de dicho artículo y acompañan la primera copia de la escritura pública de incorporación del inmueble en la que, a requerimiento del fiduciario administrador, se transcribió el texto del referido contrato de fideicomiso celebrado en instrumento privado, ¿no daría el juez por cumplida la obligación legal, por acreditarse en una escritura pública que se cumplió la misma en la tercera de las opciones permitidas?

Artículo 1618

> Forma. La cesión debe hacerse por escrito […]
> Deben otorgarse por escritura pública: […]
> c) La cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública.

Si se optó por la forma de celebración de la tercera parte del artículo 1669 (instrumento privado transcripto en una escritura pública por el administrador fiduciario), la posterior cesión de derechos derivados del instrumento privado simplemente transcripto en una escritura pública (que es la cesión de posición contractual en el fideicomiso) puede también celebrarse en instrumento privado. No es obligatoria la escritura pública, ya que no serían estrictamente derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública porque en el caso de marras no fue instrumentado por todos los celebrantes, sino solo protocolizado a requerimiento del fiduciario.

5. Si se celebró el contrato desde el inicio en escritura pública

Vayamos ahora a otro supuesto: se celebró el contrato de fideicomiso en escritura pública y luego se formalizó la escritura pública de incorporación de un inmueble en la que no fue necesario transcribir el contrato, ya que simplemente se remitió a la escritura pública de celebración del contrato de fideicomiso.

Las partes ejercieron su derecho de libertad de formas y optaron por celebrar el contrato de fideicomiso en escritura pública, en lugar de optar por un instrumento privado con la simple transcripción posterior del mismo en la escritura de incorporación del inmueble. En este ejercicio de su derecho de libertad de formas, en la escritura pública de celebración del contrato de fideicomiso, y conforme al contenido del contrato de fideicomiso que establece el artículo 1667, los firmantes expresamente pactaron:

- Que se celebraba un contrato de fideicomiso.
- Que se identificaba el patrimonio fiduciario creado con una denominación de fantasía, con el domicilio contractual del fideicomiso (el que obtendría su clave

de identificación tributaria [CUIT] con dicha denominación y dicho domicilio como el fiscal ante la Administración Federal de Ingresos Públicos [AFIP]) y con determinada fecha de cierre del ejercicio fiscal.
- El plazo del contrato.
- La manda fiduciaria consistente en la posterior incorporación por escritura pública de un inmueble que identificaban y la construcción en él de un emprendimiento edilicio que se realizaría con fondos fiduciarios que aportarían en el futuro quienes suscribieran convenios de adhesión como fiduciantes adherentes.
- Todos los derechos y obligaciones de quienes fueran los fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios.
- Los derechos y obligaciones del fiduciario (que identificaron en la escritura y comparece a la misma, aceptando el cargo).
- Que los fiduciantes y beneficiarios serían las personas humanas o jurídicas por convenios de adhesión que posteriormente suscribieran cada uno con el fiduciario por instrumento privado (pactando si sería con o sin firmas certificadas notarialmente).
- Que las posteriores cesiones de posición contractual que celebraran los fiduciantes adherentes originales a favor de terceros, en forma onerosa o gratuita, debían ser celebradas también en instrumento privado (pactando si serían con o sin firmas certificadas), con firma del fiduciario, notificándose (y eventualmente con su conformidad si había prestaciones pendientes de cumplimiento por el fiduciante adherente cedente).
- Que las características del emprendimiento edilicio, la calidad de los materiales, los plazos constructivos, etc., surgirían de los pertinentes anexos que suscribiría oportunamente el fiduciario, también por instrumentos privados (con o sin firma certificada).
- Que se celebrarían en escritura pública las posteriores modificaciones contractuales al fideicomiso, la sustitución del fiduciario y la extinción del contrato de fideicomiso luego del cumplimiento de la manda.

Como la manda es la construcción de un emprendimiento edilicio, al firmarse el contrato de fideicomiso no se conoce aún quiénes van a ser los inversores que, como fiduciantes/beneficiarios, se comprometerán oportunamente a realizar aportes de dinero efectivo en los plazos necesarios para el desarrollo de la obra y que, como contraprestación, recibirán determinada cantidad de metros cuadrados una vez finalizada la obra –y, si se estuviere previsto afectarlo al régimen de propiedad horizontal, recibirán la unidad funcional y complementaria que se pacte–. Por lo tanto, resuelven expresamente que dicha "adhesión" posterior al contrato de fideicomiso y a sus cláusulas (sin posibilidad de cambiarlas, por ser solo de "adhesión", pero estipulando expresamente los montos, plazos y la identificación de lo que recibirán) se celebraría con cada nuevo inversor en instrumentos privados, no siendo necesario formalizarlo en escritura pública. De esta manera, en la escritura pública del contrato de fideicomiso constan expresamente los datos que permiten la individualización futura de cada beneficiario, tal como exige el artículo 1671 CCCN (p. ej.: cada fiduciante beneficiario surgirá de cada instrumento privado de adhesión que oportunamente suscriba el fiduciario con cada fiduciante adherente beneficiario y de cada posterior instrumento privado de cesión de posición contractual que haga cada uno de ellos como cedente, a favor de un tercero cesionario).

Si nos encontramos con una escritura pública de celebración del contrato de fideicomiso en dichos términos, veremos que las partes optaron voluntariamente, dentro de la libertad de formas del artículo 1015 CCCN y las tres opciones referidas del artículo 1669, por la primera opción, escritura pública, cuando podrían haber optado por la tercera (siendo suficiente el instrumento privado que luego el fiduciario transcribe unilateralmente en la posterior escritura pública de incorporación del inmueble). Por lo tanto, la opción de firmar la escritura pública fue solo por acuerdo de partes y no por una obligación legal.

En ejercicio de dicha libertad de formas, expresamente pactaron, conforme al artículo 1016 CCCN, qué modificaciones ulteriores que le fueran introducidas al contrato de fideicomiso debían ser celebradas también en escritura pública y cuáles –por una cuestión de celeridad, costo y practicidad, por la enorme cantidad de documentación a suscribir (los anexos de características de la construcción, cada uno de los contratos de adhesión en el que se identifica a cada fiduciante adherente al fideicomiso con el detalle de su prestación, forma, plazos y el detalle de la contraprestación que recibiría como beneficiario, además de las posteriores cesiones que hicieran cada uno de los fiduciantes beneficiarios)– debían ser celebradas solamente por instrumento privado, por estar mencionada claramente la forma de identificarlos en la escritura pública y por considerar expresa y claramente las partes que cada posterior identificación concreta de fiduciante beneficiario se trata de las "estipulaciones accesorias o secundarias" que establece el artículo 1016 *in fine* y que pueden celebrarse por instrumento privado, sin necesidad de celebrarse en escritura pública. Esto también se vincula con los artículos 1017, inciso d, y 1618, inciso c, del CCCN.

Por todo lo expuesto, teniendo dicha libertad de formas, las partes pueden decidir libremente que el contrato de fideicomiso se celebre en escritura pública; lo mismo sus modificaciones. Y, como no es por una obligación legal, también pueden expresamente decidir que los simples convenios de adhesión y la cesión de los mismos se celebren en instrumento privado.

6. Vinculación con otras ramas del derecho (societario y registral)

Estas consideraciones traen a colación un tema societario. La Ley General de Sociedades 19550 (LGS) no establece la obligación de escritura pública para la celebración del contrato constitutivo, sus modificaciones o cesiones de cuotas sociales de las sociedades de responsabilidad limitada (SRL). Es optativo para las partes. De esa manera, hace décadas, vemos en los contratos sociales de las SRL que se intercalan continuamente instrumentos privados y escrituras públicas.

Si los socios fundadores optaron, en dicha libertad de formas, por constituir la sociedad en escritura pública, ¿no deberían celebrarse también en escritura pública las posteriores modificaciones y cesiones de cuotas sociales, a tenor de los artículos 1017 (incs. c y d) y 1618 (inc. c)? Pues nadie lo ha exigido ni ha impugnado dichas modificaciones, reformas de contratos o cesiones de derechos sobre cuotas sociales formalizadas en instrumentos privados, argumentando que implicaban solo promesas de celebrar la escritura pública. Y esto es así porque la disposición legal no dispone en la constitución social y sus reformas la escritura pública como única posibilidad. Las partes tienen la libertad de formas; algunas veces optan por la escritura pública y otras por el instrumento privado.

Algo similar –aunque no idéntico– pasaría con el contrato de fideicomiso. Las partes tienen la libertad de formas (las tres opciones del art. 1669; la tercera se consideraría legalmente suficiente y sustituye a la primera y a la segunda) y pueden pactar celebrar el contrato de fideicomiso por cualquiera de las tres, y también pactar libremente que las modificaciones posteriores se hagan también por la tercera opción (debiendo el fiduciario transcribirlas unilateralmente en una nueva escritura pública). Además, si optaron por la primera opción (escritura pública), para la celebración del fideicomiso pueden pactar que las modificaciones posteriores se celebren también en escritura pública, pero que los convenios de adhesión y sus cesiones lo hagan solamente por instrumento privado.

La normativa de considerar suficiente la transcripción del contrato de fideicomiso en la escritura de incorporación del inmueble es evidentemente a los efectos de poder contar con la transparencia y practicidad de acceder al contrato de fideicomiso en forma rápida y segura, por su transcripción a un protocolo notarial a requerimiento del fiduciario administrador. Las posteriores modificaciones contractuales que se transcriban en nuevas escrituras públicas a requerimiento del fiduciario administrador tendrían el mismo objetivo, pudiendo relacionarse todas las escrituras por notas marginales, para que accediendo a unas se remita a las otras.

De la misma manera, se estableció, en el artículo 1669, la necesidad de inscripción del contrato de fideicomiso en el registro público que corresponda. Aún no tenemos claro a cuál se refiere concretamente, si al registro público de comercio de cada jurisdicción que citaban el Código de Comercio y la anterior Ley de Sociedades Comerciales, al registro público que menciona el CCCN o a un registro público especial para fideicomisos cuya creación legislaría cada jurisdicción.

La Inspección General de Justicia (IGJ), a cargo del registro público de comercio de Capital Federal, considera en su Resolución general 7/2015 que tiene a su cargo el registro público que menciona el CCCN y que es el mismo que tiene también a su cargo inscribir los fideicomisos en el ámbito de la Capital Federal, conforme al artículo 1669. Asimismo, en dicha normativa reglamentaria establece que inscribe los contratos de fideicomisos, sus modificaciones contractuales, la designación y sustitución del fiduciario y la extinción del contrato; nada dice de los anexos, ni de los convenios de adhesión por fiduciantes adherentes, ni de las cesiones de derechos de dicha posición contractual como fiduciantes y beneficiarios. Y, con respecto a la forma de celebración, determina que los notarios pueden firmar los dictámenes de precalificación profesional únicamente en los trámites de inscripción de los contratos de fideicomisos formalizados en escritura pública (serían la primera y la tercera opciones del art. 1669), mientras que los abogados únicamente pueden hacerlo en los trámites de inscripción con relación a los contratos de fideicomisos formalizados en instrumentos privados.

7. Colofón

La normativa legal es nueva (el CCCN entró en vigencia el 1 de agosto de 2015), por lo que recién empiezan a emitirse las resoluciones administrativas de cada organismo registral o fiscal. Aún no tenemos claro si habrá pronto nuevas disposiciones que aclaren o reglamenten el CCCN. Por lo tanto, es nuestro deber como notarios ope-

radores del derecho intentar aclarar y establecer los primeros rumbos a seguir y las formas que debemos dar a la celebración de los contratos dentro de las opciones que establecen las disposiciones legales, especialmente teniendo en cuenta la realidad del mercado y el gran uso que hacen los restantes operadores del derecho de los contratos de fideicomisos de construcción, en los que, proyectando enormes emprendimientos, se redacta primero un contrato de fideicomiso con enorme cantidad de artículos y, luego de suscripto, se formalizan durante el desarrollo del emprendimiento cientos de convenios de adhesión, uno por cada unidad a adjudicar. Allí solo se detallan los datos del inversor como fiduciante beneficiario, el monto y los plazos de sus aportes de dinero y la unidad prometida como su futura contraprestación, siendo cada convenio una simple adhesión y remisión al contrato de fideicomiso original, pero que en nada lo modifica.

En base a la nueva normativa, el contrato de fideicomiso se formalizará en escritura pública, pero que también se otorguen en escritura pública los cientos de contratos de adhesión a dicho contrato base, con sus posteriores complementos, modificaciones por cambio en las condiciones económicas del país y su reflejo en el emprendimiento constructivo, recibos de pago parciales o finales, etc., es una opción no muy aceptable para los emprendedores, los desarrolladores, los fiduciarios y los operadores del derecho no notariales. Sería una utopía notarial que todo se formalizara en escritura pública y, aunque en el futuro se pueda opinar doctrinariamente que la normativa obliga a otorgar todo en escritura pública, la realidad económica implicaría un eventual desuetudo. Además, si los jueces convalidaran la opinión de que todo se tiene que formalizar en escritura pública, esto generaría que los emprendedores desistieran de utilizar este instituto en el futuro, por haber perdido su celeridad y practicidad para la suscripción de los cientos de contratos de adhesión.

8. Bibliografía

Acquarone, María T. y otros, *Fideicomisos al costo*, Buenos Aires, Bienes Raíces, 2011.

Capurro, Vanina L., Etchegaray, Natalio P. y Vázquez, María C., *Fideicomiso. Técnica y práctica documental*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

Clusellas, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 6, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

D'Alessio, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, t. 1, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2015.

Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 8, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

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

Sobre el carácter vinculante de las directivas médicas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con capacidad restringida*

María M. Córdoba

Natalia A. Echecury

Marianela R. Graizzaro

Romina A. Rajmil

RdN 926

RESUMEN

En el presente trabajo, se sostiene que adolescentes y personas con capacidad restringida tienen derecho a hacer manifestaciones en actos de autoprotección, las que serán tenidas en cuenta al momento de prestarse el consentimiento para el acto médico. Este derecho constitucional a ser oído no debe ser limitado en modo alguno. Los actos de autoprotección que contengan directivas anticipadas de salud otorgadas por adolescentes mayores de dieciséis años y personas con capacidad restringida a quienes no se ha limitado expresamente su capacidad para otorgarlas tienen carácter vinculante y son de cumplimiento obligatorio si han cumplido con la forma requerida por la Ley 26529, modificada por la 26742, que exige que sean efectuadas ante escribano público o juez de primera instancia, con la presencia de dos testigos.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *El sistema de capacidad en el Código Civil y Comercial.* ***3.*** *Capacidad y competencia bioética.* ***4.*** *Diferencias entre el consentimiento informado y las directivas anticipadas.* ***5.*** *Conclusiones.* ***6.*** *Bibliografía.*

1. Introducción

Toda persona tiene derecho a proyectar su propio plan de vida y a decidir sobre cuestiones referidas a su salud. Se trata de un derecho personalísimo, que solo puede ser ejercido por su titular; por tal motivo, consentir o rechazar tratamientos médicos es tarea exclusiva del paciente y de nadie más. Sin embargo, cuando un niño, un ado-

* Versión revisada y corregida –especial para la *Revista del Notariado*– del trabajo presentado por las autoras en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016).

lescente o una persona con capacidad restringida quiere tomar decisiones referentes a estos derechos tan trascendentales, como lo son su vida y su propio cuerpo, ya no nos parece tan natural y cuestionamos su decisión, sin advertir que es esta y la de nadie más la que debe prevalecer.

Entendemos que nadie puede ser privado de su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Como expresan Llorens y Rajmil,[1]

> El derecho de las personas menores de edad a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez es reconocido con la amplitud suficiente para abarcar todos los asuntos de su interés, tanto en la CDN (art. 12) como en la Ley 26061 (artículos 2, 3, 19, 24 y 27).

También agregan que

> El art. 2 inc. e) de la ley 26529 admite la competencia bioética de los niños, niñas y adolescentes para participar en la toma de decisión en materia de salud conforme con las disposiciones de la ley 26061, esto es, cuando tienen el discernimiento necesario para ello.

Le asisten los mismos derechos a las personas con alguna restricción en su capacidad siempre que tengan la aptitud suficiente para comprender el acto y este no se encuentre expresamente vedado en la sentencia respectiva (arts. 3 y 12, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - Ley 26378 [CDPD]; y art. 7 inc. k, art. 10 Ley 26657). Esto en base a los postulados de la CDPD, tales como:

- El artículo 3, inciso a), que establece como principio general "el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas";
- El artículo 7, párrafo 3, que acuerda el derecho de niños y niñas con discapacidad a expresar su opinión;
- El artículo 12, que plasma el principio de igual reconocimiento como persona ante la ley, acordando tanto el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica como al de igualdad de condiciones ante la ley, adoptando el régimen de apoyos para lograr el efectivo ejercicio de los derechos. (Es importante destacar que cuando refiere a "salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos", agrega que "esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona".

Tradicionalmente, el derecho civil con su sistema de sustitución de la voluntad en el régimen de la representación legal (padres o tutores para los menores y curador para el incapaz) ha silenciado a quienes deberían ser los mayores interesados en que su plan de vida sea respetado y valorado.

En la XXXI Jornada Notarial Argentina (Córdoba, 7-9 agosto 2014) se concluyó que

> Las directivas anticipadas de salud constituyen una especie dentro del género de los actos de autoprotección.

1. Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B., "Derecho de autoprotección y directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], Buenos Aires, 22/2/2016, MJ-DOC-7622-AR, MJD7622.

> Por mayoría: Se reconoce el derecho del menor a ser oído en los tratamientos médicos que lo involucren. Las directivas anticipadas de salud, sólo pueden ser otorgadas por personas capaces, mayores de edad, conforme lo establecido por el art. 11 de la ley 26529 modificada por ley 26742.
> Por minoría: Es posible el otorgamiento de directivas anticipadas de salud por menores de edad, según el grado de madurez y desarrollo, sin efecto vinculante. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires y provincia de Chaco).[2]

¿Por qué surge la duda acerca de qué actos pueden o no otorgar los adolescentes y personas con capacidad restringida en cuestiones vinculadas con su salud? Porque el sistema completo de capacidad equipara incapacidad con minoridad; siguen usándose como sinónimos *capacidad* y *discernimiento*, y no internalizamos que la regla en nuestro derecho es la capacidad de ejercicio con excepciones. Esperamos que sea la norma quien habilite el ejercicio, cuando el pensamiento debería ser que todo lo que no está expresamente prohibido para el menor o persona con capacidad restringida está permitido.

Otro motivo que puede llevar a la errónea interpretación de negarles a los adolescentes y personas con capacidad restringida la oportunidad de expresar directivas anticipadas es la equiparación de directivas anticipadas con consentimiento informado, error que incluso encontramos en alguna legislación. A dos años de las referidas jornadas, ¿podemos seguir afirmando lo mismo o ha cambiado algo el panorama, a la luz de la sanción del Código Civil y Comercial y el avance jurisprudencial? ¿Podemos seguir opinando que los niños y personas con capacidad restringida no pueden comparecer en actas notariales para expresarse y que, si lo hacen, su manifestación puede ser dejada de lado sin más?

El propósito de este trabajo es reflexionar sobre cómo los principios constitucionales deben calar en la práctica jurídica para que niños y personas con capacidad restringida puedan ejercer sus derechos a la vida y la salud de la manera más plena y autónoma posible.

2. El sistema de capacidad en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial (en adelante, CCCN o el Código) recepta los postulados adoptados por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (Ley 23849) y la CDPD, erigidos sobre la presunción de capacidad de toda persona, quien podrá hacer todo lo que desee, pueda o quiera hacer, con la única restricción proveniente de la imposibilidad propia de su naturaleza (tal como es el caso de los nonatos), o de su natural inmadurez (niños), o de la sentencia (en los supuestos de restricción a la capacidad). Es inapropiado asimilar capacidad de ejercicio con discernimiento. Como expresan Llorens y Rajmil,

> La confusión entre capacidad de ejercicio y discernimiento no es sólo terminológica. Al no aceptarse ella conceptualmente en plenitud, resulta imposible comprender que la *capacidad* para ejercer determinados derechos per se no le puede ser vedada a persona alguna. Distinto es que la naturaleza le permita

2. XXXI Jornada Notarial Argentina (Córdoba, 7-9 agosto 2014), Conclusiones, Comisión IV, de *lege lata*, punto 7), p. 19.

> efectivamente ejercerlos, esto es, que tenga el *discernimiento* necesario y pueda exteriorizarlo de manera apropiada.[3]

El sistema de capacidad instaurado por el Código es tratado en los artículos 22 al 50 y se divide en tres secciones: la primera, de principios generales, la segunda trata la menor edad y la tercera regula las restricciones a la capacidad. Si bien deja de lado el sistema binario de capacidad-incapacidad y la clasificación de menores púberes, impúberes y adultos que reguló Vélez Sarsfield –y, más tarde, la reforma de 1968– continúa utilizando la palabra *incapaz*, aunque en forma residual, y establece un criterio mixto de determinación de incapacidad para los niños, agregando al parámetro etario fijo el parámetro flexible de grado de madurez suficiente.[4]

Luego de reconocerle a todo ser humano la capacidad de derecho, se encarga de anticipar que la ley puede establecer incapacidades (art. 22 CCCN). Son estas las incapacidades de derecho. Luego, proclama de manera amplia la capacidad de ejercicio, pero prevé limitaciones, que también podrán ser establecidas por los jueces en una sentencia (art. 23). A continuación, el artículo 24 enuncia quiénes son los incapaces de ejercicio y parece borrar con el codo lo que se escribió en el artículo anterior. El artículo 25 define que menor es la persona que no ha cumplido dieciocho años y llama adolescente al menor que ha cumplido trece años, incorporando así esta nueva categoría.

El artículo 26 regula el ejercicio de los derechos por parte de la persona menor de edad, expresando como norma general que el menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, invirtiendo de esta manera la regla plasmada en el artículo 23. Lejos de ser la regla, debería ser la excepción, ya que esta representación solo tendría sustento cuando el menor no pueda ejercerlos por sí mismo, solo o con asistencia. Es decir, se trataría de una figura residual, que tiene sus raíces en el deber de cuidado, intrínseco en las relaciones parentales. El segundo párrafo precisa que "no obstante, la [persona menor de edad] que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico". Vemos así que el artículo reviste una contradicción literal, ya que por un lado amplía la capacidad del menor con los conceptos de edad y grado de madurez suficiente, pero, desafortunadamente, por el otro, la restringe con esa última expresión.

La restricción a la capacidad para determinados actos puede ser dictada judicialmente a partir de los trece años y, siguiendo los principios convencionales, el Código Civil y Comercial establece el sistema de apoyos y salvaguardias. Excepcionalmente, en los casos de pérdida total de discernimiento, el juez puede restringir totalmente la capacidad de ejercicio y nombrar un curador (art. 32 CCCN). Consideramos que esta categoría residual de incapacidad absoluta va de plano contra los postulados convencionales; nadie debería ser declarado incapaz –reiteramos– porque la limitación no es jurídica sino propia de la naturaleza.

3. Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B., "¿Existen personas humanas incapaces de ejercicio en el derecho civil argentino?", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2016 (marzo), p. 145 (AR/DOC/326/2016).

4. Ver Echecury, Natalia A., Graizzaro, Marianela R. y Rajmil, Romina A., "Reuniones de estudio del Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Rosario, Instituto de Derecho e Integración - Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Nº 11, 2015, p. 182. [N. del E.: ver portal oficial del IDeI en http://www.escribanos-stafe2da.org.ar/].

La CDPD incorpora en su artículo 12 los conceptos de apoyo y salvaguardia. Se ha identificado el primero como la asistencia necesaria para que la persona pueda ejercer sus derechos por sí misma. La noción de apoyo no solo remite a lo jurídico sino a todo aquello que ayude al ejercicio autónomo de los derechos de las personas vulnerables, sin que su voluntad sea reemplazada, a diferencia de la figura del curador, que sustituye la voluntad de la persona. Los apoyos son los instrumentos que ayudan o acompañan a una persona para ejercer sus derechos de modo pleno. Por su parte, las salvaguardias apuntan a aquellas medidas necesarias para impedir los abusos y garantizar la efectiva protección de los derechos de las personas con discapacidad.

La Asociación Americana sobre Discapacidades Intelectuales y de Desarrollo (AAIDD), en el año 2002, definió los *apoyos* como los recursos y estrategias que pretenden promover el desarrollo, educación, intereses y bienestar personal de una persona y que mejoran el funcionamiento individual. Los servicios son un tipo de apoyo que proporcionan los profesionales y las instituciones. La importancia de los apoyos reside en el hecho de que estos permiten proporcionar una base natural, eficiente y continua para mejorar los resultados personales.[5]

No dudamos que un sistema de apoyos adecuado y personalizado es fundamental para garantizar la plena participación de las personas en situación de vulnerabilidad en el proceso decisivo.

3. Capacidad y competencia bioética

Llevada la cuestión al ejercicio del derecho a la salud y, más precisamente, a la posibilidad de prestar el consentimiento informado a una práctica o tratamiento médico y otorgar directivas médicas anticipadas, es preciso determinar si para ello se debe contar con capacidad desde el punto de vista civil o si es suficiente el discernimiento. Ballarini explica que el niño, la niña o el adolescente, aun no contando con la mayoría de edad, puede ser autónomo para decidir sobre las prácticas médicas que lo afecten. La noción bioética de competencia se asienta en examinar la existencia de un discernimiento suficiente para poder recibir información acorde a la edad y tomar una decisión libre. Separada de la clásica idea de capacidad-incapacidad, la competencia analiza si el sujeto puede entender acabadamente si puede razonar alternativas y si tiene valores para poder juzgar; en otras palabras, como dice Rivera, que pueda entender lo que es bueno o malo para su salud, independientemente del régimen de capacidad vigente.[6]

Ciruzzi[7] considera que

> … la capacidad civil supone la posibilidad de celebrar por sí actos jurídicos, esto es, ser titular de derechos (capacidad de derecho) y la facultad de poder ejer-

5. Verdugo Alonso, Miguel Á., "Aportaciones de la definición de retraso mental (AAMR, 2002) a la corriente inclusiva de las personas con discapacidad" [online], publicado en Servicio de Información sobre Discapacidad [portal web de la Universidad de Salamanca], [s. f.], [s. e.] [http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO6569/verdugo.pdf].

6. Ballarini, Luciano A., "Autonomía de la voluntad en materia de salud de niños, niñas y adolescentes (en la ley 26529, texto según ley 26742)", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 23/4/2014 (t. 257, p. 725).

7. Ciruzzi, María S., *La autonomía del paciente pediátrico, ¿mito, utopía o realidad?*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2011, p. 31.

> cer esos derechos (capacidad de hecho) […] En cambio, la competencia bioética es un concepto que pertenece al área del ejercicio de los derechos personalísimos y supone poseer la capacidad necesaria para hacer efectivo el derecho personalísimo a la salud y a la vida, tomando por sí mismo decisiones que hacen a su cuidado y asistencia. Esta aptitud que posee toda persona no se adquiere en un momento determinado sino que se va formando y requiere una evolución que solo se alcanza con el transcurso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez.

La distinción entre capacidad y competencia se funda en la teoría de la mayoría médica anticipada, que sostiene que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes que su mayoría de edad. Tiene sus orígenes en el resonante caso "Gillick",[8] en el cual la Corte de los Lores del Reino Unido sostuvo que el derecho de los padres a elegir si sus hijos siguen o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de aprehender la opción propuesta. Es así que, a partir de este caso, comenzó a utilizarse la expresión "*Gillick competent*" para referirse a aquella persona que ha alcanzado suficiente aptitud para comprender e inteligencia para expresar su voluntad respecto del tratamiento específicamente propuesto.[9]

En nuestro país, las leyes de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (26061), Salud Pública (26529) y Salud Mental (26657) legislan estas materias, incorporando el concepto de competencia bioética y equiparando en todos los casos a los adolescentes mayores de 16 años con los "adultos", "mayores" o "plenamente capaces". El ya analizado artículo 26 CCCN también recepta toda esta doctrina y establece la regla de la competencia progresiva en materia de cuidado del propio cuerpo. Así, el adolescente mayor de trece años decidirá por sí mismo y sin asistencia, aun en contra de la opinión de sus progenitores, en cuestiones que no impliquen prácticas invasivas ni pongan en riesgo su vida. En caso de que el tratamiento propuesto sea invasivo o ponga en riesgo su vida, el consentimiento se conformará con la asistencia de sus responsables parentales. En este último supuesto, se deja a un lado el instituto de la representación y se incorpora el concepto de asistencia, en la cual la voluntad del menor no es sustituida por la de sus padres sino que ellos son llamados conjuntamente en el ejercicio de sus derechos.[10]

Excede a este trabajo conceptualizar cuales son los tratamientos considerados invasivos, ya que creemos que es materia de la ciencia médica y de cada caso en concreto la ponderación del riesgo de vida para el adolescente. Este punto nos hace inclinarnos especialmente por el carácter vinculante de la directiva médica anticipada, ya que al momento de su valoración, es decir, cuando el adolescente o persona con capacidad restringida se encuentre sin discernimiento, la directiva expresará la voluntad del interesado para conformar su consentimiento.

8. United Kingdom House of Lords, 17/10/1985, "Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority".

9. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho del niño a su propio cuerpo", en Bergel, S. D. y Minyersky, Nelly (coords.), *Bioética y derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 115-119.

10. Echecury, Natalia A., Graizzaro, Marianela R. y Rajmil, Romina A., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 188.

4. Diferencias entre el consentimiento informado y las directivas anticipadas

Las diferencias entre ambos institutos son sutiles, a tal punto que ha llegado a decirse que las directivas anticipadas son consentimientos informados expresados por anticipado. Sin embargo, no creemos que pueda hacerse tal asimilación. En primer lugar, el consentimiento informado debe ser expresado luego de la ponderación de la información, en el momento en que es necesaria la declaración del paciente para aprobar o rechazar un tratamiento. El consentimiento es contemporáneo a la enfermedad o práctica de salud; la directiva anticipada de salud se expresa para una eventualidad que puede o no concretarse. Otra diferencia entre ambos institutos analizados es que el consentimiento informado no necesita cumplir ningún requisito de forma, excepto la forma escrita para el rechazo de tratamientos o procedimientos en los supuestos del artículo 5, inciso g), de la Ley 26529 (sustituido por Ley 26742), si bien es costumbre adoptar la forma escrita para el aseguramiento de la prueba. Por su parte, la directiva anticipada de salud requiere la forma escrita ante escribano público o juez de primera instancia, y dos testigos.

La directiva anticipada es un acto unilateral, mientras que el consentimiento informado es bilateral. Así, Bervere[11] conceptualiza las directivas anticipadas como

> … la expresión cierta de un derecho con operatividad eventual aunque irrebatible, que permite la sustentabilidad de una decisión personalísima respecto de cuestiones vinculadas a la salud o la propia vida, frente a una situación futura donde se tornaría imposible expresar la voluntad, es una exteriorización cruda de la voluntad donde los elementos propios de los actos jurídicos se manifiestan de manera previa a la realización del acto. Tal decisión, a priori, en definitiva, se constituye en un acto jurídico unilateral en su esencia, pero que debe complementarse con la participación de un profesional de la salud que cumple con la directiva final del paciente, quien será anoticiado de la existencia de la directiva a través medios idóneos instrumentados por la propia normativa vigente o por intermedio de un tercero habilitado por el paciente, quien informará sobre la directiva.

El consentimiento informado puede darse por terceras personas, sean representantes legales, apoyos, cónyuges, convivientes, parientes o allegados que acompañen al paciente (art. 59 CCCN). Las directivas anticipadas no pueden ser otorgadas por otro, no pueden darse por apoderado ni por representante legal; tampoco es necesario que así sea, ya que no hay obligatoriedad de otorgarlas. Nuestra jurisprudencia ha establecido que no es posible ejercer los derechos personalísimos a través de representantes legales en el importante fallo "Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina" (2003),[12] en el que se estableció que las atribuciones

11. Berbere Delgado, Jorge C., "Las directivas anticipadas sobre la salud, su autenticidad y validez jurídica en un marco de especial significación", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 13/5/2015 (t. 2015-II) (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters [ex La Ley Online], id. AP/DOC/297/2015).

12. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14/10/2003, "Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad", causa Nº 480/00 (*La Ley*, t. 2004-B, con nota de Andrés Gil Domínguez; *Doctrina Judicial*, t. 2004-1, p. 258, con nota de Laura Julieta Casas y Claudia Inés López; AR/JUR/3606/2003).

conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes, pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad (del voto de la jueza Ana María Conde).

Asimismo, en el fallo "P., V. A." (1996)[13] se dijo que

> La disposición […] de los derechos personalísimos que corresponden a los menores de edad, especialmente cuando se trata de menores de catorce años, o sea, carentes de discernimiento para los actos lícitos (art. 921, Cód. Civil), es manifiestamente antijurídica y debe ser prevenida para afianzar la protección integral de la niñez, que en nuestro ordenamiento jurídico está ratificada por la incorporación de la Convención sobe los Derechos del Niño a la Constitución Nacional… [Sumario Nº 1]

Aun sin desconocer el carácter de personalísimo del derecho a dar el consentimiento informado, son muchas las veces que este debe ser prestado por terceros. Cuando son adolescentes de entre trece y dieciséis años de edad o personas con capacidad restringida los que deban otorgarlo, se torna imprescindible, ya que la ley establece el accionar conjunto, en un claro régimen de asistencia.

La asistencia es la función por la cual el representante legal complementa un acto jurídico otorgado por el menor o persona con capacidad restringida para perfeccionarlo:

> … aparece como un paso intermedio entre la representación necesaria de quien se considera incapaz para su debida protección y el reconocimiento de una plena capacidad de obrar. Constituye un carácter esencial de la asistencia su relatividad, traducida en que siempre se abre la posibilidad de que sea sustituida por la autorización judicial otorgada supletoriamente cuando sea negada o haya imposibilidad de que la presten los representantes legales.[14]

El sistema de asistencia permite que adolescentes y personas con capacidad restringida ejerzan sus derechos personalísimos por sí mismos a medida que van adquiriendo mayor autonomía:

> … de lo contrario, la imposibilidad para el niño de ejercer por sí sus derechos, aunada a la imposibilidad de que un tercero actúe en su nombre ejerciendo derechos personalísimos que, por propia definición, son inalienable e intransferibles, transformarían al derecho a la salud (y consecuentemente a la vida) en derechos meramente declarativos, sin posibilidad de ejercicio, privando –por esa misma razón– al menor de edad de su propia dignidad.[15]

El Código regula el consentimiento informado (art. 59) y las directivas anticipadas (art. 60). No se han derogado las leyes 26529 ni 26742 (reglamentadas por el Decreto 1089/2012), por lo que, al tratarse de leyes especiales, deben aplicarse en cuanto no sean inconstitucionales. La Ley de Salud Mental 26657 y su reglamentación (Decreto

13. CNCiv., Sala C, 3/10/1996, "P., V. A." (*La Ley*, t. 1997-D, p. 100; AR/JUR/3711/1996).

14. D'Antonio, Daniel H., *Derecho de menores*, Buenos Aires, Astrea, 1994, p.149.

15. Ciruzzi, María S., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 64.

603/2013) también contienen regulación del consentimiento informado para tratamiento e internación, enunciando los principios de no presunción de incapacidad en razón de enfermedad mental y la plena participación del paciente en la toma de decisiones. Ambos sistemas remiten a la Ley 26061 cuando se encuentren involucrados niños y adolescentes. Como expresan Rajmil y Torrens, se puede afirmar que, como consecuencia de esa disposición, que los principios establecidos en la Ley 26061 (que receptan, a su vez, los contenidos en la CDN, principalmente el derecho a ser escuchado, el interés superior del niño y la autonomía progresiva) deben respetarse en el ámbito de la atención médica del paciente.[16]

En ambas reglamentaciones se establece que el consentimiento debe ser dado por el sujeto involucrado o su representante en intervención conjunta; esto es, en un régimen de asistencia. Residualmente, en caso de no poderse recabar la opinión del paciente, el consentimiento será dado exclusivamente por el interlocutor más próximo. Para el caso de conflicto entre pacientes y representantes legales, el artículo 2, inciso e), del Decreto 1089/2012 establece la elevación a opinión consultiva de los comités de ética. En el sistema del Código, el consentimiento informado deberá será otorgado por adolescentes, solos y equiparados a los plenamente capaces los mayores de dieciséis años; y con la concurrencia del consentimiento de los padres para los casos de niños entre trece y dieciséis, distinguiendo si se trata de prácticas invasivas o no. Como dijimos, es un perfecto sistema de asistencia: decide el menor y el progenitor o tutor acompaña o autoriza la decisión.

En cuanto a las personas con capacidad restringida no dudamos que el artículo 25, inciso d), de la CDPD es de aplicación:

> Los Estados Partes […] d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado.

A partir de la lectura del artículo, consideramos que la mejor manera de garantizar la aplicación de este derecho es que el paciente otorgue el consentimiento con la conformidad o asistencia del apoyo. Este principio se recepta en los artículos 7, inciso j), y 10 de la Ley 26657.

Es criticable que el decreto reglamentario de la Ley 26529 sancione con la nulidad las directivas otorgadas por menores de edad e incapaces. Entendemos que, siendo el Código el que regula la capacidad de las personas y que solo la sentencia puede precisar los alcances de la restricción a ella, toda interpretación debe ser hecha en base a los principios constitucionales. En este sentido, no dejemos de recordar que tanto la ley como su decreto reglamentario son anteriores a la sanción del Código. Con esos mismos argumentos, criticamos que el inciso k) del artículo 7 del Decreto 603/2013 utilice la expresión "plena capacidad". Este artículo no puede ser tomado en cuenta en forma literal, ya que se colegiría que los representantes podrían dar di-

16. Rajmil, Alicia B. y Torrens, Claudia, "Comentario a fallo. El interés superior del niño en relación a los derechos del paciente pediátrico. Sus implicancias en los ámbitos privados" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], Buenos Aires, 7/8/2014, MJ-DOC-6827-AR, MJD6827.

rectivas anticipadas por sus representados. Nuevamente, a la luz del Código, entendemos que la plena capacidad en materia de salud se adquiere a los dieciséis años.

Tanto la incapacidad sobreviniente como la pérdida temporal o definitiva del discernimiento están previstas en el Código (arts. 59 y 60). Todo el sistema del consentimiento informado por representación está basado en la pérdida temporal o permanente del discernimiento. Solo en el caso de ausencia de discernimiento el consentimiento informado no será otorgado por el propio paciente. El momento en que se otorgan directivas anticipadas es un momento de pleno discernimiento y para ser aplicadas en caso de pérdida de este y aun en el caso de declaración judicial de incapacidad. El discernimiento no está ausente en la menor edad; incluso, se presume para todos los adolescentes. Aun en situaciones de discapacidad intelectual la persona puede tener pleno discernimiento.

Podemos concluir que todas las directivas anticipadas, incluidas las de mayores de edad sin ninguna restricción a su capacidad, deben ser otorgadas con pleno discernimiento para ese acto concreto. Una interpretación razonable y armónica nos debe llevar a la conclusión de que las personas con competencia bioética y discernimiento, con los apoyos que necesite, serán quienes otorgue el consentimiento informado y otorgarán, en su caso y si lo desean, directivas anticipadas.

¿Quién debe dar el consentimiento en caso de que no haya una expresión inequívoca de voluntad anticipada? En el fallo "D. M. A." (2015)[17], la Corte Suprema de Justicia resalta que nunca habrá una transferencia del poder de decisión a los representantes llamados a dar el consentimiento. Los valores a ser sopesados al momento de integrar la voluntad no son los de los autorizados, quienes solo pueden dar testimonio bajo declaración jurada en qué consiste la voluntad de aquel. No deciden ni en lugar ni por el paciente sino comunicando su voluntad. El fallo remite a la "Guía para el proceso de toma de decisiones relativas al tratamiento médico en situaciones del final de la vida", del Consejo de Europa (2014), donde se clarifican los conceptos de representación y apoderamiento para el cuidado de la salud y demás autorizados a la toma de decisiones. La guía pone énfasis en la necesidad de que el paciente integre el equipo de toma de decisión y que su voz sea tenida en cuenta en todo momento. La toma de decisión es un proceso complejo; no siempre se reduce a responder preguntas por sí o por no, por lo que no en todos los casos el representante será un mero nuncio de la opinión del paciente. En esta línea de pensamiento, siempre que un niño, niña, adolescente o una persona con capacidad restringida otorgue directivas anticipadas por escrito, deberán respetarse y solo podrán ser dejadas de lado con fundamento en la violación de principios legales o constitucionales.

Cabe recordar que el artículo 60 del Código establece que la persona puede designar representante para expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Puede elegir a cualquier persona, sin limitación. Solo en caso de que no haya designado representante se aplicará supletoriamente la regla del artículo 6 de la Ley 26529. Asimismo, este derecho puede ser conculcado solo en el caso de que la sentencia contuviese restricciones al ejercicio del derecho personalísimo a dar consentimiento informado, designar representante para el acto médico u otorgar directivas anticipadas.[18]

17. CSJN, 7/7/2015, "D., M. A. s/ Declaración de incapacidad" (CSJ 376/2013) (*Fallos*, t. 338, p. 556).

18. Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala III, 22/12/2015, "D., J. s/ Insania y curatela", expte. 159079 (*El Derecho*, t. 267, p. 107; *La Ley Online*, AR/JUR/62305/2015; ver también en http://www.scba.gov.ar/, código RSD 283/15).

5. Conclusiones

- No nos cabe ninguna duda de que el sistema de capacidad establecido por el Código Civil y Comercial, interpretado a la luz de la Constitución y de las Convenciones Internacionales (tal como lo ordena en su art. 2) es el de presunción de capacidad de todas las personas, con límites o excepciones legales o por orden judicial.
- En virtud de los principios convencionales, niños, niñas, adolescentes y personas con capacidad restringida tienen derecho a ser oídos y a que sus manifestaciones queden plasmadas en actas notariales o judiciales.
- Los notarios deberemos obligatoriamente recepcionar las manifestaciones que hagan aquellos a fin de que puedan ser ponderadas al momento de una eventual pérdida total de discernimiento.
- La asistencia es el único modo que tienen niños y personas con restricción a su capacidad de ejercer por sí los derechos personalísimos.
- A mayor autonomía se debe propender al mayor ejercicio personal de los derechos.
- Por el principio de autonomía progresiva consagrado legislativamente en el artículo 26 del Código, la competencia bioética plena se adquiere a los dieciséis años, al equipararse al adolescente con el adulto en cuanto al cuidado del propio cuerpo. Debido a ello, las declaraciones que efectúen con respecto a su vida y su salud en previsión de su propia falta de discernimiento serán verdaderas directivas anticipadas con carácter vinculante. No hay contradicción alguna con el artículo 60, ya que son plenamente capaces en materia bioética.
- Las personas con restricciones a la capacidad solo podrán ser privadas de la posibilidad de otorgar directivas anticipadas cuando la sentencia expresamente lo señale. Esta deberá contener los parámetros de la asistencia que otorgará el apoyo en materia de cuidado de la salud.
- La directiva anticipada de salud otorgada por una persona con alguna restricción a la capacidad que no implique el ejercicio del cuidado del propio cuerpo deberá ser otorgada con las formalidades requeridas y tendrá carácter vinculante.

6. Bibliografía

Ballarini, Luciano A., "Autonomía de la voluntad en materia de salud de niños, niñas y adolescentes (en la ley 26529, texto según ley 26742)", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 23/4/2014 (t. 257, p. 725).

Berbere Delgado, Jorge C., "Las directivas anticipadas sobre la salud, su autenticidad y validez jurídica en un marco de especial significación", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 13/5/2015 (t. 2015-II) (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters, id. AP/DOC/297/2015).

Ciruzzi, María S., *La autonomía del paciente pediátrico, ¿mito, utopía o realidad?*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2011.

D'Antonio, Daniel H., *Derecho de menores*, Buenos Aires, Astrea, 1994.

Echecury, Natalia A., Graizzaro, Marianela R. y Rajmil, Romina A., "Reuniones de estudio del Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Rosario, Instituto de Derecho e Integración - Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Nº 11, 2015, pp. 179-224.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho del niño a su propio cuerpo", en Bergel, S. D. y Minyersky, Nelly (coords.), *Bioética y derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 105-163.

Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B., "Derecho de autoprotección y directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], Buenos Aires, 22/2/2016, MJ-DOC-7622-AR, MJD7622.

— "¿Existen personas humanas incapaces de ejercicio en el derecho civil argentino?", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2016 (marzo), p. 145 (AR/DOC/326/2016).

Rajmil, Alicia B. y Torrens, Claudia, "Comentario a fallo. El interés superior del niño en relación a los derechos del paciente pediátrico. Sus implicancias en los ámbitos privados" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], Buenos Aires, 7/8/2014, MJ-DOC-6827-AR, MJD6827.

Verdugo Alonso, Miguel Á., "Aportaciones de la definición de retraso mental (AAMR, 2002) a la corriente inclusiva de las personas con discapacidad" [online], publicado en Servicio de Información sobre Discapacidad [portal web de la Universidad de Salamanca], [s. f.], [s. e.]. [19]

19. Bibliografía complementaria:

AA. VV., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015.

Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 2008.

Clusellas, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. XX, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

Llorens, Luis R. y Rajmil, Alicia B., *Derecho de autoprotección. Previsiones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 2010.

Régimen jurídico del asentimiento en el Código Civil y Comercial*

Medio de protección de la familia y del patrimonio de la comunidad matrimonial

Eduardo M. Cursack

Juan Carlos Dallaglio

César L. Del Zoppo

Liliana I. Gatti

María Laura Rey

RdN 926

RESUMEN

La ineficacia puede plantearse tanto en el acto jurídico asentimiento como en el acto dispositivo que lo requiere. La ineficacia del acto dispositivo por la omisión del asentimiento lo es por una nulidad relativa, y puede ser subsanada y confirmada. El acto jurídico de asentimiento puede ser efectuado a través de un representante por no tratarse de un acto personalísimo a tal fin. El representante no debe ser el cónyuge. El poder otorgado entre cónyuges para asentir debe contener los elementos constitutivos del acto dispositivo. Se lo puede considerar como un asentimiento anticipado por la conversión sustancial del apoderamiento. Los asentimientos anticipados dados sobre bienes determinados durante la vigencia del CCIV serán válidos; lo mismo que los poderes para asentir con determinación del objeto dados a favor del otro cónyuge en vigencia del CCIV. No será necesaria la solicitud de libre inhibición por el cónyuge no titular en los casos de disposición de bienes gananciales durante la indivisión poscomunitaria. Ante la ausencia de pacto entre los cónyuges, se aplican las reglas de la comunidad.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Desarrollo.* ***2.1.*** *Concepto.* ***2.2.*** *Caracteres.* ***2.3.*** *Naturaleza jurídica.* ***2.4.*** *Régimen patrimonial matrimonial. Disposiciones.* ***2.5.*** *Gestión de bienes en la comunidad. Asentimiento conyugal en la disposición de bienes gananciales.* ***2.6.*** *Uniones convivenciales.* ***2.7.*** *Ineficacias.* ***2.8.*** *Poder especial con facultades expresas para asentir.* ***2.9.*** *Aplicación*

* Versión revisada y corregida –especial para la *Revista del Notariado*– del trabajo presentado por los autores en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016).

temporal de la ley respecto de los asentimientos anticipados dados con anterioridad a la vigencia de la Ley 26994. ***2.10.*** *Asentimiento en la indivisión poscomunitaria.* ***3.*** *Conclusión.* ***4.*** *Bibliografía.*

1. Introducción

El asentimiento conyugal ha suscitado distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales desde su origen con la modificación al artículo 1277 del derogado Código Civil (en adelante, CCIV o la legislación anterior), introducida por la Ley 17711. El requisito del asentimiento conyugal para los negocios jurídicos de mayor transcendencia económica constituye, desde el año 1968, un resguardo eficaz del derecho de los cónyuges.

El CCIV tutelaba los intereses del cónyuge no titular al limitar la libre disposición de los bienes gananciales del titular y establecía la protección del hogar conyugal, condicionada a la existencia de hijos menores de edad o incapaces, sin importar la naturaleza del inmueble.

El Código Civil y Comercial (en adelante, CCCN o la nueva legislación) amplió la protección de los bienes gananciales a otros supuestos no previstos en la antigua ley y mejoró también el régimen de protección de la vivienda familiar, independientemente de la existencia de hijos menores o incapaces, extendiendo el amparo a sus bienes muebles indispensables e incluyendo en esta última previsión las uniones convivenciales inscriptas. A su vez, como novedad, introdujo la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas posteriormente al matrimonio o la inscripción de la unión convencional, si no fueron contraídas por ambos cónyuges o convivientes o uno con el asentimiento del otro.

Uno de los fundamentos del asentimiento es la idea de igualdad entre cónyuges y convivientes, que se presenta en la ley no solo en términos de equiparación de derechos y deberes sino de respeto mutuo, de consideración y de colaboración de uno hacia el otro. También la protección patrimonial es argumento basal para la instauración del asentimiento conyugal en la disposición de los bienes gananciales, sirviendo de límite al principio de libre disposición de los acervos que componen la masa ganancial de titularidad de cada cónyuge. Sin embargo, es la protección de la familia y de la vivienda en un sentido amplio, y de todos los bienes muebles que la componen, el principal argumento en que se apoyan el CCCN y el sistema del asentimiento, que en este contexto no va a diferenciar el carácter de los bienes tutelados ni el estado del disponente. Puede tratarse de bienes propios o gananciales, dentro del régimen matrimonial de comunidad, o de bienes personales, dentro del régimen matrimonial de separación de bienes o dentro del régimen de uniones convivenciales inscriptas.

Si bien el CCCN ha sistematizado la regulación del instituto, previendo situaciones especiales no contempladas en la anterior legislación, hay variadas cuestiones que quedan libradas a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Por ello, el tema que abordaremos en este trabajo no se agota en la letra de la norma, sino que es relevante argumentar y abrir el debate al respecto, a fin de arribar a conclusiones que sirvan para una aplicación armónica de esta importante herramienta de protección familiar y patrimonial. Cuestiones como la nulidad como sanción por la invalidez del acto de asentimiento y del negocio jurídico que lo requiere, cuando aquel se hubiere omitido; la caducidad del derecho del cónyuge no titular a reclamar la nulidad

del acto jurídico ante la omisión de asentimiento y la prescripción de la acción cuando se ha eliminado la posibilidad de caducidad del derecho; la validez de la representación dada a favor de quien no sea el cónyuge, con la determinación del objeto como único requisito; la validez de la representación dada a favor del cónyuge titular únicamente cuando la misma verse sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos; la validez de los asentimientos anticipados con determinación de bienes, dados durante la vigencia de la anterior legislación; y la posibilidad de dar el asentimiento conyugal durante la indivisión poscomunitaria, por divorcio o modificación del régimen matrimonial sin solicitar libre inhibición del excónyuge no titular, son temas que abordaremos en el desarrollo del presente.

2. Desarrollo

2.1. Concepto

Asentir es aceptar, acceder, aprobar, suscribir, adherir a la opinión o iniciativa ajena. Según el Diccionario de la Real Academia Española, asentir es "admitir como cierto o conveniente lo que otra persona ha afirmado o propuesto antes". Asentimiento es la manifestación de conformidad que se da o se presta para la celebración de un contrato o para la realización de un acto jurídico.

2.2. Caracteres

El asentimiento es un acto jurídico unilateral, recepticio, expreso, revocable y no personalísimo. Es unilateral porque no depende de la voluntad de otro sujeto. Es recepticio porque su eficacia quedará supeditada a la recepción del mismo por el destinatario interesado y su utilización. Es expreso ya que debe manifestarse por escrito en todas las etapas de la contratación con las formalidades que sean exigibles en cada una. Es revocable mientras no se otorgue el acto jurídico para el que se dio, salvo los casos de negocios concluidos en los que podrá ser irrevocable y póstumo si reúne los supuestos legales. Es no personalísimo, ya que puede delegarse la manifestación en un representante o pedirse la intervención judicial en los casos previstos legalmente.

2.3. Naturaleza jurídica

El cónyuge o conviviente que asiente solo debe manifestar su conformidad con el acto jurídico que su consorte o cohabitante va a celebrar, sin que ello lo haga parte, es decir que su voluntad no integra el acuerdo que supone el contrato.

En tal sentido, el asentimiento dado por el cónyuge o conviviente es un presupuesto de validez llamado a deponer los impedimentos con los que colisiona el poder dispositivo del consorte o cohabitante titular del bien.

2.4. Régimen patrimonial matrimonial. Disposiciones comunes

2.4.1. Actos que requieren asentimiento

En el régimen primario, se destaca el deber de contribución, la responsabilidad solidaria, la protección de la vivienda, del hogar, de los hijos comunes, en proporción a sus recursos, y de los cónyuges entre sí. Se extiende tal obligación a las necesidades de los hijos del otro cónyuge siempre que haya convivencia y minoría de edad, capacidad restringida o discapacidad.

El CCCN contiene normas de orden público aplicables a ambos regímenes patrimoniales matrimoniales (comunidad y separación de bienes), que tienen por objeto evitar que cualquiera de los cónyuges realice unilateralmente actos dispositivos (enajenación o gravamen) sobre la vivienda familiar y sobre sus bienes muebles indispensables. Sin importar cuál sea el régimen patrimonial elegido por los cónyuges (antes o después de la celebración del matrimonio), cualquier forma de disposición sobre los derechos de la vivienda familiar requiere del asentimiento del cónyuge no titular, siendo irrelevante la calificación del bien (puede ser propio, ganancial de titularidad exclusiva, personal e, incluso, de titularidad de un tercero).

La protección de la vivienda familiar no solo ampara el derecho de los propietarios del inmueble asiento del hogar conyugal, sino también el derecho a la vivienda que tienen quienes no son propietarios pero detentan sobre el inmueble asiento del hogar familiar un derecho real de disfrute (usufructo, uso y habitación) o un derecho personal (locación, comodato). Además, como ya lo hemos mencionado, la exigencia del asentimiento conyugal se extiende a la disposición de los derechos sobre los bienes muebles indispensables de la vivienda y a su traslado fuera de ella.

El artículo 456 CCCN refiere a la "disposición de los derechos sobre la vivienda familiar", de manera tal que introduce la exigencia del asentimiento conyugal respecto de determinados actos (antes no contemplados), tales como la cesión de un contrato de locación o la cesión de un boleto de compraventa. El artículo 456 es una norma más amplia y mucho más tuitiva de la vivienda familiar que el derogado artículo 1277 CCIV, que requería, con el fin de hacer operativo el amparo en los bienes propios, el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble en que estaba radicado el hogar conyugal, siempre que hubiera hijos menores o incapaces. Por último, la norma en estudio dispone la inejecutabilidad de la vivienda familiar por los acreedores de uno solo de los cónyuges y establece que puede ser embargada por deudas contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio o bien por deudas posteriores a su celebración si fueron contraídas por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

2.4.2. Requisitos del asentimiento

El cónyuge que presta asentimiento (tanto en el supuesto de vivienda familiar como de bienes gananciales en general) manifiesta su aprobación o anuencia con el negocio que su consorte va a celebrar, sin que ello lo haga parte. Es decir, el cónyuge titular del bien, a quien le corresponde decidir sobre el acto dispositivo, y su consorte no titular, quien manifiesta su conformidad con el acto dispositivo de aquel, enfrentan distintas responsabilidades. En virtud de ello, el cónyuge que da asentimiento no se

obliga ni responde por las deudas que origine el negocio, ni tampoco responde por evicción ni vicios redhibitorios.

En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge, aquel debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (art. 457 CCCN). Asimismo, el sentimiento no necesita ser concomitante o simultáneo con el acto para el cual se otorga; puede ser anterior o posterior.

Los requisitos establecidos para el asentimiento en el artículo 457 CCCN se aplican tanto para el caso del artículo 456 como para los regulados en el artículo 470, por la expresa remisión que hace el último párrafo de este último. La expresión "el acto en sí" del artículo 457 hace improcedente el asentimiento general anticipado.

Los elementos constitutivos son aquellos que permiten ejercer el control que la ley le otorga de manera irrenunciable al cónyuge no titular, siendo estos la naturaleza del acto jurídico o negocio, los sujetos, el bien sobre el cual versa, el precio mínimo y, eventualmente, la forma y el plazo de pago.

2.4.3. Autorización judicial

A fin de evitar el congelamiento del régimen patrimonial matrimonial, el CCCN, en el artículo 458, prevé la autorización judicial como una solución legal para aquellos casos de actos jurídicos que requieren del asentimiento del cónyuge y este no puede prestarlo o se encuentra involuntariamente impedido para otorgarlo o se niega a darlo, y esa negativa causa un perjuicio al interés familiar o al interés patrimonial del cónyuge titular. La actuación del juez, en sustitución del cónyuge que se encuentra impedido o se niega injustificadamente a prestar asentimiento, debe ser solicitada por el cónyuge titular del bien o del derecho sobre la vivienda familiar. El acto jurídico otorgado por el cónyuge titular con autorización judicial es oponible a su consorte, sin que ello le imponga obligación personal alguna a su cargo, salvo la obligación de desocupar el inmueble.

2.5. Gestión de bienes en la comunidad. Asentimiento conyugal en la disposición de bienes gananciales

El régimen de comunidad es de carácter supletorio, por ser al que se someterán los cónyuges en caso de no optar por el de separación de bienes. En este régimen continúa la existencia de las masas de bienes de cada cónyuge con respecto a los gananciales y a los propios.

Los principios rectores para la calificación de los bienes siguen vigentes: el tiempo y el título de adquisición determinarán su carácter, ya que este variará si son adquiridos antes o durante la existencia de la comunidad o si su origen es gratuito u oneroso.

El CCCN revalida el régimen de gestión separada que estatuía el CCIV[1]. En el artículo 469, establece, respecto de los bienes propios, que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición, excepto lo dispuesto en el artículo 456 (la

1. Art. 1276 CCIV: "Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277".

exigencia del asentimiento conyugal se extiende a los actos de disposición sobre la vivienda familiar, sobre sus bienes muebles indispensables y sobre su traslado fuera del hogar). Y, en el artículo 470, estipula que la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido pero siendo necesario el asentimiento del otro, como excepciones al principio general, para enajenar 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 (sin perjuicio de la aplicación del art. 1824); c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios; y e) las promesas de los actos anteriores.

El CCCN utiliza en su artículo 470 el vocablo *asentimiento* con precisión, corrigiendo un error terminológico en el que incurría el artículo 1277 del derogado CCIV,[2] que exigía el *consentimiento* del cónyuge. La normativa actual es exacta, puesto que el consentimiento es prestado por el cónyuge que es parte del contrato (es decir, el cónyuge titular del bien ganancial), mientras que el cónyuge no titular presta su asentimiento, es decir, su conformidad con el negocio jurídico del consorte. Queda claro, entonces, que el cónyuge no titular no es parte del contrato y, en consecuencia, no se obliga, por lo que no puede ser demandado por incumplimiento, evicción o vicios redhibitorios. Asimismo, el artículo 470 CCCN determina con una redacción más precisa que el derogado 1277 las limitaciones o restricciones al poder dispositivo del cónyuge titular del bien ganancial, al utilizar las terminologías *enajenar* y *gravar* en lugar de *disponer* y *gravar*, puesto que los actos de disposición comprenden los actos de gravamen.

En el régimen de separación de bienes, regulado en los artículos 505 a 508 del CCCN, cada cónyuge será dueño exclusivo de los bienes que adquiera. Estos no se encontrarán sometidos a ningún tipo de régimen de ganancialidad, por lo que no corresponde hablar de bienes propios o gananciales, sino 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 proporción indivisa que cada uno posea. La libre administración y disposición de los bienes de cada cónyuge solo encuentra su limitación en el supuesto de la vivienda familiar (art. 456 CCCN).

Con respecto a la posibilidad de contratar entre cónyuges, el CCCN establece un sistema de prohibición, de manera que solo algunos actos quedan expresamente autorizados legalmente. En el régimen de separación de bienes existe plena libertad de contratación entre cónyuges. En consecuencia, el asentimiento conyugal es una declaración unilateral autónoma, que tiene como finalidad complementar la voluntad del cónyuge titular del derecho. Hoy, ese asentimiento se exige no solo a los cónyuges, en los dos regímenes patrimoniales, sino también a los convivientes. Y ese re-

2. Art. 1277 CCIV: "Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes. También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátese en este caso de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido".

quisito que la ley anterior imponía para la disposición de bienes inmuebles, muebles y derechos registrables se amplía a otros actos que lo exigen, al regularse además los requisitos para el asentimiento, los poderes para otorgarlo y las consecuencias en el caso de su omisión.

2.6. Uniones convivenciales

En la República Argentina, las uniones convivenciales están presentes en la comunidad en un número cada vez más relevante, como ocurre en casi todas las sociedades occidentales. En este sentido, advertimos que la visualización del matrimonio como arquetipo esencial e irremplazable para fundar una familia se fue dejando paulatinamente de lado. En la actualidad, las uniones de hecho son una modalidad de convivencia plenamente aceptada, no solo como forma alternativa al matrimonio, sino que muchas veces lo preceden o se intercalan como modo de vida entre dos matrimonios de una persona.

El CCCN, que consolida normativamente el proceso de constitucionalización del derecho privado, ofrece una plataforma reglamentaria que protege no solo los derechos de la familia matrimonial, sino también los de otras formas de familia, entre ellas, la basada en una unión convivencial.

2.6.1. Relaciones patrimoniales

El artículo 518 CCCN dispone que, ante la existencia de un pacto de convivencia, la administración y disposición de los bienes se regirá de conformidad a lo allí acordado por los convivientes,[3] priorizándose la autonomía de la voluntad. A falta de pacto (régimen supletorio), cada integrante de la unión convivencial ejerce con total libertad la administración y disposición de los bienes de su propiedad (salvo lo dispuesto en el art. 522, única restricción a ese poder dispositivo, en aras de proteger la vivienda familiar y los muebles indispensables que se encuentren en ella).

2.6.1.1. Protección de la vivienda familiar

El artículo 522 CCCN dispone que, en las uniones convivenciales inscriptas, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento de su cohabitante, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar[4] ni de los bienes muebles indispensables, ni transportarlos fuera de ella. La norma en análisis, al igual que el artículo 456, no requiere para la aplicación de este principio tutelar la existencia de hijos menores o incapaces. Los convivientes por pacto de convivencia no pueden modificar las reglas establecidas en el artículo 522 CCCN. Asimismo, para que opere el amparo, es requisito esencial que la unión convivencial esté registrada.

Para el supuesto de que el conviviente no titular se niegue a prestar el asentimiento o no pueda hacerlo, este puede suplirse con autorización judicial si el bien es

3. Los convivientes pueden pactar libremente un régimen de administración y disposición separado, conjunto o indistinto de los bienes.

4. Consideramos que el asentimiento del conviviente será necesario tanto para los actos de enajenación o gravamen como para aquellos actos que comprometan el uso de la vivienda familiar (locación o comodato) u otorguen sobre ella un derecho real de disfrute (usufructo, uso y habitación).

prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. La negativa a prestar el asentimiento debe apoyarse en justa causa, correspondiéndole al conviviente que lo niega la carga de la prueba y demostrando los motivos de su oposición.

Nuestro ordenamiento jurídico garantiza en las uniones convivenciales inscriptas, al igual que en las uniones matrimoniales, el amparo de los derechos sobre la vivienda familiar, tanto en la relación entre convivientes, exigiendo el asentimiento, como frente a terceros acreedores, estableciendo la inejecutabilidad de la vivienda por deudas contraídas después de la inscripción de la unión (excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro).

2.7. Ineficacias

La ineficacia de los actos jurídicos vinculada al asentimiento conyugal para la disposición de la vivienda familiar, los muebles que la componen (art. 456) y los bienes gananciales (art. 470) puede analizarse desde dos puntos de vista: a) ineficacia del acto jurídico asentimiento conyugal; b) ineficacia del acto jurídico de disposición de la vivienda familiar o bienes gananciales que requieren el asentimiento conyugal, por la omisión o declaración de invalidez del acto jurídico asentimiento conyugal.

La doctrina mayoritaria coincide en que el asentimiento conyugal es un acto jurídico **unilateral**, **autónomo**, **recepticio** y **revocable**. Al ser un acto jurídico unilateral y autónomo, el asentimiento conyugal puede ser dado con anterioridad al acto de disposición, cumpliendo los requisitos legales exigidos por el artículo 457 CCCN; puede ser dado en forma coetánea o simultánea, o a posteriori, lo que muchos califican como una especie de aprobación o confirmación del negocio dispositivo.

El artículo 456 CCCN pone fin a la vieja discusión relacionada a la sanción del acto dispositivo de los bienes gananciales y el inmueble que es sede del hogar conyugal, hoy vivienda familiar, y los muebles que la integran por la falta del asentimiento conyugal del cónyuge no titular. Esta discusión se daba en torno a si se trataba de un acto sancionado con nulidad relativa o si era un acto inoponible para el cónyuge no titular, que derivaba en un crédito para este último a hacer valer al momento de la liquidación de la sociedad conyugal. El CCCN sanciona el acto con la nulidad relativa. Por consiguiente, podemos decir que el asentimiento conyugal es exigido en el CCCN como un requisito de validez del acto de disposición de la vivienda familiar y del acto por el cual se enajenan o gravan los bienes gananciales que así lo exigen.

Frente a las premisas planteadas, se analizará primero la ineficacia del asentimiento conyugal dado en distintos momentos y, luego, la ineficacia del negocio por la falta de asentimiento conyugal y sus efectos.

2.7.1. Ineficacia del acto jurídico asentimiento conyugal

Es sabido que el CCCN desarrolla una teoría general de la ineficacia a partir del artículo 382 (libro I, "Parte general", título 4, capítulo 9).

Como expresamos, el asentimiento puede ser dado en forma anticipada, coetánea o a posteriori del acto dispositivo de la vivienda familiar o bienes gananciales que lo requieran. En cuanto al contenido del acto jurídico asentimiento conyugal, el artículo 457 CCCN aclara que "debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos". Por consiguiente, despeja toda duda, receptando soluciones jurisprudenciales

y dejando de lado la posibilidad de dar un asentimiento conyugal genérico. Por su parte, en cuanto a la forma de exteriorización del asentimiento conyugal, el CCCN no establece alguna, por lo que rige el principio de libertad de formas (art. 284), situación que es entendible ante la inmensidad y complejidad de los bienes que pueden ser objeto del acto dispositivo que requieren el asentimiento conyugal (derechos, inmuebles, muebles, participaciones societarias, etc.), ya sea por exigencia de lo normado en el artículo 456 (vivienda familiar) o en el artículo 470 (bienes gananciales).

2.7.1.1. Asentimiento conyugal anticipado

La falta de asentimiento causa la nulidad relativa del acto jurídico por el que se transfiere la vivienda familiar, los muebles indispensables que la componen u otros bienes gananciales. El acto quedará subsanado por la caducidad del derecho, por la prescripción de la acción o por el asentimiento posterior. Como expresamos, el asentimiento debe referirse al acto de disposición para el que se otorga y debe precisar sus elementos constitutivos. En caso de no cumplimentar los extremos establecidos, será nulo.

El CCCN establece que todas las nulidades deben sustanciarse. La sentencia declarativa de la nulidad traerá aparejada la ineficacia del acto jurídico asentimiento conyugal (art. 382). Ante un asentimiento conyugal dado en forma anticipada y genérica, que no cumple con los extremos consagrados en el artículo 457, nos preguntamos ¿de qué tipo de nulidad se trata? A nuestro criterio, debido a que se encuentran en juego regímenes patrimoniales matrimoniales, principios y normas de orden público, el caso amerita que la sanción encuadre dentro de la clasificación de nulidades absolutas, definidas en el artículo 387 CCCN. Por consiguiente, el acto puede ser declarado nulo de oficio por el juez y es inconfirmable.

Hacemos referencia aquí únicamente a la invalidez del acto jurídico asentimiento conyugal y no a la invalidez del acto de disposición que se efectúe omitiendo el asentimiento. En el primer caso, por la nulidad absoluta que acarrea su invalidez, la única solución posible será la realización de un nuevo acto jurídico de asentimiento válido por parte del no titular. Ante la invalidez del acto jurídico de disposición por omisión del asentimiento o por resultar inválido el otorgado, la sanción prevista legalmente es la nulidad relativa, por lo que podrá ser subsanado mediante el otorgamiento del asentimiento posterior y la confirmación del acto por el no titular.

En cuanto a la forma del asentimiento conyugal anticipado, reiteramos que rige el principio de libertad de formas, la que debe analizarse en función de la forma documental exigida para el acto dispositivo al cual debe referirse el asentimiento conyugal. No es el mismo rigor formal para la venta de una heladera indispensable para la vivienda familiar que para la venta del inmueble donde radica la vivienda familiar o para ceder las cuotas de participación de naturaleza ganancial de una sociedad de responsabilidad limitada.

La doctrina anterior al CCCN está de acuerdo con que la forma del asentimiento conyugal anticipado esté determinada por la del negocio que asiente. Los problemas que se pueden presentar son, por ejemplo, el asentimiento conyugal dado en el boleto de compraventa. ¿Podría el escribano autorizar la venta de un inmueble ganancial de titularidad de uno de los cónyuges y relacionar el boleto donde el cónyuge no titular dio su asentimiento, sin hacerlo comparecer en la escritura de com-

praventa? Consideramos que el asentimiento dado en el boleto servirá de expresión de la voluntad a la que le falta la forma, aplicándose el artículo 1018 CCCN. Por ello, entendemos que el asentimiento conyugal anticipado debe exteriorizarse respetando la forma documental del negocio que asiente, en virtud de que el documento que exterioriza el negocio sirve para acreditar la titularidad del derecho subjetivo que se alega (título formal) y este tiene que despejar todo tipo de duda en cuanto al cumplimiento de los requisitos de validez del mismo, ya que será objeto de calificación constante por futuros adquirentes, terceros interesados y registros públicos donde se inscriben dichos documentos para su publicidad, según la naturaleza de los bienes objeto del acto.

Teniendo en cuenta este criterio, si el asentimiento conyugal anticipado no es dado respetando la forma documental del negocio que asiente, el adquirente se encontraría facultado para exigir judicialmente la forma documental pertinente, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 1017 y 1018 CCCN. No se debe confundir esta acción que tiene el adquirente con la acción prevista en el artículo 458 CCCN, que se refiere a la autorización judicial que puede solicitar uno de los cónyuges para otorgar un acto que requiere el asentimiento del otro cónyuge que se encuentra ausente, es persona incapaz, está impedido transitoriamente de expresar su voluntad o su negativa no está justificada por el interés familiar.

2.7.1.2. Asentimiento conyugal coetáneo o simultáneo

Con respecto al asentimiento conyugal en forma simultánea al negocio dispositivo, no hay muchos inconvenientes ya que hay unidad de texto leído, consentido por las partes y asentido por el cónyuge no titular. Lo que hay que analizar en la hipótesis planteada es cuando el cónyuge no titular da su asentimiento al negocio que lo requiere por medio de un representante convencional. Es importante que se cumplan los requisitos de validez del acto de apoderamiento, ya que, de lo contrario, el asentimiento dado en el negocio que lo requiere sería nulo. Hipótesis:

a) *Apoderamiento a favor de un tercero*: Hay que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 375, inciso b, del CCCN, donde se requieren facultades expresas para otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, debiendo identificar los bienes objeto del acto. Esta norma es aplicable tanto para la disposición de la vivienda familiar y los bienes muebles que la integran en el régimen de comunidad y en el de separación de bienes como para la disposición de los bienes gananciales.
b) *Apoderamiento a favor del cónyuge*: ¿Puede un cónyuge apoderar a otro para que se dé a sí mismo el asentimiento conyugal cuando el acto lo requiera? Tanto en relación a la disposición de la vivienda familiar y sus muebles como con respecto a la disposición de bienes gananciales, un cónyuge no puede apoderar al otro para dar asentimiento. Pero si en el apoderamiento se referenció el acto y todos sus elementos constitutivos, como reza el artículo 457 CCCN, puede considerarse válido o aplicarse la teoría de la conversión prevista en el artículo 384 –como veremos en el punto 2.8–.

¿Qué forma debe cumplir el acto de apoderamiento para asentir? ¿Debe realizarse por escritura pública si quien asiente no es parte del negocio, no dispone, no consiente? El artículo 363 CCCN establece que la forma del apoderamiento está con-

dicionada a la forma del acto que debe celebrar. A pesar de que estamos de acuerdo en que, en materia de asentimiento conyugal, rige el principio de libertad de formas, a nuestro entender, como expresamos oportunamente, el poder para asentir debe respetar la forma documental del negocio que el apoderado asiente.

2.7.1.3. Asentimiento conyugal *a posteriori*

El asentimiento conyugal dado posteriormente al acto o negocio que lo requiere importa la confirmación del negocio jurídico cuya validez está afectada por la omisión del mismo o por haber sido dado sin cumplir con los requisitos de validez (p. ej., el asentimiento anticipado genérico, la falta de poder expreso para darlo, el incumplimiento de la forma impuesta por el negocio que se asiente, etc.). Como expresamos oportunamente, el asentimiento conyugal es exigido por el nuevo ordenamiento como un requisito de validez del negocio que lo requiere y, en caso de omisión o de haber sido dado con defectos, la sanción prevista es la nulidad relativa del negocio que se asiente. Por lo tanto, para la subsanación del acto jurídico, deberá otorgarse un asentimiento conyugal posterior válido.

No se trata de un acto jurídico de confirmación, sino un acto jurídico de asentimiento conyugal que tiene efectos confirmatorios del acto nulo. Para ser de confirmación, debería cumplirse con los requisitos legales exigidos en los artículos 393 y 394 CCCN. Por lo tanto, debería haber desaparecido la causal de nulidad antes de otorgarse el acto de confirmación, pero esto ocurre recién luego del asentimiento a posteriori.

La confirmación debe contener la mención precisa de la causa de la nulidad, su desaparición y la voluntad de confirmar el acto; en el asentimiento posterior no es necesario mencionar la causa de la nulidad del acto jurídico que se asiente, ni su desaparición, ya que aún persiste hasta que se otorgue el asentimiento, ni la voluntad de confirmar el acto, ya que solo habrá que expresar la voluntad de asentir. La confirmación es el acto jurídico por el que el titular de la acción de nulidad relativa (cónyuge no titular) manifiesta en forma expresa o tácita su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad.

Podríamos concluir que **al dar** el asentimiento a posteriori, este importa un acto de confirmación, **ya que desaparece el vicio** que **afecta la validez del mismo**. Por consiguiente, si el asentimiento del cónyuge no titular implica un acto complejo que requiere además otorgar la confirmación, en cuanto a la forma o instrumentación del mismo, debemos observar lo establecido en el artículo 394 CCCN, es decir, que la forma del acto jurídico de confirmación está determinada por la forma del acto que se sanea. Por consiguiente, la doctrina en cuanto a la forma del acto del asentimiento debe respetar la misma forma establecida para el acto o negocio que se asiente. También existirá asentimiento conyugal, como confirmación tácita del negocio, si el cónyuge titular dispone del inmueble propio que es la vivienda familiar y el cónyuge no titular procede a la desocupación del mismo con el retiro de sus pertenencias; esta conducta exterioriza el asentimiento.

2.7.2. La ineficacia del acto jurídico a causa de la omisión o invalidez del asentimiento conyugal

En la primera parte, se analizó la ineficacia del acto jurídico asentimiento conyugal por existencia de defecto o vicio al momento de otorgarlo, sea con anterioridad, en forma coetánea o posteriormente. Ahora, se analiza la ineficacia del acto o negocio jurídico que requiere el asentimiento causada por su omisión o invalidez.

El acto o negocio que requiere el asentimiento conyugal y no lo tiene o es inválido es sancionado con nulidad de carácter relativo. Declarada judicialmente la nulidad, todo debe volver al estado en que se encontraba al momento de la celebración del acto inválido. Pero no siempre es así, ya que existen excepciones, como las plasmadas en el artículo 392 CCCN, que se relaciona con los terceros subadquirentes a título oneroso y de buena fe. Al respecto, debemos hacer las siguientes consideraciones:

a) *Tratándose tanto de la vivienda familiar como de los bienes gananciales*, quien tiene que dar el asentimiento no es parte del negocio, por lo que no podrán ampararse o fundar su defensa en la última parte del mencionado artículo respecto de los terceros subadquirentes, ya que no codisponen (el art. 392 reza: "los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho").
b) *Cuando se trata de la disposición de la vivienda familiar*, el expresado destino del bien consiste en una situación de hecho ajena a la instrumentación, por lo que puede estar o no exteriorizada en la dimensión papel. De no estarlo, la omisión del asentimiento por el cónyuge o conviviente inscripto no titular le permitirá al tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe ampararse en el primer párrafo del artículo 392 CCCN. En este supuesto, la buena fe del subadquirente consistirá en el desconocimiento o la imposibilidad de conocer que el bien enajenado o gravado era la vivienda familiar. Agregamos que también se encontraría amparado el adquirente a título oneroso y de buena fe si el cónyuge o conviviente titular manifiesta en el acto dispositivo que el mismo no es asiento de la vivienda familiar.
c) *En relación con la omisión del asentimiento en la enajenación o gravamen de bienes gananciales que lo requieran*, el adquirente y el subadquirente a título oneroso no podrán ser considerados de buena fe, ya que el vicio es ostensible, excepto que el cónyuge titular haya declarado falsamente su estado civil tanto en la adquisición como en la enajenación del bien. Por consiguiente, el tercero subadquirente podrá ampararse en la norma contemplada, y el adquirente a título oneroso y de buena fe, en la teoría de la apariencia. La buena fe en el supuesto contemplado consistirá en el desconocimiento o imposibilidad de conocer el estado civil del enajenante, que lo ha declarado falsamente.

2.7.3. Caducidad y prescripción

El artículo 456 CCCN impone un plazo de caducidad de seis meses para el ejercicio del derecho del cónyuge no titular que no dio el asentimiento para la disposición de la vivienda familiar y los muebles indispensables de ella y para la disposición de los bienes gananciales comprendidos en las previsiones del artículo 470. Una vez

cumplido el plazo de caducidad sin haber exteriorizado fehacientemente la voluntad de ejercer sus derechos, desaparece el derecho y el acto jurídico respecto del que se omitió el asentimiento queda subsanado. Pero si, dentro del plazo de caducidad, el interesado comienza a ejercer su derecho mediante la interposición de medidas judiciales o extrajudiciales dirigidas a hacerlo valer, la posibilidad de caducidad desaparecerá, ya que esta no puede suspenderse ni interrumpirse pero sí eliminarse al ejercer el derecho. Sin embargo, el hecho de haber iniciado maniobras tendientes al ejercicio de un derecho no significa que haya sido inmediatamente satisfecho. Más aún, distintas vicisitudes pueden hacer que dicho período sea más o menos prolongado, según el impulso que el interesado tenga, la resistencia de la contraparte y la celeridad que el sistema judicial aplique al caso. Una vez ejercido un derecho o iniciado el camino para su ejercicio efectivo, no habrá más posibilidad de caducidad, sino que comenzarán a correr los plazos de la prescripción.

La prescripción tiene un efecto totalmente distinto a la caducidad. Mientras esta última hace desaparecer el derecho si se cumple el plazo sin haberlo ejercido, aquella afecta a la acción, quedando el derecho íntegro y subsistente. Por lo tanto, transcurridos los seis meses previstos en la norma sin haber ejercido el derecho a pedir la nulidad del acto jurídico por el que se omitió el asentimiento, desaparece el derecho del cónyuge no titular y queda subsanado el acto. Pero si dentro del plazo estipulado se comienza a ejercer dicho derecho, lo que desaparece es la posibilidad de caducidad, comenzando a contarse el plazo de prescripción. Transcurrido dicho plazo, que por tratarse de nulidad relativa será de dos años (art. 2362, inciso a, CCCN), el acto quedará subsanado por la prescripción.

2.8. Poder especial con facultades expresas para asentir

En los poderes con facultades expresas para asentir dados a favor de terceros, bastará con la determinación del bien objeto del asentimiento y es el representante quien estipula los demás elementos constitutivos del acto.

Para abordar este tema, debemos diferenciar claramente los distintos actos jurídicos involucrados. Por un lado, la representación voluntaria, por la que una persona faculta a otra para representarlo en uno o varios actos jurídicos. Esto es regulado por el artículo 375 CCCN, que establece que para el caso de la representación voluntaria para dar asentimiento deberá otorgarse poder especial con facultades expresas y determinación del bien objeto del asentimiento. No impone ningún otro requisito ni condición. Por otro lado, la norma del artículo 457 CCCN establece que el asentimiento conyugal debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos. Lo que debemos diferenciar es que en esta última norma citada se hace referencia al asentimiento propiamente dicho, que por no tratarse de un acto personalísimo podrá ser dado por el propio cónyuge no titular o por su representante (art. 375 inc. b CCCN). El asentimiento, con todos sus elementos presentes, podrá brindarse con anterioridad al acto jurídico que se asiente, concomitantemente con él o con posterioridad.

Si el asentimiento es anticipado, en él deberá mencionarse para qué acto, incluyéndose los elementos constitutivos de dicho acto. Por lo tanto, deberá expresarse si se trata de compraventa, donación, dación en pago, permuta, etc., con identificación de los sujetos involucrados, el objeto, el precio y la forma de pago, de corresponder. Si el asentimiento es coetáneo al acto jurídico respectivo, efectuado en el mismo

instrumento, bastará con referir que el cónyuge no titular asiente el negocio jurídico realizado por su cónyuge en la misma escritura. Si el asentimiento es posterior, habrá que individualizar el instrumento por el que se efectuó el acto jurídico que adolece de asentimiento y que se quiere confirmar mediante el otorgamiento del asentimiento posterior. Si el acto en el que se omitió el asentimiento fue efectuado por escritura pública, bastará con relacionarla identificándola con su número, fecha y escribano autorizante. Con esa remisión, estarán cumplidos los requisitos del artículo 457 CCCN. Si el asentimiento es dado por el representante no cónyuge, sea anterior, simultáneo o posterior al acto que se asiente, será el representante quien identifique los elementos constitutivos del acto jurídico, ya que su calidad de tal lo faculta a tal determinación.

Pensar que en el poder para asentir deban estar los elementos constitutivos del acto jurídico llevaría a la conclusión de que no tiene sentido nombrar un representante para tal fin, ya que sería un representante que solo puede reproducir la voluntad expresada por el representado. El artículo 358 CCCN establece que los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante, excepto en los casos en que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho. Estos últimos son los llamados derechos personalísimos, los que únicamente podrán ser ejecutados por su titular, sin posibilidad de delegación en otra persona. El asentimiento conyugal, claramente, no está incluido dentro de los actos personalísimos, ya que el inciso b) del artículo 375 CCCN prevé la delegación del asentimiento conyugal en la figura de un representante: "el asentimiento conyugal no es un acto personalísimo, por lo que el cónyuge no titular puede ser representado en dicho acto"[5]. El cónyuge no titular podrá otorgar poder a favor de otra persona para que esta otorgue el asentimiento conyugal. La actuación del representante tendrá los efectos establecidos por el artículo 359 CCCN en cuanto los actos del representante celebrados en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento producen efecto directamente para el representado.

Como en todo poder, el representado podrá limitar las facultades conferidas al acotar el campo de acción del representante, estableciendo en el poder, por ejemplo, a favor de quién y por qué monto puede brindar el representante el asentimiento. Sería el caso en el que hubiera un negocio jurídico ya celebrado entre el cónyuge titular y el adquirente del bien ganancial o que es asiento de la vivienda familiar, respecto del que faltara solamente otorgar la escritura pública. En este caso, el cónyuge no titular podrá otorgar un poder especial irrevocable para asentir, identificando todos los elementos del acto y haciendo referencia al negocio celebrado, que tendrá subsistencia póstuma por reunir las exigencias del inciso b) del artículo 380 CCCN. Este poder podría ser dado a favor de un tercero, de su propio cónyuge e incluso a favor del adquirente; es indistinta la persona del apoderado en virtud de que el negocio jurídico ya está celebrado y el cónyuge está adelantando su voluntad y cumpliendo con los requisitos legales previstos en el artículo 457 CCCN. Estamos en presencia de un poder que podría calificarse como de asentimiento anticipado con persona designada para hacerlo valer en el momento oportuno.

5. Dallaglio, Juan C., "La representación voluntaria", en Kiper, Claudio M. (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 91.

También podemos encontrarnos con la situación de un acto jurídico en proceso de ejecución, respecto del cual el cónyuge no titular tenga algunas precisiones pero no tenga claramente definidos todos los elementos constitutivos del negocio. En este caso, podrá otorgar poder con determinación del inmueble y precio mínimo por el cual podrá el apoderado dar el asentimiento en su representación.

Otra es la situación cuando el cónyuge no titular está de acuerdo con la disposición del bien, sea ganancial o asiento de la vivienda familiar, pero no está iniciado el negocio jurídico correspondiente, por lo que ignora sus detalles. Puede ocurrir que no esté en condiciones de otorgar personalmente ese asentimiento al momento de formalizarse el negocio, por lo que la ley le permite nombrar un representante para que dé el asentimiento por él en el momento en que se celebre el negocio jurídico respectivo. En este caso, no será posible, ni necesario, determinar los elementos constitutivos del acto jurídico por el que se asiente; queda facultado el apoderado no cónyuge a hacerlo oportunamente, asumiendo la responsabilidad de la conveniencia o no del negocio.

El artículo 457 CCCN hace referencia al asentimiento y no al poder para asentir, que se legisla en el inciso b) del artículo 375. El artículo 457 regula el asentimiento conyugal, que es el momento en que el cónyuge no titular o su representante dan la conformidad con el acto jurídico realizado, que realiza o que realizará el cónyuge titular. El poder para asentir no es el asentimiento sino la representación otorgada a otra persona para otorgarlo. En los poderes con facultades expresas para asentir, se deberá determinar el bien objeto del asentimiento y no los demás elementos del acto que asentirá el representante, ya que será este quien deba cumplir con las disposiciones del artículo 457 al momento de ejercer el poder, para lo que estará facultado conforme a la extensión conferida por el artículo 360.

El artículo 360 CCCN establece que la representación alcanza los actos objeto del apoderamiento, las facultades otorgadas por la ley y también los actos necesarios para su ejecución. Por lo tanto, las facultades de determinar los elementos constitutivos del acto jurídico correspondiente están implícitas en el apoderamiento dado para asentir. Es aconsejable que estas facultades sean conferidas expresamente en el apoderamiento; pero, si se omiten, por aplicación del mencionado artículo 360, las facultades de fijar los elementos constitutivos del acto jurídico que se asiente estarán implícitas en el poder.

El artículo 372 CCCN establece las obligaciones y deberes del representante, dentro de los que se incluyen los de fidelidad, lealtad y reserva; 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; y de comunicación, que incluye los de información y de consulta. El representante debe cumplir con el encargo y, para ello, deberá informarse sobre el acto jurídico que realizará el cónyuge de su poderdante. Debe evaluar la conveniencia o no de la prestación del asentimiento, siempre teniendo en consideración los intereses de su representado, analizando la situación y decidiendo conforme a su propio criterio. Debe luego rendir cuentas de su actuación, por lo que, si fue negligente en el cumplimiento de la encomienda, responderá frente a su representado, sin perjuicio de la validez del acto celebrado en ejercicio de la representación si esta se ejerció dentro de los límites y facultades conferidas.

Será válido el poder otorgado para dar el asentimiento con relación a determinados bienes, facultando al representante a decidir sobre la oportunidad en la que se brinde este asentimiento con relación al negocio jurídico especialmente determinado en cuanto a sus elementos en cumplimiento del artículo 457 del Código Civil y Comercial.[6]

2.8.1. Poder entre cónyuges para asentir

El poder para asentir dado al otro cónyuge será válido si versa sobre el acto jurídico en sí y sus elementos constitutivos. Por aplicación de la teoría de la conversión, prevista en el artículo 384 CCCN, podría considerarse el acto de apoderamiento como un asentimiento anticipado.

La nulidad ante la falta de asentimiento, la caducidad del derecho a pedirla, las previsiones que debe contener el asentimiento, la autorización judicial en caso de ser requerida y la prohibición de otorgar poder para asentir a favor del cónyuge se aplican tanto para la disposición de la vivienda familiar y los muebles indispensables que la componen como para la disposición de los bienes gananciales, por la aplicación supletoria de los artículos 456 a 459, establecida en el último párrafo del artículo 470. La prohibición de otorgar poder a favor del otro cónyuge para dar el asentimiento incluye los casos de asentimiento en interés familiar y los de asentimiento para la disposición de bienes gananciales. El último párrafo del artículo 470 CCCN establece la aplicación supletoria de lo normado por los artículos 456 a 459, por lo que, como en toda aplicación supletoria del derecho, el texto supletorio deberá releerse a la luz del texto del que fue derivado.

Igual situación ocurre en otros casos de aplicación supletoria del derecho, como, por ejemplo, lo establecido en el artículo 1124, por el que las normas del capítulo destinado a la compraventa se aplicarán supletoriamente a los contratos por los cuales una parte se obliga a transferir a la otra derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso, o a constituir los derechos reales de condominio, superficie, usufructo, uso, habitación, conjuntos inmobiliarios o servidumbre, y dicha parte, a pagar un precio en dinero. También existe aplicación supletoria respecto de la cesión de derechos cuando el artículo 1614 CCCN establece que se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según se hayan realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las del capítulo destinado a la cesión de derechos.

En cualquiera de estos casos no sería consecuente con lo normado si quisiera argumentarse la no aplicación de cualquier situación regulada respecto de la compraventa razonando que el artículo respectivo habla de venta y no de cesión. Claramente, la aplicación supletoria impuesta legalmente hace que la interpretación de la norma supletoria deba hacerse relacionando las palabras con el instituto del que deriva. Por ejemplo, el artículo 1132 CCCN regula la venta de la cosa total o parcialmente ajena, diciendo que es válida en los términos del artículo 1008 y que el vendedor se obliga a transmitir o hacer transmitir su dominio al comprador. Por la aplicación

6. Ibídem.

subsidiaria establecida en el artículo 1614, por el que se aplican a la cesión de derechos las normas de la compraventa cuando exista contraprestación en dinero, se le aplica a la cesión de derechos el artículo 1132, que refiere a la venta de cosa ajena. Así, si la cesión versa sobre derechos ajenos, recibiendo a cambio un precio, la cesión será válida y el cedente se obliga a transmitir o hacer transmitir la propiedad del derecho al cesionario, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1629 respecto de la restitución de lo recibido con sus intereses o las consecuencias resultantes del actuar malicioso del cedente si no cumple con la transmisión del crédito (según lo dispuesto en el art. 1008). No podría negarse la posibilidad argumentando que el artículo 1132 habla de "venta", "cosa", "vendedor" y "dominio" y no de "cesión", "derecho", "cedente" y "propiedad".

Llevando el ejemplo a la cuestión que nos interesa, diremos que el artículo 470 CCCN, en su último párrafo, hace una aplicación supletoria de cuatro artículos que están incluidos en la sección tercera sobre "disposiciones comunes a todos los regímenes", señalando que al asentimiento conyugal y a su omisión se les aplicarán las normas de los artículos 456 a 459. No se hace una aplicación subsidiaria a un solo artículo sino a un conjunto de normas, por lo que la lectura habrá de hacerse conforme a lo expresado en los párrafos anteriores. Todo lo normado en el núcleo común de artículos (456 a 459) será aplicable al asentimiento y su omisión respecto de los bienes gananciales que requieren asentimiento conyugal y no solamente a la vivienda familiar. La nulidad ante la falta de asentimiento y caducidad del derecho a pedirla, las previsiones que debe contener el asentimiento, la autorización judicial en caso de ser requerida y la prohibición de otorgar poder para asentir a favor del cónyuge se aplican también en los casos del artículo 470 CCCN, ya que la aplicación supletoria de los artículos 456 a 459 hace que donde dice "vivienda familiar" deba leerse "bien ganancial".

Fundamentamos lo dicho en cuestiones de técnica legislativa respecto de la aplicación subsidiaria de normas, según lo expresado anteriormente, y en que las necesidades familiares no quedan solo aseguradas con la vivienda familiar y los muebles que la componen, sino que cualquier detrimento que ocurra en los bienes de la comunidad matrimonial afectará el bienestar familiar. El CCCN no quiso dar una mayor protección a la vivienda familiar que a los bienes gananciales, sino que quiso protegerla aun cuando se trate de bienes propios o los cónyuges estén sometidos a un régimen de separación de bienes. La regulación de un mismo instituto en capítulos distintos responde a cuestiones exclusivamente metodológicas.

La disposición legal inserta en el último párrafo del artículo 459 respecto de que en los apoderamientos entre cónyuges el representante no está obligado a rendir cuentas, la importancia económica que revisten los bienes gananciales y la aplicación supletoria establecida en el último párrafo del artículo 470 hacen que la prohibición de otorgar poder para asentir a favor del otro cónyuge deba aplicarse también para los bienes gananciales. Un poder para asentir a favor del otro cónyuge únicamente será válido si versa sobre el acto jurídico en sí y sus elementos constitutivos, ya que en este caso habría una determinación del asentimiento que haría improbable todo desvío y aprovechamiento, pudiendo también aplicarse la teoría de la conversión del negocio (art. 384).

2.9. Aplicación temporal de la ley respecto de los asentimientos anticipados dados con anterioridad a la vigencia de la Ley 26994

El asentimiento es un acto jurídico unilateral, autónomo y recepticio. La ley aplicable respecto de su validez y eficacia será la vigente al momento de su otorgamiento. El artículo 7 CCCN mantiene la irretroactividad de la ley respecto de las relaciones o situaciones jurídicas ya concluidas.

Es revocable mientras no se otorgue el acto jurídico para el cual se dio y se configura sin necesidad de la existencia de aquel. Los efectos propios del asentimiento se producirán con la concreción del acto jurídico asentido, lo que no disminuye su autonomía.

Se está ante una situación jurídica agotada y el efecto y consecuencia del acto unilateral quedó cumplido al momento de su otorgamiento.[7]

La aplicación a un acto jurídico concluido y agotado de una ley distinta a la vigente al momento de su otorgamiento sería lesiva de derechos constitucionales: habría una aplicación retroactiva de la ley y se estaría juzgando como inválido aquello que nació a la vida jurídica como un acto válido de acuerdo con la ley vigente al momento de su celebración.

El efecto y consecuencia de haber autorizado el cónyuge a la disposición de estos bienes es inmediato si se ha otorgado en la forma prevista para el acto final permitido…[8]

Por el carácter autónomo del asentimiento, la ley aplicable respecto de su validez y eficacia será la vigente al momento de su otorgamiento y no la ley vigente al momento de la producción de los efectos. Esta conclusión no puede llevarnos a aceptar un asentimiento general anticipado, ya que no estaba previsto en la legislación anterior. Más allá de que cierta doctrina lo calificaba como válido, son abundantes la doctrina y la jurisprudencia que lo estimaban contrario a derecho. **Por lo tanto, deberán receptarse favorablemente los asentimientos anticipados con determinación del inmueble o los poderes para asentir dados a favor del cónyuge titular durante la vigencia del CCIV, aunque no cumplan los demás requisitos del artículo 457 CCCN.**

2.10. Asentimiento en la indivisión poscomunitaria

En la disposición de bienes incluidos en una indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial con asentimiento del no titular, no corresponde solicitar libre inhibición, ya que se aplican las reglas de la comunidad entre los cónyuges y respecto de sus acreedores. El artículo 482 CCCN permite que se otorgue el asentimiento conyugal en los actos de disposición de bienes sujetos a una indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial cuando los excónyuges no acordaron las reglas de administración y disposición de los bienes. El asentimiento conyugal para la disposición de bienes sujetos a indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial permite la aplicación

7. Lamber, Néstor D., [comentario al art. 457], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 422.

8. Ibídem.

del artículo 458, solicitando el excónyuge titular la autorización judicial cuando el no titular niegue injustificadamente el asentimiento, lo que no podría aplicarse si se tratara de la codisposición de bienes sujetos a una indivisión.

En el caso del asentimiento conyugal para la disposición de bienes incluidos en una indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial, no corresponde solicitar libre inhibición por el excónyuge no titular, en virtud de que es de aplicación lo establecido en los artículos 486 y 487 CCCN. El artículo 486 establece que en las relaciones con terceros acreedores, durante la indivisión poscomunitaria, se aplican las normas de los artículos 461, 462 y 467, sin perjuicio del derecho de estos terceros de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común. El artículo 487 expresa que la disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integralidad del patrimonio de su deudor. La parte final del artículo 461 del CCCN dice que, salvo disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro. En relación con la responsabilidad, el primer párrafo del artículo 467 CCCN expresa que cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales adquiridos.

En consecuencia, observamos que, ocurrida la indivisión poscomunitaria por divorcio o modificación del régimen matrimonial, cuando no existe pacto de división y administración de los bienes sujetos a la indivisión, se continúan aplicando las reglas de la comunidad, no solo entre los cónyuges, por lo cual el titular es quien dispone y el otro da su asentimiento, sino también en relación a los terceros acreedores de los excónyuges. Estos no pueden verse perjudicados por la nueva situación de los bienes de su deudor, es decir, que un acreedor del cónyuge titular de bienes gananciales, que tiene dichos bienes como garantía del cumplimiento de la obligación por parte de su deudor, no podrá encontrarse con que esta garantía se ve disminuida por la intromisión de los acreedores del otro cónyuge, sin perjuicio de la distribución que se haga de los bienes en la partición, en la que el acreedor tendrá derecho a participar. Aun luego de la comunidad, durante el estado de indivisión, ninguno de los cónyuges responderá por las obligaciones del otro, salvo por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos.

La referencia a los artículos 486 y 487 demuestra que los acreedores solo podrán subrogarse en el derecho de peticionar la partición, por lo cual el régimen de responsabilidad y gestión se mantiene frente a ellos como si no hubiese acaecido causal de extinción alguna. Y, por ello, se debe proceder de igual modo en las acreditaciones registrales; es decir, basta con solicitar solo inhibiciones por el titular; el otro no tiene derecho sobre el bien en particular, sino únicamente sobre el resultado de la liquidación de la masa de gananciales.

> La disposición de un bien no importa en modo alguno la partición del bien, y el precio de él obtenido se mantiene por subrogación del bien enajenado en la masa de gananciales en estado de liquidación y pendiente de partición, del mismo modo que los frutos de los gananciales durante este período acrecen en la indivisión (art. 485).
> Por ello, si el titular de estado civil divorciado, sin haber celebrado partición y adjudicación de las masas, pretende reinvertir ese dinero en la adquisición de otro bien registrable, éste será de carácter ganancial e integrará la indivisión…[9]

9. Lamber, Néstor D., [comentario al art. 482], en Clusellas, Gabriel (coord.), ob. cit., p. 502.

En consecuencia, mientras los bienes se encuentren en estado de indivisión, sin la existencia de un convenio de administración, se aplicarán las reglas de la comunidad, tanto en la relación interna entre los excónyuges como en la relación respecto de sus acreedores. Ello se debe a que no se constituye un condominio forzoso; el excónyuge tiene una acción de partición y su acreedor, derecho a subrogarse en sus derechos en caso de inacción de aquel.

Ante un acto dispositivo de un bien comprendido en las previsiones del artículo 470 CCCN, corresponderá exigir el asentimiento del excónyuge no titular, sin la solicitud de libre inhibición respecto de este, ya que si un acreedor quisiera subrogarse en sus derechos para pedir la partición, debería haber trabado las medidas cautelares correspondientes sobre los bienes que componen la masa de indivisión, no siendo la inhibición de bienes la medida cautelar adecuada a tal fin.

3. Conclusión

- Consideramos que la ineficacia puede plantearse tanto en el acto jurídico asentimiento como en el acto dispositivo que lo requiere. La ineficacia del acto dispositivo por la omisión del asentimiento es provocada por una nulidad relativa, y dicho vicio puede ser subsanado por un acto complejo del cónyuge no titular, consistente en el asentimiento posterior y la confirmación del acto.
- Concluimos que el acto jurídico de asentimiento puede ser efectuado a través de un representante por no tratarse de un acto personalísimo. A tal fin, es necesario un poder especial con facultades expresas y con determinación del inmueble, quedando facultado el representante para establecer los demás elementos del acto jurídico al momento de ejercer la representación. Este representante no debe ser el cónyuge.
- No podrán darse los cónyuges entre sí poder para asentir en la disposición de la vivienda familiar ni en la disposición de cualquier tipo de bien ganancial, salvo que verse sobre los elementos constitutivos del acto jurídico, cumpliendo con el artículo 457 CCCN. También se lo podrá considerar como un asentimiento anticipado por la conversión sustancial del apoderamiento.
- No podrá aplicarse retroactivamente la ley. Por ello, los asentimientos anticipados dados sobre bienes determinados durante la vigencia del CCIV serán válidos aunque no refieran a los demás elementos constitutivos del acto jurídico; lo mismo que los poderes para asentir con determinación del objeto dados a favor del otro cónyuge en vigencia del CCIV.
- Vimos también que no será necesaria la solicitud de libre inhibición por el cónyuge no titular en los casos de disposición de bienes gananciales durante la indivisión poscomunitaria, ya que no hay un condominio forzoso en relación a los bienes de la comunidad, sino que el cónyuge no titular tiene una acción para exigir la partición. Ante la ausencia de pacto entre los cónyuges, se aplican las reglas de la comunidad, conforme a lo normado por el artículo 482 CCCN.

4. Bibliografía

Dallaglio, Juan C., "La representación voluntaria", en Kiper, Claudio M. (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 67-106.

Lamber, Néstor D., [comentario al art. 457], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 419-424.

— [Comentario al art. 482], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 499-506. [10]

10. Bibliografía complementaria:

Álvarez Juliá, Luis y Sobrino Reig, Ezequiel, [comentario a los arts. 358 a 381], en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dirs.) y Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 799-845.

Casabé, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 [serie "Incidencias del Código Civil y Comercial", dirigida por Alberto J. Bueres].

Cerávolo, Ángel F. y Di Castelnuovo, Gastón R., "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Pautas y criterios para el ejercicio de la función notarial frente a las nuevas normas y cambios que implica", en *Revista Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino*, Buenos Aires, CFNA, Nº 56, 2015, pp. 14-21.

Cerniello, Romina I. y Goicoechea, Néstor D., "Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 922, 2016.

Falbo, Marcelo, [comentario a los arts. 382 a 400], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 170-222.

Giralt Font, Jaime, "Mandato entre cónyuges", en AA. VV., "Informe del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires respecto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (aprobado por el Honorable Senado de la Nación el 28 de noviembre de 2013)", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 914, 2013, [dosier], pp. 71-72.

— "Requisitos para el otorgamiento del asentimiento conyugal", AA. VV., "Informe del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires respecto del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (aprobado por el Honorable Senado de la Nación el 28 de noviembre de 2013)" [dossier], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 914, 2013, pp. 68-70.

Hernández, Lidia B., [comentario a los arts. 1217 a 1322], en Bueres, alberto J. (dir) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3C, Buenos Aires, Hammurabi, 2007 (2ª reimpresión), pp. 77-253.

Herrera, Marisa, "Uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: más contexto que texto", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 2014-3, pp. 11-58.

— [Comentario a los arts. 446 a 593], en Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

— "El nuevo Código y las diversas realidades familiares" [online], en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [portal web], 15/12/2014 [http://www.nuevocodigocivil.com/el-nuevo-codigo-y-las-diversas-realidades-familiares-marisa-herrera/].

— "El poder de contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad en el banquillo" [online], en Rubinzal on-line [portal web], RC-D 351/2014 .

— "Las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: una opción legal válida" [online], en Rubinzal on-line [portal web], RC-D 1062/2014.

— "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial, 2014 (noviembre), pp. 39 y ss (AR/DOC/3846/2014).

Herrera, Marisa y Pellegrini, María V., "La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial" [online], en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [portal web], 30/5/2015 [http://www.nuevocodigocivil.com/la-proteccion-a-la-vivienda-familiar-en-elnuevo-codigo-civil-y-comercial-por-marisa-herrera-y-maria-victoria-pellegrini/].

Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial Argentino de 2014", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/10/2014 (t. 2014-E, p. 1267, AR/DOC/3592/2014); también puede verse online en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*.

El notario y el juicio de capacidad del requirente frente al Código Civil y Comercial de la Nación

Natalio P. Etchegaray

RdN 924

RESUMEN

Mientras el Registro de Sentencias de Incapacidad a que se refiere el artículo 39 del Código Civil y Comercial no se organice a nivel nacional y en condiciones de brindar una información idónea en tiempo y forma, no se innovará en la responsabilidad notarial en esta materia, la que seguirá ligada al deber de cerciorarse de la capacidad de los requirentes, dentro de los límites de hecho y de derecho que en el desempeño de sus funciones le obligan al notario a apreciarla o reconocerla.

Sumario: ***1.*** *El juicio de capacidad de los comparecientes como acto propio del notario.* ***2.*** *Antecedentes notariales.* ***3.*** *Doctrina notarial.* ***3.1.*** *El juicio de capacidad del requirente del notario no requiere constancia documental.* ***4.*** *Las sentencias de incapacidad y su registración y publicidad en el Código Civil y Comercial.* ***5.*** *Conclusión.*

1. El juicio de capacidad de los comparecientes como acto propio del notario. Declaración del mundo interior

El maestro Carlos Pelosi, refiriéndose a las "calificaciones", expresó:

> El ejercicio profesional está absorbido por una densa cantidad de actividades de juicio, sin las cuales quedaría baldío de su más trascendente dimensión […] estos juicios o calificaciones consisten en afirmaciones del notario "ex intelecto suo", que se proyectan en su mayor parte al ámbito de la legalidad. Junto a la versión formal de las realidades del mundo físico, realiza el notario su función de asistencia jurídica para asegurar la eficacia de su contenido. Las cumple en su condición de perito en derecho y custodio de la certeza en cuanto a la legalidad del acto o negocio instrumentado, que es labor engarzada a su quehacer documental.[1]

Cita a continuación a García-Bernardo Landeta, quien manifestó con acierto que el notario no puede dar fe de un acto o contrato sin emitir juicio acerca de la **capacidad de los contratantes**, de su identidad, la naturaleza del acto y, en su caso, la legitimación. Recuerda también a De la Cámara Álvarez, quien destacó que el notario no

1. Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 2006.

solo afirma evidencias en los instrumentos, sino que, además, por exigencia legal o reglamentaria, formula juicios, bien sobre circunstancias de hecho que le constan o sobre ciertas cualidades jurídicas de las personas que ante él comparecen (juicio de capacidad). Ese juicio queda cubierto por la fe pública, aunque su error no puede incluirse en los delitos de falsedad documental ("verdad supuesta", para Núñez Lagos, porque es una presunción que admite prueba en contrario sin necesidad de acción de falsedad).

Recordemos cómo claramente lo expone Vélez Sarsfield en su nota al artículo 993 del derogado Código Civil (CCIV), antecedente directo de artículo 296 del CCCN:

> Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento, pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe, y admite prueba en contrario.

Y lo reitera en el artículo 3616, cuando dice: "La ley presume que toda persona está en su sano juicio, mientras no se pruebe lo contrario"; y en la nota:

> El estado de demencia puede probarse por testigos, aunque el escribano haya expresado en el testamento que el testador se hallaba en su perfecta razón, pues los escribanos no tienen misión para comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan.

2. Antecedentes notariales

- *La ley española*: En España, la Ley del Notariado, pionera en la materia, no exige la mención de la capacidad de los otorgantes, pero sí lo hace el artículo 156, inciso 8, del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, por lo que la doctrina y la jurisprudencia solo consideran una falta disciplinaria su omisión en la escritura.
- *Congreso Internacional del Notariado de 1950*: En el II Congreso Internacional del Notariado Latino (Madrid, 1950), en sus recomendaciones respecto de normas funcionales, en el apartado 2º "Juicio de capacidad de los otorgante", se dijo:

  > 1º: Antes de autorizar cualquier acto o contrato, el notario habrá de apreciar la capacidad legal y civil de los comparecientes y de las partes.
  > 2º: Cuando en el documento exista afirmación hecha por el notario de la capacidad de los comparecientes con referencia al momento de la autorización, sólo podrá ser desvirtuada dicha afirmación por pruebas referidas a tal momento que sean plenamente cumplidas y convincentes.

- *Congreso Internacional del Notariado de 1954*: En las conclusiones del III Congreso Internacional del Notariado Latino (París, 1954), y respecto de la **responsabilidad profesional del notario**, se resolvió:

  > A) Que en los países adheridos a la Unión, el legislador obre teniendo en cuenta el logro de los modos materiales prácticos, susceptibles de facilitar la tarea de los notarios, especialmente en lo que se refiere a la organización de un procedi-

> miento propio, bajo la forma que mejor convenga, y tendiente […]: a) a determinar en forma precisa las incapacidades que puedan afectar a los contratantes…

- *Congreso Internacional del Notariado de 1961*: En el VI Congreso Internacional del Notariado Latino (Montreal, 1961), el notariado argentino, con la coordinación de Pelosi, presentó un trabajo de equipo, en el que tuve la oportunidad de participar, donde se examinaban y comparaban las reglas de la forma notarial. En el capítulo II, referente al notario, en la parte destinada al juicio de capacidad, realizada por los notarios Cerávolo y Pondé, se trata largamente el tema.[2] En primer lugar, se expone la regla proyectada:

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

Al comparar las reglas, los autores destacan que el CCIV –hoy derogado– no mencionaba entre los deberes del notario mencionar la capacidad de los otorgantes, exclusión que mantiene el CCCN. Ya en la parte expositiva destacan que la capacidad de los intervinientes es un presupuesto indispensable de la actividad documental y que funciona como requisito de validez del negocio. También señalan que su eficacia no depende solo de la forma, sino también de su perfecta celebración, demostrando la necesidad de poder establecer si las partes y otorgantes tienen la idoneidad necesaria para emitir las declaraciones que corporiza el documento, cumpliendo así lo que el II Congreso Internacional pedía que hicieran los notarios antes de autorizar escrituras. Acertadamente, expresan como un límite de la responsabilidad del notario cuando no se han organizado registros que le permitan cerciorarse, por medios idóneos y seguros, de la existencia o no de la incapacidad, sobre todo cuando se dan situaciones diversas y complejas en las que interdicciones e inhabilitaciones adquieren caracteres singulares; bregan así por la concreción de la recordada declaración del III Congreso, donde se pide que la obra de los legisladores logre la creación de los medios materiales prácticos susceptibles de facilitar la tarea de los notarios, permitiéndoles determinar con precisión las incapacidades que puedan afectar a los contratantes.

3. Doctrina notarial

González[3], refiriéndose a la actividad de las partes, expresa que deben demostrar que son capaces jurídicamente para el acto que van a realizar. La capacidad será la que exactamente exija el acto objeto de la escritura, sin que exista una capacidad especial para comparecer en instrumento público. El conocimiento de la capacidad acarrea numerosos problemas, cuya dilucidación es algunas veces difícil y es el escribano a quien corresponderá la calificación de la capacidad legal, como atributo principal de su función fedataria.

2. AA. VV., [trabajo de la delegación argentina], en *VI Congreso Internacional del Notariado Latino*, t. 1, Unión Internacional del Notariado Latino, Montreal, 1961, p. 291.

3. González, Carlos E., *Teoría general del instrumento público*, Buenos Aires, Ediar, 1953, p. 225

Giménez Arnau[4] sentencia que la capacidad del compareciente se determina por la calificación autónoma del notario, atendidas las circunstancias de cada caso. Insiste con que en el derecho notarial latino, por la función propia del notario, no es necesario, como en Estados Unidos o Inglaterra, un acto externo que acredite la capacidad del otorgante del documento para considerarlo válido y eficaz. Sobre la importancia y efectos de la calificación de capacidad formulada por el notario, es requisito fundamental para la eficacia del instrumento notarial y es el fundamento de la responsabilidad del notario en el orden moral y en el civil, sin necesidad de argumentársela exclusivamente en la órbita del delito de falsedad. Sobre el ámbito del juicio de capacidad, lo determina como un juicio jurídico y psicológico bastante complejo, que se apoya en una serie de hechos, unos positivos (como la edad) y otros negativos (inexistencia de incapacidad expresa o prohibición). Además, en el actuante, hay que atender no solo la aptitud o posibilidad de tenencia de derechos, sino la inmediata posibilidad de ejercerlos por sí mismo. Los elementos que han de ser examinados para formular la afirmación de capacidad son los siguientes:

1) La capacidad de goce.
2) La capacidad de ejercicio para el acto jurídico del que se trate.
3) La inexistencia de prohibiciones expresas de la ley.
4) La conciencia libre y la voluntad actual: La existencia de vicios de la voluntad vicia el acto; antes de autorizarlo, el notario debe investigar discreta pero escrupulosamente el ánimo de cada uno de los otorgantes, para evitar que el instrumento pueda luego ser anulado por ausencia o vicio del consentimiento.
5) En los casos especiales en los que la ley exige determinadas asistencias (apoyos) o complementos de capacidad al compareciente, el cumplimiento de estas circunstancias ha de servir al fedatario para afirmar la plena aptitud del compareciente.

Alfredo García-Bernardo Landeta[5] distingue entre la capacidad de obrar y la legitimación. La capacidad de obrar es la aptitud del sujeto de derecho para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, atribuida por la ley en atención a su experiencia, medida por la edad. Es general; no se refiere a una relación concreta, sino a todas las del mismo tipo. La legitimación es la posibilidad de un sujeto de derecho de constituir, modificar o extinguir una relación jurídica concreta válidamente, y deriva fundamentalmente de la titularidad. Algunas hipótesis, como en las disposiciones testamentarias, no plantean más cuestión que la de la capacidad de obrar, porque la previa titularidad de algún derecho tendrá trascendencia en un momento posterior. Aclara que ambas, capacidad y legitimación, se distinguen perfectamente en las relaciones reales. Una persona capaz solamente puede transmitir el dominio de una cosa propia, de la que es titular; para transmitir una cosa ajena, no alcanza con la capacidad, se requiere estar autorizado legalmente.

4. Giménez Arnau, Enrique, *Instituciones de derecho notarial*, Madrid, Reus, 1948, pp. 102 y ss.

5. García-Bernardo Landeta, Alfredo, *Técnica jurídica y práctica notarial*, Oviedo, M. Pons Gráfica Luc., 1964, p. 341.

3.1. El juicio de capacidad del requirente del notario no requiere constancia documental

La Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, reguladora de la función notarial, en su artículo 77 expresa:

> Además de los requisitos formales, de contenido y de redacción impuestos por la legislación de fondo y por la presente u otras leyes especiales, las escrituras públicas deberán expresar: […] d) Las menciones que correspondieren relativas a los actos de ciencia propia del notario y a los que hubiere presenciado o ejecutado. El juicio de capacidad de las personas físicas no requerirá constancia documental.

Como valioso antecedente de este artículo, tenemos el anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales y el gran trabajo doctrinario que lo complementa,[6] obras del entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial –hoy, Academia Nacional del Notariado–. Los cinco incisos del artículo 23 del anteproyecto que se refieren sucesivamente a los datos que debe expresar la escritura no mencionan el juicio de capacidad. Ello en consonancia con el artículo 9, inciso 25, según el cual el notario, en su carácter de autorizante en la formación del documento, debe, como función privativa, "examinar, en relación al acto a instrumentarse, la capacidad y legitimación", sin referirse a su mención en el documento, lo que sí realiza, luego, en el inciso 1 del artículo 31, donde expresamente aclara que "la capacidad legal de las personas no requiere constancia documental". Y en el comentario doctrinario al citado artículo 31, se indica que "el llamado juicio de capacidad no requiere constancia documental" y que se lo hace en forma expresa "para concluir con el erróneo concepto que es obligatorio observar esa formalidad".

El recordado Pelosi, en un extraordinario trabajo[7], se refiere a los actos propios del notario que contribuyen a calificar como público al documento notarial de la siguiente manera:

> Hay cuestiones de técnica que no se reflejan en el documento; verbigracia: la rogación, la determinación de competencia, **el juicio de capacidad** y hasta el modo de conducir los actos preparatorios en el orden administrativo o de citar a los interesados…

También Zinny[8], al distinguir las partes de una escritura, ubica, entre las que denomina "situaciones preexistentes", las que se refieren no ya a las declaraciones de los otorgantes sino al juicio del escribano (fe de conocimiento), y prescinde del juicio de capacidad, pues piensa que va implícito en la autorización del documento. Si la parte carece de cualidades para comportarse (incapacidad) o no está legitimada para colocarse en la situación pretendida, es evidente que el escribano no permitirá la ce-

6. AA. VV., *Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, s. f.; publicado en *Revista del Notariado*, Nº 765, 1979, pp. 909-973.

7. Pelosi, Carlos A., "Técnica de la redacción escrituraria", en *Cuadernos Notariales*, La Plata, Universidad Notarial Argentina, Nº 15, s. f., serie "Técnica Notarial", p. 17.

8. Zinny, Mario A., "Documento notarial. Orden vigente y dogmática jurídica", en *Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos*, Paraná, Colegio de Escribanos de Entre Ríos, Nº 51, 1964, p. 346 (citado por Pelosi, Carlos A, ob. cit. [cfr. nota 7], p. 121).

lebración del acto. Ello también surge del criterio de González Palomino[9], quien estima que solamente la identificación, que también es un presupuesto de la prestación de funciones, requiere mención documental por ley. Recuerda también Pelosi[10] que, aunque se incluya en la conocida fórmula de Azpitarte ("dónde, cuándo, ante quién, quiénes, conocidos, capaces y para qué"), no es imprescindible expresar el juicio de capacidad, que en la práctica se traduce en la expresión "hábiles".

4. Las sentencias de incapacidad y su registración y publicidad en el Código Civil y Comercial

El CCCN establece los siguientes principios rectores:

- La capacidad general de ejercicio se presume (art. 31, inc. a).
- El menor que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (art. 26).
- Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (art. 31, inc. b).
- La sentencia que declare la incapacidad debe inscribirse en el Registro de Estado y Capacidad de las Personas; se debe dejar constancia en el acta de nacimiento y produce efectos recién a partir de su inscripción en el Registro (art. 39).

Es ilustrativo recordar los fundamentos expuestos por la comisión redactora del anteproyecto:

> El Anteproyecto distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio […] De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como "edad y grado de madurez", la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc. […] se señala que la noción de incapacidad, en la que juega mayormente la figura de la representación, se reserva para casos extremadamente excepcionales, configurados por aquellos supuestos en los que, lamentablemente, la persona se encuentra en situación de absoluta falta de habilidad para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Asimismo, para otorgar efectos a una inscripción en un determinado registro, no alcanza con crearlo en la ley de fondo, sino que, con posterioridad, debe legislarse sobre todos y cada uno de los pasos necesarios para que ese registro cumpla con su función publicitaria y recién entonces sus constancias puedan ser oponibles a los terceros que eventualmente contraten con el sujeto de la inscripción; en este caso, aquel que es declarado incapaz por sentencia judicial.

Es oportuno recordar lo que ocurrió con la reforma de 1968 al CCIV en lo referente al Registro de la Propiedad Inmueble. La modificación al artículo 2505 asignó a la registración inmobiliaria efectos sustantivos para el reconocimiento del derecho de propiedad por parte de los terceros; y recién pudo ser operativo gracias a la

9. Citado por Pelosi, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 107.

10. Ídem, p. 137.

inmediata sanción de la Ley Registral 17801, quince días después de la vigencia de la reforma del Código Civil y basada esencialmente en el proyecto de Ley Registral de Miguel Falbo y Edgardo Scotti.

Un registro tiene que estar organizado de manera tal que responda a principios registrales generales y especiales de la materia de su competencia. No puede prescindir de aquellos principios esenciales como el de prioridad indirecta o reservada, que produce los efectos de anotación preventiva o de reserva para los alcances jurídicos del acto que se va a instrumentar, produciéndose a su respecto la anotación condicional, por el plazo que se establezca, de la sentencia que se presentare al registro declarando la incapacidad de la persona sobre la que se ha solicitado el certificado. Como expresa Villaro[11],

> … la publicidad registral, en tanto publicidad de los asientos, necesita, obviamente, la existencia de un asiento previo para ser efectuada, y se cumple cada vez que algún interesado solicita información por alguna de las vías previstas (certificados e informes, principalmente) […] y se la suele llamar en un primer sentido publicidad material (la del asiento) y en el segundo publicidad formal (la del informe o el certificado) y así se la usa cuando se habla de publicidad de los asientos.

En consecuencia, el Registro de Sentencias de Incapacidades debe organizarse sobre la base de asientos y certificados o informes de los mismos. Hasta tanto ello no ocurra, no existirá como tal.

En cuanto a la solución que se sugiere de incorporar a las escrituras declaraciones de los comparecientes asegurando su capacidad, estimo que carece de toda validez jurídica, por constituir una situación idéntica a la que se presentaría en el caso en que el transmitente de un bien libere al notario de la responsabilidad que tiene respecto de su legitimación para disponer de ese bien. Y si efectivamente el requirente fuera un incapaz, su declaración carecía de validez.

5. Conclusión

Frente a la situación actual, se puede afirmar que mientras el Registro de Sentencias de Incapacidad al que se refiere el artículo 39 CCCN no se encuentre organizado a nivel nacional y en condiciones de brindar una información idónea en tiempo y forma, no se innovará en la responsabilidad notarial en esta materia, la que seguirá ligada al deber de cerciorarse de la capacidad de los requirentes, dentro de los límites de hecho y de derecho que en el desempeño de sus funciones le obligan al notario a apreciarla o reconocerla.

11. Villaro, Felipe P., *Derecho registral inmobiliario*, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 159 (colección "Función notarial" [dir.: Natalio Pedro Etchegaray], v. 2).

Registro de Actos de Última Voluntad

Presente y futuro

Oscar J. García Rúa

Alicia M. Trezza

RdN 925

RESUMEN

Los registros de actos de última voluntad son de gran importancia en la medida en que se deja en ellos constancia de aquellas disposiciones patrimoniales o de interés familiar que se aplicarán luego de la muerte del autor. Tratados internacionales de derecho notarial destacaron la importancia de estos registros, ya que en forma organizada conservan la facultad del causante. En todas las provincias argentinas existen y, a nivel provincial, informan al juez de la sucesión que se realice en la provincia los actos dispositivos para después de la muerte del causante. Solo en la Ciudad de Buenos Aires no existe ley que exija la obligación de pedir informe al registro al juez de la sucesión. Lo que proponemos en este trabajo es que el magistrado que entienda en una sucesión en la Capital Federal tenga la obligación de pedir informe al Registro de Actos de Última Voluntad del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Sumario: ***1.*** *Presente.* ***1.1.*** *La importancia de llevar registros completos de los actos de disposición para después de la muerte.* ***1.2.*** *Acceso a la información de los registros provinciales.* ***2.*** *Antecedentes.* ***2.1.*** *Internacionales.* ***2.2.*** *Nacionales.* ***3.*** *Futuro. Conocimiento del testamento por el juez de la sucesión.* ***3.1.*** *El problema.* ***3.2.*** *La solución.*

1. Presente

1.1. La importancia de llevar registros completos de los actos de disposición para después de la muerte

El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, el Colegio) dirige el Registro de Actos de Última Voluntad creado el 14 de septiembre de 1965. Los actos de última voluntad se denominan de esa manera porque no solo son testamentos sino otros actos que no necesariamente tienen contenido económico. Zannoni los denomina "disposiciones extrapatrimoniales", porque su vigencia y la certeza de su cumplimiento, tras el deceso del disponente, hacen a la efectividad de importantísimos derechos humanos contenidos en ellos.[1]

1. Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 20.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 161 de la Ley Orgánica Notarial 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se registran en el Registro de Actos de Última Voluntad (en adelante, RAUV o el Registro) los siguientes actos de última voluntad: a) los testamentos otorgados por acto público; b) los testamentos cerrados; c) los testamentos especiales a los que se refieren los artículos 3672 y siguientes del Código Civil (CCIV); d) los testamentos ológrafos; e) las protocolizaciones de testamentos; f) las revocaciones; g) las sentencias que declaren válidos o afecten a la validez de dichos actos; h) las designaciones de tutor, formalizadas en los términos del artículo 383, último párrafo, del CCIV.

Cabe aclarar que cuando la Ley 404 alude a la registración de los testamentos especiales a los que se refieren "los artículos 3672 y siguientes del Código Civil", apunta al código vigente a la época de la sanción legislativa de esa ley, es decir, el 15 de junio del año 2000. En el CCIV (arts. 3672-3689) se regulaban los testamentos que podían realizar los militares en expedición militar o en cualquier plaza sitiada o guarniciones, cuyo personal militar podía testar ante un oficial que tuviera, al menos, grado de capitán. Además, el militar herido podía testar ante el médico que lo atendía y el personal militar que navegaba en buque de guerra podía testar ante su comandante, al igual que en los buques mercantes (al llegar a puerto, donde hubiera un agente diplomático de nuestro país, el capitán debía entregar un ejemplar del testamento ante el cónsul). Estos testamentos militares, marítimos o de guerra no existen en el Código Civil y Comercial, actualmente, vigente, sancionado por la Ley 26994 del año 2014 (CCCN), de modo que el inciso c) del artículo 161 de la Ley 404 no debe ser tenido en cuenta.

En cuanto al inciso h) del artículo 161, que alude a la designación de tutor "formalizada en los términos del artículo 383, último párrafo, del Código Civil", nuevamente cabe destacar que se refiere al CCIV, vigente a la fecha de la sanción de la Ley 404. Este establecía en dicho artículo que

> El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad […] por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento.

Estas escrituras de designación de tutor eran las que se informaban al RAUV.

El CCCN, por su parte, establece que

> Artículo 106: Tutor designado por los padres. Cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental puede nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente…
>
> Artículo 112: Discernimiento judicial. Competencia. La tutela es siempre discernida judicialmente. Para el discernimiento de la tutela es competente el juez del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida.

1.2. Acceso a la información de los registros provinciales

Tanto en la normativa de 1965 como en la de la Ley 404 (art. 169), se establece la posibilidad de que el Registro intercambie datos con "los registros similares existen-

tes en la República" por vía informática. Por este camino, se posibilitó la creación del Centro Nacional de Información de Registros de Actos de Última Voluntad del Consejo Federal del Notariado Argentino, que es llevado también por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

¿Cómo se posibilita el conocimiento, por parte del juez, del sucesorio abierto en cualquier lugar de la República de cualquier testamento del causante? Todas las provincias, excepto la Capital Federal, han modificado sus códigos de procedimientos en lo civil y comercial, disponiendo que, al iniciar el sucesorio, el juez respectivo debe oficiar al registro de actos de última voluntad de la provincia para poder determinar si existe allí testamento registrado del causante y poder así requerirlo al escribano respectivo. Si el letrado del sucesorio que tramite en nuestra ciudad desease saber si existe el testamento del causante, bastará que solicite al juez que libre el oficio respectivo al Colegio. Si así lo solicitara y pidiera también información respecto de si existe testamento del causante en otra jurisdicción provincial, el Registro podrá informárselo y le proporcionará la dirección del registro respectivo para que allí se dirija. Pero, si no se solicitara expresamente el informe, la sucesión tramitará como ab intestato.

2. Antecedentes

2.1. Internacionales

Reino de España (1885)

a) *Organización*: España fue el primer país que contó con un RAUV, creado por Real Decreto del 14 de noviembre de 1885.
b) *Autoridad o ente a cargo*: se lleva en la Dirección General de los Registros y del Notariado y está a cargo de uno de los funcionarios técnicos, que cuenta con los auxiliares necesarios. En cada decanato de los colegios notariales de España continental e insular se llevan registros particulares que transmiten los datos recibidos al Registro General, con sede en Madrid, según expresa Bollini[2].
c) *Documentos que se inscriben*:
   - testamentos abiertos;
   - actos de protocolización de los cerrados y ológrafos y sus revocaciones;
   - donaciones para después de la muerte o donaciones mortis causa y todo acto de última voluntad autorizado por escribanos, curas párrocos y los agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero;
   - testamentos ológrafos (si los otorgantes lo desean y hacen constar su voluntad por medio de acta notarial);
   - protocolizaciones de testamentos abiertos y ológrafos otorgados sin autorización notarial;
   - testamentos militares y los otorgados en viajes marítimos;
   - ejecutorias de sentencias judiciales que afecten la validez de actos de última voluntad.

2. Don Jorge Alberto Bollini, escribano de tan destacada actuación en este tema y al que aquí rendimos emocionado y merecido tributo.

d) *¿A quiénes se pueden expedir informes de los actos registrados?*:
   - a jueces u otra autoridad (deben expresar el motivo del pedido de informe);
   - al testador o disponente (por sí o por apoderado).

   Se establece el secreto profesional o reserva absoluta respecto de las disposiciones testamentarias, bajo la responsabilidad de las personas destinadas al servicio.

e) *¿Cómo se garantiza que el juez de la sucesión ab intestato conocerá el acto de última voluntad, para tenerlo en cuenta en la declaratoria de herederos?*: La regla de oro del sistema es garantizar que el juez de la sucesión del disponente tenga conocimiento del acto de última voluntad, porque si el aquel dispone la declaratoria ignorando cuanto disponga el testamento, habría que anularla en la medida en que la afecte el acto de disposición, con el consiguiente dispendio de actividad jurisdiccional y la enorme lesión para los derechos de los particulares. Por ello, el sistema de registración español establece que: i) para obtener declaratoria de herederos, es menester presentarle al juez el informe del Registro acerca de la existencia de testamentos; ii) los escribanos españoles, para autorizar un acto de adjudicación de bienes en virtud de testamento, deben exigir certificación registral en cuanto a los testamentos existentes del causante.

República Oriental del Uruguay (1913)

El Registro de Testamentos fue creado por la acordada del 15 de abril de 1913 de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay. Asimismo, la Acordada 3149, del 23 de junio de 1952, lo modernizó y la Ley de Presupuesto del 30 de noviembre de 1960 lo comprendió en sus disposiciones, en la medida en que reglamentó el derecho que debe cobrar el Registro por los certificados de disposiciones de última voluntad.

Debe advertirse que en un gran país, como el vecino Uruguay, con sistema constitucional de división de poderes similar al nuestro, el órgano máximo del Poder Judicial creó, organizó y reglamentó el Registro durante medio siglo, sin intervención alguna del Poder Legislativo ni del Ejecutivo. Ello se debe a la incidencia que tiene la aparición tardía del testamento en el proceso sucesorio ab intestato, nulificándolo, con el consiguiente dispendio de actividad jurisdiccional y la importancia que tiene para la regulación de los derechos individuales la preservación y conocimiento de la voluntad del testador tras su muerte. La acordada reguladora de la actividad de los tribunales, en ejercicio del poder de superintendencia sobre ellos, era el medio adecuado ante la mora del Poder Legislativo para crear y regular el Registro de Testamentos.

Congresos Internacionales del Notariado Latino (1950/1956)

El II Congreso Internacional del Notariado Latino (Madrid, 1950) resolvió recomendar:

a) La creación en cada país de un registro de carácter secreto, hasta la muerte del testador, donde se anoten los datos necesarios para establecer, al producirse su deceso, todas sus disposiciones de última voluntad, cada una de ellas "confiada oficial y oficiosamente a la custodia del notario".

b) Que en toda sucesión abierta sea exigida la aportación de un certificado negativo o positivo expedido por el registro.
c) Que en las sucesiones de extranjeros se exija certificación del registro de su país de origen y de aquel "donde tuvo su residencia oficial".

Asimismo, el IV Congreso Internacional del Notariado Latino (Río de Janeiro, 1956) recomendó la creación de un registro internacional de actos de última voluntad.

2.2. Nacionales

El sistema del Código de Vélez Sarsfield (1871)

El Codificador, en el artículo 3671 CCIV, estableció:

> El escribano que tenga en su poder en su registro un testamento, de cualquier especie que sea, está obligado, cuando muera el testador, a ponerlo en noticia de las personas interesadas, siendo responsables de los daños y perjuicios que su omisión les ocasione.

¿Sus fuentes?: la Novísima Recopilación, el Fuero Real y el Código de Holanda. El artículo 3691 obliga al escribano que tenga en su poder el testamento ológrafo o el cerrado a presentarlo al juez del último domicilio del testador. Sin duda, era la costumbre de la época que fuera el notario el depositario de la última voluntad, cualquiera fuera la forma que asumiera. Hoy esa costumbre sigue vigente. ¿Es siempre posible el cumplimiento de la norma? Sin lugar a dudas, no.

Con la creciente movilidad geográfica que tienen nuestros grupos poblacionales, frecuentemente se nos hace imposible, al producirse un fallecimiento, saber dónde se encuentra el testador, dónde las eventuales personas interesadas y, aun, conocer este hecho. Seguramente, el celo y la prudencia del notario evitaron que esta norma fuera semillero de pleitos. Así, los fedatarios hicieron gala del cumplimiento de la norma consuetudinaria que exige que el notario tenga "ciencia, pero mucho más conciencia". Mas no cabe duda de que este sistema implica un gran riesgo de que la voluntad del testador no logre efectividad y es menester establecer un sistema registral que la procure. Como señala Machado, es una obligación difícil de llenar y expone a los escribanos a pleitos, sin darles los medios de cumplirla librándose de ello. Veremos qué se puede hacer para darle al escribano los medios de cumplirla.

Provincia de Buenos Aires (1959)

a) *Organización*: La Ley 6191, ex Ley Orgánica del Notariado, del 3 de septiembre de 1959 (entrada en vigencia: 1/1/1960), puso a cargo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires "organizar el Registro de Testamentos"[3] (art. 90, inc. t) y a cargo del escribano (art. 43, inc. h), la obligación de

> Enviar al Colegio una ficha por cada testamento que autorice o que reciba como depositario o por revocatoria del mismo […] a los efectos de que el Colegio forme con ellos el Registro de Testamentos. [Art. 43, inc. h]

3. Su director y organizador fue el escribano Wolfram Lüthy.

Asimismo, todo escribano debía cumplir con esta obligación en el término de treinta días; si no lo hace, es pasible de sanción disciplinaria (arts. 54 y ss., especialmente el 59).

b) *¿A quiénes se puede expedir informes?*:
   - jueces, tribunales u otras autoridades competentes;
   - otorgantes o representantes con poder suficiente;
   - letrados u otras personas que acrediten fehacientemente el fallecimiento del testador y siempre que hubiesen pasado los nueve días "de llanto y duelo" desde la fecha de la defunción.

c) *¿Cómo se garantiza que el juez del sucesorio tome conocimiento del testamento?*: El régimen registral testamentario de la Ley 3611 no disponía nada al efecto y el sistema era imperfecto, en la medida en que el juez de la sucesión ab intestato podía dictar declaratoria de herederos ignorando el testamento. Pero la Ley 11511 (27/12/1993) perfeccionó el sistema al modificar los artículos 724, 735 y 742 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia y establecer que "en todos los casos", en la apertura del proceso sucesorio,

> … se oficiará al Registro de Testamentos del Colegio de Escribanos de la Provincia, quien deberá informar sobre la existencia de testamento u otra disposición de última voluntad.

Vale decir que, tras esta reforma, el sistema registral testamentario bonaerense comenzó cumple con lo que llamamos "regla de oro" al ocuparnos del sistema español: garantizar que el juez de la sucesión del disponente tenga conocimiento de su acto de última voluntad.

Provincia de Formosa (1996)

a) *Organización y ente a cargo*: Por Decreto-ley 719/1979, modificado por la Ley 1219 de 1996 (Capítulo VI del Título IV), se puso el Registro de Testamentos a cargo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Formosa. Este colegio creó y reglamentó el registro por resolución del Consejo Directivo del 30 de noviembre de 1998 (acta Nº 326) y dispuso elevar al Consejo Federal del Notariado Argentino información de todo testamento que registre (art. 81, inc. a] de dicha resolución).

b) *¿Cómo se garantiza que el juez del sucesorio tome conocimiento del testamento?*: Por acordada del Superior Tribunal de Justicia del 6 de noviembre de 2002 (acta Nº 456), dictada a solicitud del Colegio de Escribanos, se estableció que

> Producida la apertura de un juicio sucesorio y antes del dictado del auto que ordene la misma, los jueces y tribunales deberán solicitar un informe o certificación al Registro de Actos de Última Voluntad a fin de comprobar la existencia de instrumentos inscriptos en el mismo a nombre del causante.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1965)

a) *Organización y autoridad a cargo*: Por resolución del 14 de septiembre de 1965, el Consejo Directivo del entonces Colegio de Escribanos de la Capital Federal

creó el RAUV de la jurisdicción y dictó su reglamento general.[4] Vale decir que el Colegio lo creó por sí y ante sí, sin ley alguna, lo que constituye un importante antecedente a tener en cuenta por parte de aquellos colegios notariales que carecen de este tipo de registros. Otra resolución del Consejo Directivo (acta Nº 3108) modificó algunos aspectos. Finalmente, la Ley Orgánica 404 del año 2000 –ya mencionada– dispuso en su artículo 161:

> Créase el Registro de Actos de Última Voluntad de la Ciudad de Buenos Aires, a cargo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en carácter de continuador del creado por resolución del Consejo Directivo del 14 de septiembre de 1965.

En realidad nada se creó, pues no se pueda crear lo ya existente: la Ley 404 le confiere estatus legal específico, su creación estaba implícitamente dentro de las facultades que la Ley 12990 le había conferido al Colegio. Sin embargo, el sistema podría cumplir a la perfección su cometido mediante la obligatoriedad de solicitar informe al Registro sobre la existencia o no de actos de última voluntad, al iniciarse el sucesorio.

3. Futuro. Conocimiento del testamento por el juez de la sucesión

3.1. El problema

Seguramente, el acto en que una persona realiza disposiciones para después de su muerte debe ser uno de los más importantes de su vida, ya que se encuentra frente a la finitud de su existencia y procura, equilibradamente, valorizar sus afectos y distribuir sus bienes entre ellos en la medida de lo posible, o tomar disposiciones carentes, en principio, de contenido económico, como la designación de tutor para sus hijos. Todas las provincias de nuestro país modificaron sus códigos procesales de modo que, al inicio de la sucesión, sea obligatorio pedir informe sobre la existencia de testamento al registro del colegio de escribanos de la jurisdicción. Sin embargo, en la Ciudad de Buenos Aires no está establecida esa obligación del juez de la sucesión de pedir informe al RAUV acerca de la existencia de testamento. Esta es la "regla de oro" de todo el sistema que garantiza que el testamento se efectivice.

3.2. La solución. Modificación del Código Procesal

Quienes normalmente inician la sucesión del causante son el/la cónyuge y los hijos. Ellos, aunque conozcan la existencia del testamento, no tendrán ningún interés en denunciarlo ante el juez del sucesorio, porque en la ignorancia de tal acto la porción legítima se verá acrecida por la porción reservada para testar. Así, la única solución –y, como dijéramos, regla de oro del sistema– será modificar el Código Procesal de tal modo que al inicio del sucesorio sea obligatorio pedir informe sobre la existencia de testamento al RAUV. Entonces, el primer paso necesario para poner a la Capital Federal en similares condiciones que las provincias es la modificación del Código

4. Fruto de la inspiración del emérito escribano Jorge Alberto Bollini, quien tanto hizo en la materia.

de Procedimientos Civil y Comercial de la Capital, en el sentido que proponemos a continuación.

Buenos Aires…

CONSIDERANDO:

Que hace a la seguridad jurídica que, al iniciarse todo proceso sucesorio en la jurisdicción de la Capital Federal, sea obligatorio agregar informe relativo a la existencia o no de actos de última voluntad del causante en el Registro de Actos de Última Voluntad del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, registro que toma razón de testamentos por acto público, cerrados, especiales, ológrafos, protocolizaciones, revocaciones, sentencias que hagan a la validez de tales actos.

Que esta ley brindará mayor certeza a los procedimientos y a los derechos en juego, en la medida en que, desde el inicio, se encausará el juicio por los carriles procesales que correspondan.

Por ello, el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina sancionan con fuerza de LEY:

Artículo 1º: Modifícase el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de modo que el artículo 689 quede redactado de la forma que a continuación se indica:

PARTE ESPECIAL

Libro Quinto

Título Único - PROCESO SUCESORIO

Capítulo I - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 689: *Requisitos de la iniciación*. Quien solicitare la apertura del proceso sucesorio deberá justificar, *prima facie*, su carácter de parte legítima y acompañar la partida de defunción del causante. Si este hubiere hecho testamento y el solicitante conociere su existencia, deberá presentarlo cuando estuviese en su poder o indicar el lugar donde se encontrare si lo supiere. Cuando el causante hubiere fallecido sin haber testado, deberán denunciarse el nombre y domicilio de los herederos o representantes legales conocidos.

Al inicio del proceso sucesorio, con la primera providencia, el juez deberá requerir informe acerca de la existencia del testamento u otra disposición de voluntad del causante en cualquier lugar del país al Registro de Actos de Última Voluntad del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Al efecto, el registro referido no solo deberá informar los actos registrados en él, sino aquel o aquellos que existieran en cualquier otra jurisdicción provincial, proporcionando al magistrado requirente la dirección del registro provincial que corresponda, para dirigirse a él.

Nuevas disposiciones del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal y el Código Civil y Comercial

María C. Herrero de Pratesi

RdN 924

RESUMEN

Esquema descriptivo de las disposiciones técnico-registrales e instrucciones de trabajo dictadas a partir del año 2016.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Disposiciones técnico registrales.* ***3.*** *Instrucciones de trabajo.* ***4.*** *Palabras finales.*

1. Introducción

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), se tornó indispensable adecuar, modificar e incorporar nuevas disposiciones técnico-registrales (DTR) e instrucciones de trabajo (IT) tendientes a regular con carácter general su aplicación a la registración inmobiliaria, ya que, en muchos casos, la normativa registral reglamentaria existente no se ajustaba a las novedades incorporadas por el nuevo CCCN.

Con el propósito de que la tarea reglamentaria sea una herramienta útil para los operadores del derecho, un equipo de trabajo integrado por asesores del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (RPI)[1] analizó qué cuestiones resultaba más urgente regular y de qué forma se resolverían, atendiendo no solo a las opiniones doctrinarias que comenzaron a surgir desde la sanción del CCCN y la jurisprudencia aplicable, sino también a las cuestiones o casos que mayormente consultados por los profesionales que interactúan con el RPI. El desafío entusiasmó y comprometió a sus actores a trabajar escuchando todas las opiniones que podían surgir. Se organizaron distintos encuentros de trabajo con destacados profesionales en la materia[2] para lograr un intercambio enriquecedor y creativo; va a todos ellos un sincero agradecimiento por toda la disposición brindada.

1. Los escribanos León Hirsch, Antonio A. Iapalucci y Ángel F. Cerávolo y la doctora Liliana Pérez conforman este excelente equipo de trabajo. El RPI también cuenta con la colaboración de la escribana Paula Vassena y el doctor Rodolfo Carol Lugones, entre otros profesionales que aportan su experiencia y conocimiento.

2. Un agradecimiento especial para los doctores Jorge H. Alterini y Daniel R. Vítolo, y los escribanos Norberto R. Benseñor, Agustín M. Ceriani Cernadas, Federico J. Leyría y Nicolás A. Soligo Schuler.

Paralelamente, la labor encarada se orientó a asegurar que la función registral y el servicio que presta se asienten en las bases que motivaron la sanción de la Ley 17801 y rigen, como principios, la tarea del registrador. En muchos casos, se resolvió también la derogación de aquellas DTR en las que las causas o circunstancias que habían motivado su sanción variaron de tal forma que su aplicación no se ajustaba a la normativa sustancial vigente. En ese sentido, se dictaron las DTR 1, 3 y 8 y la IT 1, a las que nos referiremos brevemente.

Nos detendremos en aquellas nuevas DTR dictadas durante el 2016 que receptan, en función de las disposiciones del CCCN, modificaciones significativas respecto de la normativa registral anterior, con un sintético desarrollo de su contenido y sus fundamentos. Para concluir, nos referiremos brevemente a aquellas IT que, a partir de la normativa del CCCN, han fijado criterios registrales para los calificadores y que impactan en la actividad notarial.

2. Disposiciones técnico registrales

DTR 1/2016, del 29 de marzo

Deja sin efecto las DTR 2/2006 y su ampliatoria, DTR 2/2012, que establecían la obligación de transcribir en la minuta rogatoria los datos de identificación de los poderes cuando las partes actuaban mediante apoderados.

El fundamento considerado fue, principalmente, brindar información ante el requerimiento de autoridades judiciales, administrativas, etc., en el caso que se requiriera. No obstante, sin lugar a dudas, es el profesional autorizante del acto quien debe consignar y calificar la legalidad y el alcance de la representación invocada, y los datos requeridos no revisten trascendencia registral. Adicionalmente, esa información debe constar en el documento portante y puede ser solicitada a su autorizante.

DTR 2/2016, del 29 de marzo

Ante la derogación de la Ley 13512 de Propiedad Horizontal y su reemplazo por la legislación de la propiedad horizontal como derecho real en el CCCN (Libro Cuarto, Título V, arts. 2037-2072), se revieron los criterios aplicados por la DTR 2/2015 –la que ha sido sustituida por la DTR 2/2016– para la calificación e inscripción de documentos relativos al nuevo régimen de propiedad horizontal, en aquellos supuestos con trascendencia registral.

En tal sentido, la registración de los reglamentos de propiedad horizontal (art. 2038 CCCN) requiere la presentación del plano de mensura y división horizontal registrado en el organismo catastral de la Ciudad de Buenos Aires; y la solicitud de inscripción debe referir los datos requeridos por los artículos 8 y 11 del Decreto PEN 2080/1980 (t. o. Decreto PEN 466/1999) y, asimismo: a) la determinación del terreno, b) la determinación y descripción de las unidades funcionales y complementarias, y c) el nombre de la persona jurídica consorcio (arts. 148 y 2044 CCCN). Estos elementos serán consignados en los asientos registrales respectivos. Asimismo, en la escritura de modificación del reglamento de propiedad horizontal, debe constar que se han cumplido las mayorías y demás requisitos exigidos para ello por la normativa de

fondo y por el reglamento de propiedad horizontal, en su caso, según la naturaleza de lo que se haya modificado.

DTR 3/2016, del 29 de marzo

Deroga la DTR 3/2003 y, en consecuencia, el RPI deja de requerir que los escribanos identifiquen en el certificado de inhibiciones (formulario rogatorio) los datos de inscripción del inmueble o el acto a autorizar.

DTR 4/2016, del 29 de marzo

El régimen de protección de la vivienda, regulado en los artículos 244 y concordantes del CCCN, motivó la conveniencia de reformular y adecuar la reglamentación, considerando los cambios que aportó la nueva legislación. Como resultado de ello, se dictó la DTR 4/2016, sustitutiva de toda la normativa registral anterior que estuviera relacionada. Asimismo, esta DTR se vio complementada por las IT 6/2016 (26/4/2016) y 10/2016 (1/8/2016). Los criterios aplicables a la calificación de los documentos presentados a registración por los que se afectaba a régimen de bien de familia –hoy derogado– estaban previstos en la DTR 4/2015, las IT 6/2007 y 2/2010 y los Memorandos internos 8/2012 y 15/2012.

La nueva normativa registral, dada la continuidad que el régimen mantiene en general, recepta aquellos criterios elaborados a lo largo de los años por fallos jurisprudenciales y la doctrina en la medida en que conservan su vigencia por no haber sido alterados por la norma de fondo:

- La afectación al nuevo régimen se hará mediante petición ante el RPI o por escritura pública.
- La posibilidad de afectar aun cuando existan medidas cautelares o hipotecas.
- La afectación por condóminos debe ser efectuada por todos.
- Los supuestos de inmueble complementario y su posibilidad de afectación conjunta cuando la vivienda está integrada por más de una unidad funcional, que se complementan conformando una sola unidad vivienda.
- Las unidades complementarias siempre quedan comprendidas en la afectación.
- Las partes indivisas de unidades funcionales destinadas a cocheras o bauleras podrán afectarse si son parte del mismo edificio que la vivienda.
- La ampliación y exclusión subjetiva (beneficiario) y objetiva (inmueble).
- La posibilidad de afectar por apoderado con poder general y la de facultades especiales para desafectar.
- La afectación por los herederos del titular si está inscripta la declaratoria o testamento o se ruega simultáneamente con su inscripción, etc.

Las novedades a destacar son:

I. La establecida en el artículo 244 CCCN (2º párr.), donde se dispone que "la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional de registro inmobiliario". En tal sentido, la LII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (La Plata, 2015) interpretó que dicha norma se refiere tanto a la prioridad directa como indirecta, habilitando a cada RPI a darle a la inscripción el carácter que considere conveniente. La DTR zan-

ja la cuestión, disponiendo que, si la afectación al régimen se hace por escritura pública, si se solicitara la certificación referida en el artículo 23 de la Ley 17801, esta se expedirá con los efectos previstos en dicha ley (art. 22, 24, 25 y ss., prioridad indirecta). En los casos en que no se solicitare, se estará a la prioridad directa, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Registral.

II. La posibilidad de afectar un inmueble al régimen previsto sin necesidad de establecer más beneficiarios que el propio constituyente, y la de que, cuando los titulares sean condóminos, no resulte necesaria la existencia de parentesco entre ellos.

III. La posibilidad de afectar un inmueble adquirido en condominio, rogada por la totalidad de los titulares de dominio, diferenciando los efectos temporales de dicha protección si uno o más condóminos invocan subrogación de una afectación previa, lo que se hará constar en el asiento registral.

IV. La facultad de transmitir la afectación a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, por subrogación real. Varias son las cuestiones que suscitan la aplicación del artículo 248 CCCN y las discusiones que surgieron en las distintas reuniones de trabajo como producto de la redacción de dicha norma. Sin embargo, hubo total consenso en reconocer que esta facultad no requiere de ninguna reserva para su ejercicio en oportunidad de la desafectación, no solo porque la norma no la impone, sino también porque, a nuestro criterio, se excedería la competencia registral. Por lo tanto, tal reserva no es necesaria y, de existir, no es registrable. Ante un posible conflicto entre acreedor y afectante, será solo en el ámbito jurisdiccional donde se deberá resolver por la vía probatoria que corresponda sobre el regular y legítimo derecho de la subrogación que la ley permite.

V. La posibilidad de afectar un inmueble (en su totalidad) hasta una parte de su valor (art. 244 CCCN), en cuyo caso tal circunstancia deberá surgir del documento, debiéndose requerir en el formulario de inscripción la porción en términos fraccionarios que, respecto del total del inmueble, representa dicha parte de valor.

DTR 5/2016, del 30 de marzo, y 6/2016, del 25 de abril

La primera se refiere a los trámites online que pueden obtenerse a través del sistema SIPEL en la página web del RPI y que, sin lugar a dudas, agilizan de manera significativa la obtención de informes tales como, por ejemplo, el denominado "número 3". La segunda dispone reducciones y exenciones en las tasas registrales con respecto a las escrituras que se otorguen en el barrio Los Piletones.

DTR 7/2016, del 6 de mayo

Esta norma comenzó a regir el 1 de octubre de 2016. Ha merecido numerosas jornadas de trabajo para su análisis y proyección y, de las distintas DTR dictadas, es la que ha demandado mayor esfuerzo para su implementación. A través de ella, se resolvió que cuando se presenten a registración documentos que contengan declaratorias de herederos o testamentos sin que exista partición, con relación a los sucesores y –en

su caso– el cónyuge supérstite, solo se tomará razón de sus datos personales, sin consignarse proporción alguna.

Sus considerandos exponen las razones y necesidad de su dictado. Allí se expresa que el objeto del proceso sucesorio, entre otros, es la identificación de los sucesores (art. 2335 CCCN), que la indivisión hereditaria solo cesa con la partición (art. 2363 CCCN) y que si bien el Decreto PEN 2080/1980 (t. o. Decreto PEN 466/1999) dispone que al inscribirse la declaratoria de herederos o el testamento, en caso de existir pluralidad de herederos, debe consignarse la proporción que a cada uno corresponda en la titularidad del asiento respectivo, ello contradice lo dispuesto por el Código. Mantener el criterio del decreto y exponer en el asiento registral las proporciones en la titularidad de dominio de cada sucesor hace suponer que la partición ya se cumplió, cuando en realidad hasta que no sea otorgada por los comuneros o copartícipes, ellos tienen una porción ideal sobre la universalidad hereditaria.

Se advierte también sobre la posibilidad de otorgar actos de enajenación de la totalidad de un inmueble integrante del acervo sucesorio, los cuales revisten carácter liquidatorio y, por lo tanto, eximen de partir a los comuneros, fuere la adquisición hecha por un tercero o uno de los comuneros. En cambio, la disposición de una parte indivisa o la constitución de gravámenes sobre todo o una parte indivisa requieren necesariamente la previa o simultánea partición del bien.

Esta nueva DTR requiere de una amplia difusión entre abogados y escribanos, por lo cual desde su dictado se han desarrollado charlas explicativas en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Además, en su implementación interna, se han debido efectuar complejos cambios en los sistemas del RPI que determinaron la conveniencia de dilatar hasta el 1 de octubre su entrada en vigencia.

La inscripción de la cesión de acciones y derechos hereditarios

Conforme a lo dispuesto por el artículo 2302 CCCN, la cesión de acciones y derechos hereditarios produce sus efectos

a) entre los contratantes, desde su celebración;
b) respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio;
c) respecto al deudor de un crédito de la herencia, desde que se le notifica la cesión.

Si bien alguna doctrina ha sostenido que esta norma deroga las disposiciones registrales que autorizan la inscripción de la cesión, no compartimos tal criterio, ya que la publicidad adicional que **pueda** surgir de esta registración no impide la que **debe** efectuarse en el expediente sucesorio para que produzca sus efectos, conforme lo dispone la norma citada. Por otra parte, podría darse el supuesto de que se cedan derechos hereditarios no habiéndose iniciado aún el expediente sucesorio y, por ello, resulte de interés al cesionario, entre tanto, publicitar tal acto jurídico en relación a la persona del cedente. En este sentido, el RPI, a través de las DTR 6/1999 y 8/1999, reglamentó lo dispuesto por el artículo 137 del Decreto 2080/1980 (t. o. Decreto 466/1999), la posibilidad de registrar por el nombre del cedente el otorgamiento de cesión de derechos hereditarios.

Cabe agregar que, a través de la IT 2/2016, se derogó la IT 1/2010. Los fundamentos expuestos en la instrucción derogada indicaban que toda cesión de derechos, acciones y hereditarios entre coherederos era un acto partitivo parcial o total, según las circunstancias, cuando la declaratoria de herederos o el testamento estaban inscriptos en el RPI. En consecuencia, la IT 1/2010 establecía que si se presentaba a registración una cesión general de derechos hereditarios, pero en relación a un bien determinado, ya inscripta la declaratoria de herederos, solo se tomaba razón si el cesionario era un coheredero, pero se rechazaba si era un tercero.[3] La IT 2/2016, siguiendo el claro precepto dispuesto en el artículo 2363 CCCN, que establece que la indivisión hereditaria solo cesa con la partición, habilita la inscripción de cesiones de herencia en todos los casos si así se ruega. El cesionario, sea coheredero o tercero, queda subrogado en los derechos que corresponden al cedente y será un comunero más en caso de pluralidad de herederos, debiendo luego todos ellos poner fin a la indivisión mediante la correspondiente partición.

La cesión de derechos hereditarios exclusivamente sobre un bien determinado, y por lo dispuesto en el artículo 2309 CCCN, no se rige por las reglas de la cesión de herencia y queda sujeta a las del contrato que corresponda (compraventa, permuta o donación). Además, la norma aclara que "su eficacia queda sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición". La remisión hecha por la norma importa que la enajenación que se pretenda formalizar bajo el encuadre de cesión de derechos hereditarios sobre un inmueble determinado será regida, en lo que hace a la normativa registral, por analogía, por la nueva DTR 7/2016.

DTR 8/2016, del 10 de mayo

Deroga la DTR 6/2002 y dispone que las certificaciones dominiales que se soliciten para autorizar actos a otorgarse en forma simultánea por quienes aún no son titulares registrales no generan, en ningún caso, la reserva de prioridad a que hace referencia el artículo 25 de la Ley 17801 y se expedirán como informes. Sin embargo, en esos casos, sí será necesario efectuar la solicitud de certificación sobre el estado jurídico de las personas (inhibiciones).

DTR 9/2016, del 31 de mayo

Esta disposición determina que serán observadas aquellas escrituras por las cuales el titular registral, al efectuar la transmisión de la nuda propiedad, además de reservarse para sí el usufructo, hace extensiva la reserva al cónyuge no titular, siempre que se trate de esposos regidos por el régimen de comunidad entre sí. Los fundamentos están dados por lo dispuesto en los artículos 2131, 2134 y siguientes del CCCN y en los despachos de la XXII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (Neuquén, 1985).

DTR 10/2016, del 31 de mayo

Para dotar de mayor seguridad jurídica a la información registral brindada, se establece que en los documentos que se presenten para la anotación de inhibiciones

3. Con sustento en lo dispuesto por el art. 99 del Decreto PEN 2080/1980 (t. o. Decreto 466/1999).

generales de bienes sobre una persona jurídica debe consignarse su CUIT, además de los datos establecidos en el artículo 13 del Decreto 2080/80 (t. o. Decreto 499/1999). El documento será observado ante la falta de ese dato (art. 9, inc. b, Ley 17801). En caso de no contarse con dicha información, se deberá dejar constancia de que se han realizado los trámites de información ante los organismos correspondientes sin haberse podido obtener la CUIT. Igual regla se aplica a la solicitud de certificaciones e informes de inhibiciones.

DTR 11/2016, del 31 de mayo

Dispone la obligación de requerir certificado de inhibiciones (art. 23, Ley 17801) para la renuncia o transmisión del derecho real de usufructo por parte de su titular. Su fundamento es la adecuada integración de las facultades jurídicas que el usufructo le otorga a su titular (art. 2142 del CCCN) y el derecho de los acreedores de ejecutar forzadamente ese derecho (art. 2144 del CCCN), siendo que la renuncia o transmisión de usufructo importa, entonces, un acto de disposición.

DTR 12/2016, del 1 de julio

Dispone reducciones y exenciones en las tasas registrales en relación con las escrituras del Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

DTR 13/2016 y 14/2016, del 1 de julio, y 16/2016, del 16 de agosto. Sociedades

La DTR 13 dispone, con una extensa y clara fundamentación –a los fines de adecuar la titularidad de dominio sobre inmuebles en los supuestos de transformación de sociedades comerciales, como también la subsanación de las comprendidas en el capítulo IV de la Ley General de Sociedades–, que será instrumento suficiente la copia o testimonio de la escritura otorgada por el representante legal de la sociedad que se ha transformado o subsanado y de la que resulten los datos del instrumento de transformación o subsanación, con la referencia de la inscripción en el registro público pertinente y la descripción de los inmuebles que integren su patrimonio, con sus gravámenes si los hubiera. Será requisito para autorizar esta escritura la solicitud de informes de dominio e inhibiciones por el nombre de la sociedad objeto de la transformación o subsanación, dejándose constancia en la escritura de su número, fecha y constancias que resulten de los mismos.

Por su parte, la DTR 14 regula la posibilidad, conforme lo prevén los artículos 21 y siguientes de la Ley de Sociedades, de que las sociedades comprendidas en el Capítulo IV puedan ser titulares de bienes registrables. En tal sentido, esta DTR distingue lo que es materia de calificación por parte del RPI y la publicidad registral que corresponde a esa titularidad. En relación con la calificación de documentos que instrumenten actos por los cuales ese tipo de sociedad adquiere el dominio o cualquier otro derecho real, deberán constar en ellos la existencia de la sociedad, las facultades de su representante y el nombre y proporciones de quienes afirman ser los socios. El asiento registral se practicará a nombre de la sociedad, consignándose expresamente que está comprendida en el Capítulo IV de la Ley 19550, su CUIT y los datos del instrumento donde conste el reconocimiento que requiere el artículo 23 de la ley. En

relación con el acto de reconocimiento, se ha adoptado un criterio amplio en el sentido de que podrá surgir del mismo documento que se ruega inscribir, o bien haciendo este referencia al contrato constitutivo y sus eventuales modificaciones o a cualquier otro instrumento otorgado con anterioridad que cumpla con los requisitos establecidos por la norma y que permita su identificación.

Por último, la DTR 16, aplicable a los supuestos de variación en la titularidad registral como consecuencia de procesos de fusión y escisión, dispone, por fundamentos análogos a los indicados en la DTR 13, que será considerado documento idóneo para variar la situación registral el documento notarial que contenga la relación de todos los antecedentes respectivos y la constancia de inscripción de la fusión y/o escisión en el registro público. Serán necesarias la individualización de los bienes, las constancias de inscripción correspondientes y la solicitud de informes de dominio e inhibiciones por el nombre de la sociedad fusionante o escindente (art. 27, Ley 17801).

DTR 15/2016, del 12 de agosto. Derecho de superficie

Modifica parcialmente la DTR 3/2015 en relación con:

I. No exigir la registración del plano confeccionado por un profesional con título habilitante (agrimensor) en el organismo catastral la Ciudad de Buenos Aires para el supuesto de constitución de derechos reales de superficie sobre una parte del inmueble.
   El criterio adoptado se sostiene por la falta de reglamentación de la Ley 26209 en la Ciudad de Buenos Aires[4] y las demoras que tal registración ocasionaría, siendo que el derecho real de superficie será suficientemente anoticiado en el RPI y la parte determinada del inmueble suficientemente identificada, ya que la nueva DTR requiere su descripción en la escritura, transcribiendo allí las medidas, áreas y demás constancias que la individualizan, conforme a plano, el cual también debe ser referido en el título.
II. La manera de registrar el derecho real de superficie.

Se mantiene el criterio que había establecido la DTR 3/2015 en cuanto a que se inscribirá en el rubro gravámenes y restricciones, pero no se procederá a la apertura de la submatrícula "superficie" (manteniendo el mismo número de la de origen) hasta tanto no se ruegue la inscripción de transferencia, constitución de derechos reales de garantía o afectación al régimen de propiedad horizontal sobre el derecho de superficie, conforme lo permite el artículo 2120 del CCCN.

DTR 17/2016, del 22 de agosto

Dispone reducciones y exenciones en las tasas registrales de las escrituras del "Área de desarrollo sur" de la Ciudad, a través de la Corporación Buenos Aires Sur S. E.

4. Conforme determina el art. 17 de la Ley 26209, "las normas pertinentes referidas a la constitución del estado parcelario y su registración, serán de aplicación gradual y progresiva según lo determinen los organismos catastrales de cada jurisdicción", no siendo de aplicación aún en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de la Resolución Nº 167/SECPLAN/15, del 21 de mayo de 2015, que dispone: "Prorrógase el plazo establecido en el art. 1° de la Resolución N° 112 SECPLAN 2015, hasta tanto se dicte la Resolución que reglamente el procedimiento establecido en la Ley Nº 3999, a aplicar en la constitución de los estados parcelarios".

DTR 18/2016, del 13 de septiembre

Dispone la extensión del servicio web (SIPEL) para la expedición de certificados de inhibiciones y anotaciones personales, en cuyo caso deben ser solicitados por los escribanos utilizando firma digital.

DTR 19/2016, del 13 de septiembre

En coordinación con el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, como ente cooperador Ley 17050, se resolvió la creación del servicio web que facilita a los escribanos de esa demarcación la acreditación ante el RPI de su condición de sujetos obligados con inscripción vigente ante la Unidad de Información Financiera (UIF). Por esta disposición, aquellos escribanos que informen tal condición en el sector restringido de la web del Colegio de Escribanos estarán eximidos de adjuntar dicha constancia en los documentos ingresados al RPI.

DTR 20/2016, del 22 de septiembre

Frente a la sanción de la Ley 27271, por la que se crean los instrumentos de ahorro, préstamos e inversión denominados "unidades de vivienda" (UVIs), esta disposición regula lo atinente a la publicidad de los asientos registrales de hipotecas cuyos importes estén alcanzados por la cláusula de actualización referida en el artículo 6 de la citada ley, como también a las certificaciones que de dichos asientos expida el RPI.

Además, dado que la ley referida modificó el artículo 2210 del CCCN, estableciendo que los efectos del registro de hipoteca se conservan por el término de treinta y cinco años, si antes no se renueva, siendo este un plazo de caducidad de la inscripción de la hipoteca, y por tanto, consecuencia no agotada de la situación jurídica existente (art. 7 CCCN), la DTR resuelve que el nuevo plazo de treinta y cinco años aplica para las inscripciones hipotecarias vigentes al día 15 de septiembre de 2016, fecha de entrada en vigencia de la Ley 27271.

3. Instrucciones de trabajo

IT 3/2016, del 7 de marzo

Tiene en miras establecer el criterio a aplicar en la calificación de los documentos traídos a registración en los que se otorguen actos de administración y disposición de bienes gananciales, producida la disolución de la sociedad conyugal sin partición, con ambos cónyuges o excónyuges en vida.

En tal sentido, el artículo 482 del CCCN establece las reglas de administración y disposición de los bienes durante la indivisión poscomunitaria, y en esa línea la IT que comentamos dispone que, al subsistir las reglas de la comunidad, en principio, la disposición de un inmueble debe ser otorgada por el titular registral con el asentimiento de su cónyuge o excónyuge. En este supuesto, no será necesario pedir inhibiciones por quien presta el asentimiento. Pero se admite también la codisposición por ambos cónyuges o excónyuges, entendiéndose que, en el caso, han acordado modificar las reglas del régimen de comunidad, conforme lo posibilita el primer

párrafo del artículo 482 CCCN. En ese supuesto se exigirán inhibiciones por ambos disponentes.

IT 4/2016, del 28 de marzo

Se refiere a la transcripción del contrato de fideicomiso en la incorporación de bienes al fideicomiso, conforme lo dispuesto por el artículo 1669 CCCN. Al respecto, la IT dispone que en la calificación de documentos donde se incorporen bienes inmuebles al patrimonio fiduciario, si el contrato de fideicomiso no hubiere sido otorgado en escritura pública, se admitirá la transcripción del contrato dentro de la misma escritura de transmisión de dominio fiduciario o bien la referencia o relación de la escritura pública en que se hubiere transcripto, por protocolización, dicho contrato.

IT 9/2016, del 1 de julio

Atendiendo lo dispuesto por el artículo 2667 CCCN, que suprime la exigencia de la protocolización, previo contralor judicial (conforme lo disponía el art. 1211 del Código Civil derogado), dispone la aplicación de las prescripciones del artículo 8 de Ley 17801 y el artículo 24 del Decreto 2080/1980 (t. o. Decreto 466/1999). Aclara que será materia de calificación la manifestación del autorizante respecto del carácter de instrumento público que revista el documento presentado, según la ley del lugar de su otorgamiento. Además, la identificación de los informes de dominio e inhibición utilizados para el acto deberá constar en la minuta rogatoria de registración (art. 27, Ley 17801). Dichos documentos deben presentarse debidamente legalizados y su ingreso al RPI será comunicado, para los fines que pudiere corresponder, a la Administración Federal de Ingresos Públicos y a la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos de la Ciudad, con la intervención de la Dirección de Interpretación Normativa y Procedimiento Recursivo.

IT 10/2016, del 1 de agosto

Admite la posibilidad de que el efecto temporal de la afectación al régimen de protección de la vivienda (art. 249 CCCN) resulte diferenciado para alguno de los propietarios del inmueble objeto de la solicitud, cuando pertenece en condominio a varias personas. En este sentido, cabe destacar que si bien la rogación de la afectación debe ser requerida por la totalidad de los condóminos, la protección puede resultar diferente en función de invocar alguno o algunos de los condóminos subrogación de afectación previa distinta (art. 248 CCCN).

IT 11/2016, del 9 de septiembre

Surge a raíz de una práctica inveterada del RPI de no inscribir la cesión del derecho real de hipoteca que accedía a un derecho litigioso, aun cuando la cesión del derecho litigioso fuera instrumentada en escritura pública.

En tal sentido, la hipoteca es un derecho real de garantía, accesorio de un crédito principal, y, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2186 CCCN, "los derechos reales de garantía […] son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el prin-

cipal". Por ello, esta IT clarificó que serán registradas las escrituras públicas que instrumenten cesiones de derechos litigiosos cuyos créditos se encuentran garantizados con derecho real de hipoteca. En tales supuestos, el documento y la rogación deben contener idénticos requisitos que los requeridos para la cesión de cualquier crédito hipotecario y el asiento registral contendrá la leyenda "Cesión de crédito litigioso con garantía hipotecaria".

IT 12/2016, del 30 de septiembre

Aplicable a las operaciones de préstamos de entidades financieras reguladas por el Banco Central de la República Argentina, comprendidas en la Comunicación A "6069" de fecha 16 de septiembre de 2016, por la cual se sustituyeron párrafos de la Comunicación A "5945" de la misma entidad bancaria, en lo relativo a las "unidades de valor adquisitivo" (UVA) actualizables por el coeficiente de estabilización de referencia (CER) (Ley 25827).

En tal sentido, de manera análoga a lo resuelto en la DTR 20/2016 dada la simetría en la materia objeto de regulación, esta instrucción dispone que deberá dejarse constancia en el asiento registral correspondiente de que los importes cubiertos por la garantía hipotecaria se encuentran sujetos a las UVA actualizables por CER.

4. Palabras finales

Debe destacarse que la tarea encarada es fruto del esfuerzo mancomunado de todo el personal del RPI, que sostiene con su labor diaria la función que lleva adelante el organismo y que, desde su experiencia, nutre la dinámica del servicio que se presta a la sociedad. Al asumir esta responsabilidad, la propuesta en relación con la normativa registral fue la de aportar criterios claros a los operadores del derecho que faciliten y den precisión a la aplicación de las normas sustantivas.

Esperamos, también, que este trabajo ayude a ese fin.

Las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial

Intervención notarial*

María L. Lembo

RdN 925

RESUMEN

Dentro de las nuevas realidades sociales y su vinculación con el derecho de familia, sumadas a avances tecnológicos y médicos, dos personas humanas pueden engendrar un niño sin acercamiento sexual. En el presente artículo, se pretende incorporar un nuevo desafío al notariado y contribuir al diálogo social, aportando elementos de reflexión que ayuden a encontrar, entre todas las partes, respuestas razonables, prudentes y aceptables que puedan ser aplicables para una amplia mayoría de la sociedad. Se analiza el contexto normativo actual sobre la materia y uno de los mayores interrogantes en torno a la reproducción asistida: el momento a partir del cual se da el comienzo de la existencia humana. Debe considerarse la palabra concepción según esta se haya dado de manera natural o de manera asistida. En el caso de concepción natural, el término será interpretado como fecundación. En el caso de concepción asistida por medio de técnicas médicas, será interpretada en relación con el momento de la implantación del embrión en el seno materno. Todo ello en coherencia con una interpretación armónica de las leyes y su fundamentación en el Código Civil y Comercial. En referencia al consentimiento informado (fuente de la voluntad procreacional y columna vertebral del derecho de filiación en estas técnicas), se estudiará la posibilidad de efectuar su instrumentación por escritura pública.

Sumario: ***1.*** *Consideraciones generales.* ***2.*** *Regulación legal.* ***3.*** *Trilogía de fuentes en la filiación. Temática abordada en el Código Civil y Comercial.* ***4.*** *Consentimiento.* ***4.1.*** *Forma y requisitos del consentimiento. ¿Nueva incumbencia notarial?* ***4.2.*** *Revocación del consentimiento. Problemática del comienzo de la vida humana.* ***4.3.*** *Conclusión. Estatus jurídico del embrión no implantado.* ***4.4.*** *Régimen de protección.* ***5.*** *Breve reseña respecto del derecho a la información.* ***6.*** *Menores de edad. Aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.* ***7.*** *Posibilidad del otorgamiento del consentimiento informado.* ***8.*** *Conclusión.* ***9.*** *Bibliografía.*

* Versión revisada y corregida del trabajo homónimo presentado por la autora en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016), especial para su publicación en la *Revista del Notariado*.

1. Consideraciones generales

El cambio y la evolución de la sociedad nos demuestran constantemente que muchas veces la situación fáctica y real, especialmente en cuanto al derecho de familia se refiere, supera el ámbito de la regulación legal. Frente a esto, sumado a los avances tecnológicos y médicos, que en la última década han tomado un ritmo galopante, nos encontramos actualmente inmersos en una dimensión impensada décadas atrás. Dentro de ella, dos personas humanas pueden engendrar un niño sin tener ningún acercamiento de tipo sexual, situación que nos ha llevado, como operadores del derecho, a repensar la regulación legal de este tipo de circunstancias.

Estos constituyen largos procesos en los cuales nos vemos obligados a efectuar cambios graduales pero no menos altamente impactantes en nuestro pensamiento interno lógico, civil y doctrinario. Durante los últimos años, hemos podido observar cómo los datos de la realidad fueron plasmados en diferentes normas, tales como –a modo de ejemplos– el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo a través de la Ley 26618, el establecimiento de un régimen legal de salud mental por medio de la Ley 26657 y su reglamentación (Decreto PEN 603/2013), la protección integral de las mujeres a través de la Ley 26485, el reconocimiento y dignificación de la identidad de género por medio de la Ley 26743, entre otras.[1]

2. Regulación legal

En este contexto, y especialmente en cuanto tema que nos aborda, se ha logrado implementar en nuestro país la regulación legal de las prácticas médicas de reproducción humana asistida (TRHA). Para ello, se ha tenido en cuenta primordialmente el derecho de toda persona a la paternidad o maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con los derechos a la salud (reconocido por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de rango constitucional [art. 75, inc. 22]), a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (de conformidad con la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del derecho internacional de los derechos humanos). Así, se ha traído una solución integral a todas aquellas personas que no tienen acceso a la concepción de manera natural.

En el año 2013, nacen la Ley 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida[2] y su reglamentación, el Decreto PEN 956/2013[3]. De conformidad con esta ley, se entiende por reproducción médicamente asistida los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas entre estas técnicas las de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (art. 2). Por su parte, el decreto reglamentario avanza un poco más y amplía las definiciones: se consideran técnicas de baja complejidad aquellas

1. González, Mariana E., "La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial. Las TRHA como una tercera fuente filial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, supl. esp. "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental", 20/5/2015, p. 27 (t. 2015-C), cita online AR/DOC/1296/2015.

2. Sancionada el 5/6/2013, promulgada de hecho el 25/6/2013, BO 26/6/2013.

3. De fecha 19/7/2016, BO 23/7/2013.

que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, ya sea mediante inseminación con semen de la pareja o de un donante; y se entiende por técnicas de alta complejidad aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo la fecundación in vitro y la criopreservación de ovocitos y embriones, entre otros procedimientos.

La finalidad de la Ley 26862, en palabras de los considerandos de su decreto reglamentario, es "garantizar el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida". Asimismo, la ley se fundamenta en

> … la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y promoviendo de tal modo una sociedad más democrática y más justa.

Establece, además, que

> … pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir modificaciones o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado…

Esta nueva visión

> … ha permitido a la doctrina y la jurisprudencia abordar diferentes situaciones derivadas de: (i) parejas, con o sin hijos, que no han pasado por el registro civil; (ii) núcleos familiares nacidos de nuevas uniones que antes tuvieron otras, conocidos como "familia ensamblada"; (iii) grupos a cargo de una persona sola, llamados "familia monoparental", que pueden serlo de manera "originaria" (como acontece con la adopción unipersonal o mediante las técnicas de reproducción humana asistida, que permiten que una mujer sola pueda inseminarse con material genético de donante anónimo y ser madre sin un padre), o de modo "derivado", tras el fallecimiento o separación de la pareja (siendo uno de los progenitores quien asume solo los deberes derivados de la relación paterno-filial porque el otro se desentiende); (iv) las llamadas "familia homoparental" y "familia transexual", etc.[4]

Las técnicas de reproducción humana asistida han sido incorporadas al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN) como fuente de filiación, con fundamento en el principio de la voluntad procreacional y su exteriorización a través del consentimiento informado.

Antes de abocarnos a ello, es pertinente tener en cuenta que nos hallamos frente a derechos de carácter personalísimo, que son condición natural del ser humano por ser tal, sin tener en cuenta sus características o condiciones. Los derechos personalísimos tienen aspectos que los hacen únicos frente a los demás derechos. Son

4. Herrera, Marisa, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida" [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], Nº 1, año 1, 2012, id. SAIJ: DACF120032 [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120032-kemelmajer_de_carlucci-ampliando_campo_derecho_filial.htm].

esenciales, innatos, inalienables, imprescriptibles y de contenido extra-patrimonial, es decir, su órbita se ubica fuera del comercio. Son derechos de objeto interior, es decir, sujeto y objeto del derecho confluyen en un mismo ente.[5] Los denominados derechos de la personalidad o personalísimos han sido consagrados y fundamentados a través de normas de carácter internacional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969), que posteriormente se tradujeron en tratados, pactos y convenciones que redondean un verdadero derecho internacional tuitivo de los derechos de la personalidad que obligando a los adherentes a adecuar sus legislaciones locales a él. La regulación integral y sistemática en dicha materia ha sido finalmente incorporada al CCCN, generando un gran acierto, ya que esta incorporación ha sido reclamada por la doctrina argentina y fundamentada con sólidos antecedentes en el derecho comparado.[6]

> Los derechos personalísimos tienen como pilar fundacional permitir al hombre su autodeterminación, esto es, poder decidir sobre determinados ámbitos personales teniendo como único límite la afectación de intereses legítimos de terceros.[7]

A modo de introducción, es necesario hacer una breve reseña de uno de los derechos personalísimos que se encuentra vertebralmente involucrado con el tema que nos ocupa: el derecho a la salud y la disposición de los derechos sobre el cuerpo humano. A tal efecto, el artículo 17 del CCCN dice:

> Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

El contenido del artículo se centra en la vinculación de los derechos sobre el cuerpo humano con los conceptos jurídicos asociados a los derechos personalísimos, y adopta la tesis de la extrapatrimonialidad de las partes del cuerpo humano, cuya transmisión opera sobre el principio de solidaridad y no en función de una finalidad lucrativa. La disposición de estos derechos requiere del consentimiento expreso de su titular, no se presume (art. 55 CCCN).

El derecho al cuidado del propio cuerpo y el derecho a la salud tienen su corolario y aplicación práctica en los artículos 56 y 59 del CCCN, referidos al otorgamiento del consentimiento informado, su contenido, alcance y limitaciones, y en el artículo 60, en referencia a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, actos médicos e investigaciones en salud y el otorgamiento de directivas médicas antici-

5. Saltzer, Anderson, "Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial" [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], Nº 2, año 1, id. SAIJ: DACF120177 [http://www.saij.gob.ar/derecho-privado-nro-2-reforma-codigo-civil-aspectos-generales-ministerio-justicia-derechos-humanos-nacion-rvdpr002-2012-10/r/doctrina/dacf120177-saltzer-acerca_regulacion_derechos_personalisimos.htm?src=RVDPR002].

6. Rivera, Julio C., "Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial", en *Revista Pensar Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, año 1, Nº 0, p. 145.

7. Saltzer, Anderson, ob. cit. (cfr. nota 5).

padas, en previsión de la propia incapacidad futura. Por su parte, los tratamientos y técnicas de reproducción humana asistida encuentran su correlato en el artículo 560, referente al otorgamiento del consentimiento informado, la forma, los requisitos y su valor como fuente de la voluntad procreacional. Dicho consentimiento es libremente revocable.

3. Trilogía de fuentes en la filiación. Temática abordada en el Código Civil y Comercial

Puede definirse la filiación como "la institución jurídica que determina la posición de los sujetos en el orden de las generaciones, dentro de la familia".[8] Ahora bien, en la regulación del legislador en el Código velezano, en materia de filiación, se daba por presupuesto ineludible

> … la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Por el contrario, las prácticas de reproducción humana asistida carecen de este elemento, y esto no es un dato menor, todo lo contrario, determinante. Así, las normas que regulan la filiación "biológica o por naturaleza" no siempre resultarían aplicables a la filiación que surge por la intervención de la ciencia para que una persona pueda nacer. Tampoco serían aplicables las reglas de la adopción, ya que los niños nacidos de TRHA no han pasado por situaciones de vulnerabilidad, razón por la cual deban ser criados por una familia distinta a la de origen; al contrario, han sido tan deseados que se animaron a someterse a un tratamiento médico para poder tener un hijo, más allá de que en ambos casos la voluntad sea un elemento central. Las TRHA observan tantas especificidades que requieren un régimen jurídico propio.[9]

En consonancia con ello, el Código de Vélez reconocía dos fuentes de filiación: a) por naturaleza, a través del hecho biológico de la procreación; b) por vía legal, a través del instituto de la adopción.

Los principios generales de la filiación por naturaleza se mantienen prácticamente inalterables, mientras que la filiación determinada por TRHA implica un cambio de paradigma radical respecto del modo en que tradicionalmente se han establecido las relaciones filiales en nuestro sistema normativo, ya que tiene su fundamento en un acto derivado de la ciencia médica y, como consecuencia de ello, en el elemento volitivo, con independencia de quién ha aportado el material genético. El CCCN lo incorpora en el artículo 558: "la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción". De esta manera, da lugar al nacimiento de la trilogía, otorgándole los mismos efectos:

> La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos,

8. González Magaña, Ignacio, [comentario al art. 558], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 336.

9. Herrera, Marisa, "La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar" [online], en Infojus-Saij [Sistema Argentino de Información Jurídica], 29/12/2014, id. SAIJ: DACF140902 [http://www.saij.gob.ar/marisa-herrera-logica-codigo-civil-comercial-nacion-materia-familia-reformar-para-transformar-dacf140902-2014-12-29/123456789-0abc-defg2090-41fcanirtcod#CT019].

> conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Es necesario determinar el límite a la cantidad de vínculos filiales dado que, como resultado de estas técnicas de reproducción, si se permitiera la confluencia de aspectos genéticos y volitivos, podrían generarse más de dos vínculos filiales.

Por otro lado, se protege la integridad del niño al no permitirse constancia alguna en la partida de nacimiento de las prácticas de TRHA para lograr su concepción. Especialmente, en relación con el certificado de nacimiento, el artículo 559 dice:

> El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

Ello en consonancia con los términos de la Ley 26618, con el fin de evitar en la inscripción de niños/as cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo la adición de constancias lesivas o discriminatorias, sin establecer diferencias ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as, generando así un proceso de identificación y no discriminación, conforme al principio de igualdad.

4. Consentimiento

Tratándose de derechos personalísimos, especialmente referidos a la salud y la disposición del cuerpo humano, afirmamos que la disposición de ellos no es absoluta sino relativa, ya que depende de la manifestación de la voluntad, exteriorizada por medio del consentimiento. El consentimiento informado es el procedimiento mediante el cual se garantiza que el sujeto ha expresado voluntariamente su intención de participar en la investigación o práctica médica, después de haber comprendido la información que se le ha dado acerca de los objetivos del estudio o de la aplicación de tales técnicas, los beneficios, los posibles riesgos, las alternativas, sus derechos y responsabilidades. El consentimiento informado debe reunir al menos cuatro requisitos:[10]

- *Capacidad del otorgante*: el individuo debe tener la habilidad de tomar decisiones.
- *Voluntariedad*: Los sujetos deben decidir libremente someterse a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción. El carácter voluntario del consentimiento es vulnerado cuando es solicitado por personas en posición de autoridad o no se le ofrece al paciente un tiempo suficiente para reflexionar, consultar, asesorarse y decidir.
- *Información*: Las opciones deben ser comprensibles y deben incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos poten-

10. Ver De la Torre, Natalia y otros, "Aspectos éticos y jurídicos", en AA. VV., *Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de técnicas de reproducción humana asistida en el sistema de salud argentino de la Comisión Asesora Técnicas de Reproducción Humana Asistida* [online], Buenos Aires, [s. e.], pp. 17-40 [http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Recomendaciones-y-guías-para-la-implementación-de-un-programa-integral-de-Técnicas-de-Reproducción-Humana-Asistida-en-el-Sistema-de-Salud-Argentino.pdf].

ciales y la opción del paciente de rechazar el tratamiento o estudio en cualquier momento, sin que ello le pueda traer otros perjuicios.

- *Comprensión*: Es la capacidad del paciente de comprender la información relevante.

En su artículo 560, el CCCN dice:

> El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

En la materia que nos ocupa, el otorgamiento del consentimiento informado es de importancia vital, ya que constituye la prueba de la filiación generada mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida y, por lo tanto, creador de la voluntad procreacional que genera el vínculo jurídico entre padres e hijos. Es un hecho que posee todos los elementos del acto jurídico (discernimiento, intención y libertad), por medio del cual el individuo declara su voluntad, luego de habérsele brindado una suficiente información referida al procedimiento o intervención que se le propone como aconsejable. El paciente podrá escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento ni intervención. Solo cuando este posee información integral, ha sido capaz de comprenderla y ha contado, además, con el tiempo necesario para analizarla y tomar a partir de ella una decisión, puede prestar su consentimiento.

A su vez, el artículo 575 CCCN establece:

> En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.
> Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

De este modo, se consagra el principio de la voluntad procreacional frente al origen genético. Es decir, se establece como regla que los niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que también ha prestado su consentimiento, manifestando su voluntad y deseo de someterse a dichas técnicas, para lograr la maternidad y/o paternidad, según sea el caso, con total independencia de quién ha aportado los gametos, conforme lo dispone el artículo 562 CCCN.

Esta incorporación supone, sin lugar a duda, un término absolutamente novedoso para el universo jurídico, cuyos efectos aún no han podido siquiera ser delimitados con precisión.[11]

11. González Magaña, Ignacio, [comentario al art. 562], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), ob. cit. (cfr. nota 8), p. 349.

4.1. Forma y requisitos del consentimiento. ¿Nueva incumbencia notarial?

El artículo 561 CCCN dice:

> La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

A su vez, el artículo 562 *in fine* requiere que el consentimiento previo, informado y libre (arts. 560 y 561) sea debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Y el artículo 7 del Decreto 956/2013 establece que "el consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad", y aplicándose en lo pertinente las disposiciones sobre los derechos del paciente fijados por la Ley 26529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Por otra parte, el artículo 3 del citado decreto indica que: El consentimiento y su revocación deberán ser certificados en cada caso por la autoridad de aplicación, fijada por la ley especial en cabeza del Ministerio de Salud de la Nación y la Superintendencia de Seguros de Salud, quienes podrán coordinar con las autoridades sanitarias provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires el desarrollo y aprobación de las normas de habilitación categorizante de los servicios de reproducción humana asistida.

En referencia a la instrumentación del documento que contiene el consentimiento informado, vamos a considerar los siguientes puntos:

- El vínculo filial deriva de un acto voluntario y lícito; por lo tanto, el consentimiento otorgado para someterse a las TRHA debe ser prestado por analogía al principio general contenido en los artículos 259, 260 y 285 del CCCN.
- La concreción del documento quedará determinada no solo antes del nacimiento sino antes de la concepción.
- El documento emanado de el/los solicitante/s de las TRHA genera un vínculo filial indestructible e irrevocable. En efecto es el elemento prueba de la filiación.[12]
- Debe ser recabado por el centro de salud interviniente, protocolizado por escribano público o certificado por la autoridad sanitaria correspondiente.

Dichas aseveraciones, que marcan la vital importancia del documento-consentimiento, nos obligan a gestionar los siguientes cuestionamientos.

En primera instancia, ¿podrá la institución sanitaria evaluar los extremos requeridos y cumplir con todos los requisitos necesarios para que el documento emanado sea válido y eficaz? ¿A qué hechos hace referencia la certificación emitida por la autoridad sanitaria?, ¿a la declaración de la/s parte/s?, ¿a la capacidad de la persona al momento del otorgamiento?, ¿a que el documento fue otorgado en un ámbito de libertad, sin coerción alguna?

En segunda instancia, la validez del documento es actual, pero su eficacia será desplazada en el tiempo al momento de su utilización, ligada al supuesto del naci-

12. Ibídem.

miento del niño, momento en el cual se deberá inscribir en el Registro Nacional de las Personas para obtener el vínculo filial. Si este es otorgado mediante un documento privado, ¿qué pasará si el documento primigenio se extravía, o se produce algún error en la fecha de otorgamiento o en los datos de el/los otorgante/s? El notario, como operador del derecho, debe actuar con la responsabilidad que su quehacer notarial requiere y, de manera integral, generar un medio de prueba absoluta e irrefutable que sea plenamente válido para producir un vínculo jurídico tan relevante como lo es la filiación. Si dicho consentimiento debe ser protocolizado por ante escribano público, bien podría ser otorgado por medio de escritura pública. Dicha afirmación nos llevaría a dar solución a varios de los cuestionamientos efectuados.

Las diversas explicaciones que ha dado la doctrina en referencia a la función notarial sirvieron para dar fuerza al desarrollo del derecho notarial en el impulso de la ciencia, con un amplio desarrollo en la técnica. En el derecho actual, son de suma importancia las cuestiones inherentes a los principios, a la protección de los derechos fundamentales de hombres, mujeres y seres vivos, todo comprendido dentro de una visión científica multicultural. Entonces, corresponde fusionar en el quehacer notarial la ciencia (función notarial) y la técnica (confección del documento) con el arte (los deberes éticos notarialmente aplicables). Esta es la posición actual del derecho notarial.

La más trascendente función notarial en la actualidad precede y antecede a la escritura pública, ya que para llegar a ella (en razón de las necesidades que presentan el hombre y sus problemas) es que las mismas sean tuteladas a través de la ética que emerge del profesional. Todo ello se traduce en el ejercicio de los deberes éticos notariales aplicados, tales como la información, el asesoramiento, el consejo, la imparcialidad, la independencia y la legalidad. A su vez, como deber notarial de ejercicio, tenemos el de proteger las declaraciones documentadas bajo el amparo de la fe pública; con ello, la calificación notarial y todo su sustento legal vuelven fuerte el desarrollo de la seguridad jurídica preventiva.[13]

De conformidad con todos los elementos vertidos, considero que la declaración del consentimiento informado para la aplicación de TRHA debería ser instrumentada mediante escritura pública, en los términos del artículo 299 CCCN. Así, se da una respuesta acabada a las cuestiones de lugar y fecha cierta al momento del otorgamiento, conversación en el tiempo a través del sustento de la matriz del protocolo, la calificación notarial en referencia a los elementos volitivos y de competencia o capacidad del otorgante, según el caso, y el asesoramiento integral respecto del tema en cuestión, dando su golpe certero en la consecuencia de que dicho instrumento público, por sí mismo, hace plena fe de contenido, en cuanto a prueba se refiere.

4.2. Revocación del consentimiento. Problemática del comienzo de la vida humana

De conformidad con el artículo 561 CCCN *in fine*, "el consentimiento es revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona, o la implantación del

13. Cosola, Sebastián J., [comentario al art. 299], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 688.

embrión". Por lo tanto, una persona que ha sido sometida a TRHA de baja complejidad podrá revocar su consentimiento hasta el momento de la concepción. Mientras tanto, una persona que ha sido sometida a TRHA de alta complejidad podrá revocar su consentimiento hasta el momento de la implantación. En este segundo caso, se produce una situación que mantiene hasta la actualidad un vacío legal, que ha dado lugar a diversas interpretaciones: ¿qué sucede con el embrión conservado fuera del útero una vez revocado el consentimiento para su implantación o ante el fallecimiento del/la otorgante del consentimiento?; ¿el embrión conservado es considerado persona?; ¿qué derechos adquirió?, ¿qué debe hacerse frente a esta circunstancia?, ¿descarte?, ¿donación de embriones? ¿A quién se efectúa la donación, a persona determinada o a terceros indistintos? ¿Quién decide?

Estos han sido algunos de los interrogantes más importantes que rondan sobre este tema y que han dado paso a diversos análisis en la doctrina, cuyo planteamiento contiene connotaciones, además de jurídicas, filosóficas, éticas, biológicas, científicas, sociales, morales y aun religiosas. Para poder visualizar algunas respuestas frente a estos interrogantes debemos analizar en qué momento preciso se da comienzo a la vida humana.

En efecto, el artículo 19 CCCN determina que "la existencia de la persona humana comienza con la concepción". ¿Qué se entiende por *concepción* cuando la persona nace producto de TRHA? Esto no está respondido de manera expresa por el CCCN, pero su respuesta puede derivarse de diferentes aciertos legislativos y jurisprudenciales. Cabe desentrañar, entonces, el momento desde el cual se considera a la persona humana como centro de imputación de efectos –derechos y deberes– jurídicos en el ámbito civil.

4.2.1. Planteo del problema. Panorama actual

La redacción del artículo es de interpretación ambigua, ya que no da la definición de que se entiende por concepción, dando lugar a dos grandes interpretaciones.

a) *Concepción tanto dentro como fuera del seno materno*. Esta teoría toma en cuenta que la concepción se da una vez producida la fecundación (unión de gametos, óvulo y espermatozoide). Dentro de esta corriente, hay autores que defienden la interpretación de que la quita en la redacción final del artículo referido de la consideración de que la concepción acontece en el "seno materno" responde a la coherencia que el CCCN mantiene con la Ley 26743 de Identidad de Género, dejando abierta la posibilidad de que una persona de sexo femenino que se autopercibe con identidad masculina podría engendrar un niño en su seno que no sería necesariamente *materno*. De este modo, se daría una regulación coherente y sistémica con todo el ordenamiento jurídico nacional en el que prima el principio de igualdad y no discriminación, como el reconocimiento y la protección del derecho a la identidad en sus diferentes vertientes. La exclusión se refiere solo a este efecto, no a la negación de la determinación de que la concepción puede darse dentro o fuera del cuerpo humano.[14]

14. Revíriego, Nicolás, [comentario al art. 19], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), ob. cit. (cfr. nota 13), p. 114.

b) Otra corriente importante de pensamiento refiere al término *concepción* según el ser humano sea concebido por medio natural o por medio de aplicación de TRHA. Basándose en esta distinción, se considera concepción natural el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide; y concepción por TRHA el momento de la implantación del embrión.[15]

El artículo deja librada a la regulación de una ley especial la protección del embrión no implantado. La cuestión ronda alrededor del estatus jurídico que se le asignará al embrión durante el lapso de tiempo que va desde la fecundación hasta la implantación, según la teoría que se adopte en cuanto al comienzo de la existencia de la persona humana. Diversos argumentos se han vertido alrededor de ambas interpretaciones.

Entre los argumentos vertidos por la primera postura, encontramos que en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 26-28 septiembre 2013), juristas de todo el país debatieron sobre la cuestión del comienzo de la existencia de la persona humana, y en las conclusiones de la Comisión Nº 1 se afirmó que "comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno" (despacho de mayoría). También se concluyó que

> En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación.

Finalmente se dijo:

> Ante una eventual reforma del Código Civil, se propicia en torno al comienzo de la existencia de la persona la redacción contenida en el punto I de las conclusiones de mayoría.

Igualmente, numerosas normas en todo el país se refieren al inicio de la vida desde la concepción, entendido como el primer momento de formación de la vida humana. También la jurisprudencia argentina ha expresado, en todos los niveles, que la vida comienza desde la concepción entendida como fecundación. En este sentido, vale recordar lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Portal de Belén" (2002)[16] en cuanto a que es necesario

> … precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero mater-

15. Ver: a) Lamm, Eleonora, "El embrión in vitro en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial. Aportes para una regulación propia de un Estado laico", en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* [online], Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], 2014, pp. 413-445 [http://www.saij.gob.ar/eleonora-lamm-embrion-in-vitro-proyecto-reforma-codigo-civil-comercial-dacf140465-2014-07/123456789-0abc-defg5640-41fcanirtcod]; b) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Procreación asistida", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Derecho y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009-43-95 (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters, id. AP/DOC/1695/2012); c) De la Torre, Natalia y otros, ob. cit. (cfr. nota 10).

16. CSJN 5/3/2002, "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ Amparo" (*Fallos*, t. 325, v. 1, pp. 292-309).

> no, aspecto éste que la Cámara entendió que requería mayor amplitud de debate y prueba.
> 4º) Que sobre el particular se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario.[17]

Por otro lado, es claro que el CCCN regula los efectos filiatorios de las técnicas de fecundación artificial estableciendo la voluntad procreacional como criterio rector, lo que constituye un giro individualista.[18]

Uno de los argumentos presentados por la corriente opuesta, que se ha transformado en la columna vertebral del planteo de la cuestión, está dado por un importante precedente jurisprudencial, dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en "Artavia Murillo" (2012).[19] En este caso, los derechos humanos involucrados sobre los cuales la propia CIDH ahonda son

> … a) el derecho a la vida íntima y familiar; b) el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; c) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; y d) el principio de no discriminación. […] La Corte Interamericana concluye que el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de "persona" desde la concepción al que alude el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; así también, afirma que las técnicas de fertilización in vitro son válidas al permitir el cumplimiento o protección de varios derechos, como ser: el derecho a formar una familia, a gozar del desarrollo de la ciencia médica, a la libertad reproductiva –a procrear–, por citar algunos.[20]

En referencia a los embriones preimplantados, la CIDH entiende que ello debe ser interpretado de manera dinámica y, en ese sentido, destaca que a la luz de las pruebas rendidas en el proceso, surge que el descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como en aquellos en los que se aplica la técnica de la fertilización in vitro, entendiendo que sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto de un riesgo que resulta común e inherente incluso a procesos donde no interviene la ciencia. En definitiva, para la CIDH, la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana.

17. Ejemplo de defensa de esta teoría es el proyecto de Ley de Fertilización Humana Asistida elaborado por la diputada Ivana María Bianchi (expediente Nº 3671-D-2012, publicado en *Trámite Parlamentario*, Nº 62, 5/6/2012), en donde se entiende por embrión al óvulo humano fecundado por el espermatozoide humano dentro o fuera del seno materno, y, por lo tanto, sujeto de derechos desde la concepción, que se produce en el momento en que el espermatozoide humano penetra al óvulo femenino humano. Como corolario de lo señalado, el embrión tiene derecho a nacer, a la salud, a la integridad física, a la identidad y a que se respete su medio ambiente natural y la vida (ver arts. 10 y 11). Ver también al respecto Reviriego, Nicolás, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 114.

18. "Análisis del nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina" [online], en la web Centro de Bioética Persona y Familia, 2014 [http://centrodebioetica.org/2014/10/analisis-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-argentina/].

19. CIDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros ('Fecundación in vitro') v/ Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas" (Serie C, Nº 257).

20. De la Torre, Natalia y otros, ob. cit. (cfr. nota 10), p. 18.

Otro argumento esgrimido es el artículo 20 CCCN, según el cual se entiende por concepción el plazo que corre entre el mínimo y máximo para el embarazo; es decir, se relaciona la noción de concepción con la de embarazo. Nunca podría haber embarazo sin, como mínimo, la implantación del embrión en la persona. Más todavía, el artículo 561, que integra el Capítulo "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida" dispone que el consentimiento previo, informado y libre al sometimiento a esta práctica médica es revocable "mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión". Una vez más, la implantación del embrión tiene un significado de relevancia para el CCCN.

Por fuera del Código, tanto la Ley 26862 como su reglamentación, el Decreto 956/2013, siguen esta línea interpretativa de entender que el embrión in vitro no es persona humana. Ello se funda en la regulación de tres cuestiones centrales: 1) la donación de embriones, 2) la criopreservación de embriones, 3) la reafirmación de la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona.

Todas estas voces legislativas, como la emanada de la máxima instancia regional en materia de derechos humanos, son coincidentes en entender que la persona humana comienza, en el caso de TRHA, cuando el embrión se implanta o transfiere a la persona. Este lineamiento es, al parecer, el que rigió para los redactores del CCCN en la comisión de reformas, esgrimiendo que el fundamento radica en la imposibilidad de sobrevivir que tienen los embriones concebidos mediante la técnica de fertilización in vitro, efectuada fuera del cuerpo de la mujer.[21]

El tema fundamental que debemos considerar frente al planteamiento de la cuestión es ¿cuál derecho prima sobre el otro? Como contracara del derecho vital de todo ser humano al acceso de la maternidad y/o paternidad, nos encontramos con el derecho supremo a la vida del embrión fecundado. Esta problemática es de difícil resolución, ya que su respuesta requiere un análisis exhaustivo de carácter interdisciplinario.

La función del Código Civil es establecer desde cuándo comienza jurídicamente la persona, el régimen de la filiación y las consecuencias o efectos de la personalidad y de los lazos jurídicos creados (derecho sucesorio, derecho de alimentos, etc.). ¿Acaso un embrión in vitro podría heredar? ¿O se podría reclamar alimentos en su favor? Sea por naturaleza o por TRHA, la persona comienza en un mismo momento: cuando comienza el embarazo y esto se produce en el momento de la concepción, cuando el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero.[22]

> Desde el punto de vista médico, hay que distinguir entre fertilización y concepción. La fertilización es un paso en el camino de la concepción. Muchos óvulos se fertilizan pero pocos embarazos son concebidos. El acto de la concepción o el acto de concebir el embarazo se presenta con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la persona dentro del par de días siguientes y con la prueba de embarazo positiva aproximadamente dos

21. Reviriego, Nicolás, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 114.

22. Ver Lamm, Eleonora, "El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial" [online], en Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación [portal web], [s. e.], 2015 [http://www.nuevocodigocivil.com/el-comienzo-de-la-persona-humana-en-el-codigo-civil-y-comercial-eleonora-lamm/].

> semanas después. El acto de concebir, en este caso, se considera como el acto de lograr un embarazo. En sentido coincidente, en los casos de reproducción natural, el embarazo comienza cuando la prueba de embarazo es positiva, unos diez a catorce días después de la concepción.
> […] Prueba de lo expuesto es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada gonadotropina coriónica, detectable sólo en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide, o si esta unión se perdió antes de la implantación.[23]

Así, concluye diciendo que

> … por concepción debe entenderse implantación, y, consecuentemente, el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de "persona" al que alude el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.[24]

4.2.2. Regulación por ley especial. Estado parlamentario

El proyecto de ley que complementa el CCCN al regular las TRHA y la protección de los embriones no implantados, presentado el 12 de marzo de 2014, ha sido aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación (12/11/2014) y girado al Senado con doscientos cinco votos a favor y once en contra.[25] En el mencionado proyecto se suprimió de los artículos 11, 12, 19 y 20 la expresión "descarte de embriones" y en su lugar se utiliza "cese de la crioconservación". De esta forma,

> Cuando se trate de gametos aportados para terceros, transcurridos diez (10) años desde el momento en que se haya realizado el aporte […] y no hubiesen sido utilizados para efectuar técnicas de reproducción humana asistida, deberá cesar la crioconservación.

Este artículo exceptúa a

> … aquellas personas o parejas beneficiaras de técnicas de reproducción humana asistida que manifestaren de modo expreso, y previo al vencimiento del plazo, la decisión de crioconservar su material genético para someterse a un procedimiento en el futuro…

Y se agregó un párrafo que indica que

> Las parejas que crioconservaren embriones deberán acordar y dejar sentado, en forma expresa, el destino que se les darán en caso de divorcio, debiendo optar entre la posibilidad de que sean utilizados por otra persona o pareja o que cese la crio conservación.[26]

23. Ídem, pp. 5-6.

24. Ibídem.

25. Expedientes a) 581-D-2014 y b) 4058-D-2014.

26. "Diputados dio el primer paso en la regulación de las técnicas de reproducción asistida", en Parlamentario.com [portal web], 12/11/2014 [http://www.parlamentario.com/noticia-77750.html].

4.3. Conclusión. Estatus jurídico del embrión no implantado

Pasaremos seguidamente a analizar el marco legal vigente dentro del contexto bioético en el que resulta necesario encuadrar esta problemática. A la hora de adentrarnos en el estudio de los problemas biológicos, éticos y jurídicos que se plantean respecto del inicio de la vida humana, se ha partido de la premisa de que vivimos en una sociedad plural, no en una sociedad de código ético único. Por lo tanto, entendemos que se puedan dar respuestas distintas, incluso opuestas, a estos problemas;[27] más aún si se tiene en cuenta que, en el orden interno, Argentina es uno de los países de América Latina que más desarrollo científico ha logrado en torno a las TRHA.[28]

Desde el punto de vista médico, podemos decir que el embrión humano es la estructura que se desarrolla a partir del zigoto humano, por divisiones sucesivas, que llegará a diferenciarse en tejidos y órganos. El zigoto humano es la célula fundadora de un organismo, resultado de la fecundación de un gameto femenino (el ovocito) por un gameto masculino (el espermatozoide). Hacia el día séptimo posterior a la fecundación, la blástula está diferenciada en la masa de células internas, que dará lugar al embrión. Al final de la segunda semana, el pre-embrión está implantado, y en el día décimo octavo comienza la formación de la estructura inicial del sistema nervioso o neurulación. Antes de la implantación, en ningún caso se puede hablar de aborto, porque aún no se ha iniciado la gestación. Es en la implantación cuando podemos decir que se dan las condiciones mínimas indispensables para asegurar la posibilidad de crecimiento y desarrollo del embrión. Al final de la octava semana, el tubo neural está claramente diferenciado y, a partir de este momento, el embrión se denomina feto.

Las aportaciones que agrupan más consenso en la biomedicina actual a propósito de las condiciones para poder considerar el embrión humano como persona exigen que este disponga de la información suficiente para darle autonomía biológica e individuación. Observamos en él la constitución genética correcta, pero esta constitución por sí sola no implica que haya información suficiente para el nuevo ser. En el embrión, en el estado anterior a la implantación, existe una morfología mínima suficiente (en especial, una estructura neurológica inicial básica) y se han puesto en marcha la producción y circulación de todos los elementos fisiológicos imprescindibles entre la madre y el embrión implantado, interrelación que es constitutiva y esencial del embrión. Hasta que no se dan estas condiciones (información básica, implantación, morfología mínima y circulación fisiológica maternofetal), hay vida humana, pero no parece que pueda haber una persona (p. ej., un gameto también tiene vida humana independiente, pero no es persona, y podríamos encontrar otros ejemplos de estadios incompletos de vida humana). Esta es la razón biomédica, a la cual adhiero, para considerar que, sin estas condiciones, no se puede hablar de vida humana personal.

27. Cfr. Abel i Fabre, Francesc, y otros "Consideraciones sobre el embrión humano", en *Bioètica & Debat. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, Esplugues (Barcelona), Institut Borja de Bioètica-Universidad Ramon Llull, Nº 57, 2009.

28. Ver Aizenberg, Marisa S., "El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina" [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], año 1, Nº 1, 2012, id. SAIJ: DACF120033 [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120033-aizenberg-tratamiento_legal_jurisprudencial_las.htm].

Este planteamiento actual de la biomedicina conecta bien con el pensamiento tradicional en este tema, que ya encontramos referenciado en la antigüedad griega (Aristóteles e Hipócrates) y bíblica (libro del Éxodo) y en valoraciones antiguas y medievales cristianas (San Agustín y Santo Tomás), renacentistas (Dante) y contemporáneas (Rahner y Häring). De su conjunto, se podría concluir a favor del inicio del carácter personal del embrión humano, situado no antes de la implantación completa (día decimocuarto después de la fecundación) ni más allá de la semana décima del desarrollo embrionario (semana duodécima de gestación). Efectivamente, sería una contradicción invocar la ciencia (la genética, exclusivamente) para argumentar a favor de que hay persona humana desde el momento de la fecundación.

4.4. Régimen de protección

Hemos dicho, entonces, que hay diversos criterios relacionales o sociales para determinar la consideración ética del embrión humano. Desde el punto de vista jurídico, la protección del embrión humano se ha de analizar desde la protección de la vida humana y el reconocimiento que la ley le otorga. De esta interpretación jurisprudencial, se desprende la consideración de que el embrión humano, desde el inicio de formación del zigoto hasta su implantación en el útero materno, pasa por diferentes fases, que pueden darse de forma natural o bien en el laboratorio, en las que la ley le otorga diferentes grados de protección.

Hay suficientes argumentos desde el punto de vista biológico, ético y jurídico para afirmar que al embrión humano hay que otorgarle un valor diferenciado, distinguiendo entre la fase previa a la implantación y la fase posterior a la implantación, que lo hacen ponderable, en uno y otro momento, con otros valores que puedan concurrir con él. Ello no significa que no se le haya de otorgar protección. Una de las protecciones que se ha dado en torno a esta cuestión es la determinación de que la utilización de las diferentes TRHA son aplicables solo a aquellas personas que, por razones de tipo biomédico, no pueden tener hijos de manera natural.

En la fase posterior a la implantación del embrión (más allá del décimo cuarto día), entendemos que hay una vida humana en proceso de desarrollo, con unidad e individuación, aunque no siempre con todos los elementos necesarios propios o derivados de su interacción con la madre para considerarse un ser humano completo. Esta vida humana, entendemos, es digna de ser protegida con mayor intensidad. Esta protección del embrión, aunque diferida para una ley especial, se desprende del propio CCCN, en concreto de sus artículos 17 y 57, que impiden la comercialización y manipulación de gametos. En efecto, el artículo 14 del proyecto de ley mencionado *ut supra*[29] dice que

> A partir de la sanción de la presente ley, se prohíbe:
> a) la comercialización de embriones;
> b) la comercialización de gametos crioconservados;
> c) toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia;
> d) la utilización de embriones viables para experimentación o investigación que no respeten los parámetros fijados por la autoridad de aplicación.

29. Cfr. texto en nota 25.

Aizenberg reseña un argumento judicial que resolvió que

> Tratándose de una fecundación asistida y habiendo probables embriones restantes, deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deben formalizar por escrito oportunamente; los profesionales actuantes deben proceder a la inmediata crioconservación de ellos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad; asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embriones crioconservados, decrétase medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción.[30]

En conclusión, podemos decir entonces que el embrión humano no implantado, no es persona, pero subyace en él la posibilidad de serlo. Por lo tanto, se debe proteger dicha potencialidad con los medios jurídicos necesarios para viabilizar el camino correcto de modo tal que garantice la conducción al fin perseguido al momento de su fecundación, que se traduce en la posibilidad de dar a luz a un niño, permitiendo de este modo el nacimiento de una persona dentro del núcleo familiar que ha solicitado la intervención médica. Desde este punto de vista, todas las partes actuantes (las entidades sanitarias, los centros de investigación y salud, los profesionales tratantes, los operadores jurídicos y del derecho, incluso el Estado, que es parte) deben hacer el máximo de los esfuerzos, desde todos los sectores comprometidos, para lograr, por todos los medios posibles, la protección de la vida de ese embrión que se encuentra en vías de desarrollo, porque lo que aquí está en juego es el derecho a la vida de las personas, su dignidad y el compromiso con la equidad, la justicia y los derechos humanos.

5. Breve reseña respecto del derecho a la información

El artículo 563 CCCN dice

> La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

A su vez, el artículo 564, en referencia al contenido de la información, dice lo siguiente:

> A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:
> a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;
> b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

30. Aizenberg, Marisa S., ob. cit. (cfr. nota 28), p. 69.

El CCCN les garantiza a quienes desean tener un hijo mediante TRHA que lo puedan hacer, dándole certeza y seguridad a los vínculos jurídicos. Pero, paralelamente, los supuestos y las formas en que se posibilita conocer los datos biológicos no aseguran plenamente el goce de este atributo: se utilizan palabras vagas para determinar los supuestos en que se entregaran estos datos, como "motivos relevantes" o "relevante para la salud", si bien cabe destacar que significa un gran progreso el reconocimiento del derecho a la información de quien nace como consecuencia de la utilización de TRHA. La Ley 26862 nada dice respecto del derecho a conocer los orígenes de niños, niñas y adolescentes nacidos a través de la utilización de TRHA. Por tratarse de una ley estrictamente centrada en cobertura, quedaron afuera aspectos importantes que se derivan de las TRHA y que deberían ser regulados en la ley especial, más allá de que en el CCCN hay avances al respecto.

A efectos de lograr la garantía del derecho a la información, deberíamos poner en análisis adoptar una postura intermedia que permita, por un lado, satisfacer el derecho a la intimidad de los donantes y, por otro lado, el derecho de los hijos e hijas a conocer sus datos genéticos y/o identificatorios del donante, a partir de una razón fundada y previa autorización judicial (p. ej., una enfermedad grave que solo pudiera ser revertida mediante la obtención de la información genética del niño).

6. Menores de edad. Aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida

El artículo 7 de la Ley 26862 dice:

> Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la Ley 26529, de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, haya explicitado su consentimiento informado.

Véase, en lo que a usuarios se refiere, que la primera parte del artículo determina un aspecto medular: la titularidad del derecho a la procreación, aludiendo a toda persona mayor de edad.

El artículo 8 *in fine* dice:

> También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

De este modo, acorde al principio constitucional de igualdad (arts. 16, 20 y 75, inc. 22, CN), se entiende que cuando la ley alude a "toda" persona humana sin distinción alguna, los operadores jurídicos y no jurídicos no pueden hacer ninguna exclusión porque tal decisión sería violatoria del principio de acceso integral y amplio que recepta la ley.

Frente al marco precedentemente expuesto, no podemos dudar del carácter universal, integral e igualitario que persigue la normativa en análisis. Se trata de prevenir y proteger a personas con cáncer u otras enfermedades y/o sus tratamientos que impacten sobre su salud reproductiva, así como la implementación de técnicas de preservación de su fertilidad. En este apartado, procuraremos echar luz sobre los aspectos ético-legales de este tipo de técnicas, a fin de asegurar una adecuada regulación de las mismas.

En el reconocimiento expreso de técnicas de prevención, protección y preservación de gametos, tejidos o embriones, está en juego una serie de derechos humanos (entre ellos, el derecho a formar una familia, a la protección de la vida privada y familiar, a la igualdad y su correlato de no discriminación, a la salud sexual y reproductiva, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, etc.) que imponen la necesidad de su recepción legal. Esta cuestión adquiere particular relevancia cuando analizamos el acceso a las prácticas de preservación de la fertilidad, fundamentalmente en los estadios primarios y últimos de la vida de una persona.

Sucede que, tal como surge del texto de la ley, la preservación del material genético en supuestos de enfermedad queda habilitada también a personas menores de edad, es decir, menos de dieciocho años; a diferencia del resto de los tratamientos de TRHA, que se reserva para las personas mayores de edad. Así, cabe preguntarse, por ejemplo, si un adolescente de catorce años que sufre de leucemia podría solicitar, por derecho propio, la preservación de sus espermas/óvulos o tejido gonadal previamente a someterse a un tratamiento de quimioterapia; y, en caso afirmativo, si solo sería necesario recabar el consentimiento del adolescente o si también debería ser de ambos padres o solo de uno de ellos. Para dar respuesta a estos interrogantes debemos hacer hincapié en la regulación actual en materia de derechos de niñez y adolescencia.

Sobre este punto, cabe destacar que en los últimos años, particularmente a partir de la reforma constitucional de 1994 y la mencionada incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), entre ellos la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), nuestro ordenamiento ha sido testigo de un cambio de paradigma en la forma de concebir los derechos y las obligaciones de las personas menores de edad. Así, en total consonancia con la mencionada constitucionalización del derecho privado, se ha pasado de la idea del niño como objeto de protección a su conceptualización de personas sujetos de derecho, y, consigo, de la noción de incapacidad a la de autonomía o capacidad progresiva. De esta manera, se les reconoce a los niños, niñas y adolescentes, el derecho a participar en forma activa en toda cuestión que los involucre, de acuerdo con su madurez y desarrollo (arts. 3 y 5 CIDN; art. 3 Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes). Así, se deja de lado la noción de incapacidad/capacidad como compartimentos estancos (establecida en el Código Civil velezano), para dar lugar a la noción de autonomía progresiva.

7. Posibilidad del otorgamiento del consentimiento informado

En lo relativo al derecho a la salud, la Ley 26529 prevé expresamente la situación de las personas menores de edad y establece en su artículo 2, dentro de los derechos del

paciente, el derecho a la asistencia: "El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna". Asimismo, en referencia a la autonomía de la voluntad, establece que

> El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.
> Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

Por su parte, el Decreto reglamentario 1089/2012 avanza sobre estos conceptos y establece en su artículo 2 que

> … cuando se trate de pacientes menores de edad, siempre se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y reconocidos en las Leyes Nº 23849, Nº 26061 y Nº 26529.

Asimismo, establece que

> Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al comité de ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley Nº 26061.

Por último, el CCCN avanza un paso más en este proceso de cambio e introduce la noción jurídica de adolescencia y su distinción con la de niño. Así, en su artículo 25, segundo párrafo, establece: "este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años". Entonces, queda reservada la categoría de niños y niñas a aquellos que están en la franja etaria desde los cero hasta que cumplen los trece años de edad. El artículo 26, de vital importancia en el cambio de paradigma, en cuanto a capacidad se trata, establece como principio que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, pudiendo ejercer los que le son permitidos por el ordenamiento jurídico si cuenta con la edad y el grado de madurez suficientes para ello. Se establece una serie de pautas mediante las cuales se pretende dar respuesta concreta a este planteo. Veamos, el artículo 26 dispone que

> 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.[31]

Luego de lo expuesto, y para poder advertir la posibilidad o no del otorgamiento del consentimiento informado cuando el requirente es menor de edad, habrá que utilizar por analogía el campo de la salud y el término de competencia que le otorga la bioética.

> La competencia bioética no se alcanza en un momento determinado sino que se va formando, va evolucionando con el paso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez. Bajo esta expresión, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de su comprensión, si puede comunicarse y razonar sobre las alternativas que se le presentan, si tiene valores para poder emitir un juicio. […]
> Por su parte, un menor de edad puede ser competente en mayor o menor medida, atendiendo a su desarrollo psíquico y emocional, en otras palabras, de acuerdo con su grado de madurez en la situación concreta. […]
> Si bien es difícil trazar una línea para determinar el umbral en que un enfermo es capaz o incapaz de tomar una decisión médica, el criterio para considerar a un paciente competente o incompetente debe estar regido por los valores rectores de la doctrina del consentimiento informado, es decir la autonomía individual –en primer lugar– y recién en segundo lugar la razonabilidad de la decisión, mientras muestre adecuado respeto por la salud del paciente. […]
>
> Ayuda también a desentrañar la existencia de competencia en el paciente pediátrico la aplicación de los demás principios que gobiernan la Bioética, en particular los principios de beneficencia y no maleficencia. […]
> El concepto de competencia no es estanco sino que responde a un proceso que se va desarrollando a través de distintas etapas evolutivas de la vida, por lo que debe apreciarse dinámicamente y ser evaluado en cada caso concreto conforme las circunstancias particulares del paciente, sus relaciones familiares, la gravedad de la patología, su diagnóstico y pronóstico, el tipo de tratamiento propuesto y las diversas alternativas al mismo.[32]
> Posiblemente una de las situaciones más difíciles en pediatría es la definición del menor maduro en el cual a pesar de no tener la mayoría de edad cumple con los requerimientos de competencia, voluntad y capacidad de entender la información para consentir o no. La madurez y autonomía pueden ser variables según la estructura social y familiar.[33]

Podemos considerar que si una persona, conforme al campo de la bioética, es competente, aunque fuere incapaz jurídicamente puede estar habilitada para otorgar su

31. Ver de mi autoría "Capacidad para el otorgamiento de directivas médicas anticipadas" (presentado en la XXXI Jornada Notarial Argentina [Córdoba, agosto 2014]), [s. e.], 2014; y en base a De la Torre, Natalia y otros, ob. cit. (cfr. nota 10), pp. 17-40.

32. Ciruzzi, María S., "El proceso de toma de decisiones médicas en pediatría. El rol del paciente", en Bioética Clínica [portal web], 2010 (trabajo presentado en las XIV Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética "Bioética y salud pública en el siglo XXI" [Tandil, 2010]) [http://www.saludcolectiva-unr.com.ar/docs/SC-259.pdf].

33. Gómez Córdoba, Ana I., "Dimensiones del consentimiento informado en pediatría", en *Fascículos CCAP* (Curso Continuo de Actualización en Pediatría), Bogotá, Programa de Educación Continua en Pediatría (Precop)-Sociedad Colombiana de Pediatría, vol. 5, Nº 4, 2006, pp. 35-46.

consentimiento informado respecto de determinadas prácticas o técnicas médicas, aun en sede notarial, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y el grado de comprensión del acto.

8. Conclusión

La finalidad del presente trabajo no es dar respuestas concretas a los diversos interrogantes que plantea el tema abordado ni tampoco llegar a una verdad absoluta respecto de dichos cuestionamientos. Por el contrario, pretende incorporar un nuevo desafío al notariado y contribuir al diálogo social, aportando elementos de reflexión que ayuden a encontrar, entre todas las partes, respuestas razonables, prudentes y aceptables que puedan ser aplicables para una amplia mayoría de la sociedad.

9. Bibliografía

AA. VV., *Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de técnicas de reproducción humana asistida en el sistema de salud argentino de la Comisión Asesora Técnicas de Reproducción Humana Asistida* [online], Buenos Aires, [s. e.] [http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Recomendaciones-y-guías-para-la-implementación-de-un-programa-integral-de-Técnicas-de-Reproducción-Humana-Asistida-en-el-Sistema-de-Salud-Argentino.pdf].

Abel i Fabre, Francesc, y otros "Consideraciones sobre el embrión humano", en *Bioètica & Debat. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, Esplugues (Barcelona), Institut Borja de Bioètica-Universidad Ramon Llull, Nº 57, 2009.

Aizenberg, Marisa S., "El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina" [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], año 1, Nº 1, 2012, id. SAIJ: DACF120033 [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120033-aizenberg-tratamiento_legal_jurisprudencial_las.htm].

Cosola, Sebastián J., [comentario al art. 299], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 688.

Ciruzzi, María S., "El proceso de toma de decisiones médicas en pediatría. El rol del paciente", en Bioética Clínica [portal web] (trabajo presentado en las XIV Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética "Bioética y salud pública en el siglo XXI" [Tandil, 2010]) [http://www.saludcolectiva-unr.com.ar/docs/SC-259.pdf].

De la Torre, Natalia y otros, "Aspectos éticos y jurídicos", en AA. VV., *Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de técnicas de reproducción humana asistida en el sistema de salud argentino de la Comisión Asesora Técnicas de Reproducción Humana Asistida* [online], Buenos Aires, [s. e.], pp. 17-40.

González, Mariana E., "La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial. Las TRHA como una tercera fuente filial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, supl. esp. "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental", 20/5/2015, p. 27 (t. 2015-C; cita online AR/DOC/1296/2015).

Gómez Córdoba, Ana I., "Dimensiones del consentimiento informado en pediatría", en *Fascículos CCAP (Curso Continuo de Actualización en Pediatría)*, Bogotá, Programa de Educación Continua en Pediatría (Precop)-Sociedad Colombiana de Pediatría, vol. 5, Nº 4, 2006, pp. 35-46.

González Magaña, Ignacio, [comentario al art. 562], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 349.

— [comentario al art. 558], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 336.

Herrera, Marisa, "La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar" [online], en Infojus-Saij [Sistema Argentino de Información Jurídica], 29/12/2014, id. SAIJ: DACF140902 [http://www.saij.gob.ar/marisa-herrera-logica-codigo-civil-comercial-nacion-materia-familia-reformar-para-transformar-dacf140902-2014-12-29/123456789-0abc-defg2090-41fcanirtcod#CT019].

Herrera, Marisa, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida" [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], Nº 1, año 1, 2012, id. SAIJ: DACF120032 [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120032-kemelmajer_de_carlucci-ampliando_campo_derecho_filial.htm].

Lamm, Eleonora, "El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial" [online], en Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación [portal web], [s. e.], 2015 [http://www.nuevocodigocivil.com/el-comienzo-de-la-persona-humana-en-el-codigo-civil-y-comercial-eleonora-lamm/].

— "El embrión in vitro en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial. Aportes para una regulación propia de un Estado laico", en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* [online], Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], 2014, pp. 413-445 [http://www.saij.gob.ar/eleonora-lamm-embrion-in-vitro-proyecto-reforma-codigo-civil-comercial-dacf140465-2014-07/123456789-0abc-defg5640-41fcanirtcod].

Lembo, María L., "Capacidad para el otorgamiento de directivas médicas anticipadas" (presentado en la XXXI Jornada Notarial Argentina [Córdoba, agosto 2014]), [s. e.], 2014.

Reviriego, Nicolás, [comentario al art. 19], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 114.

Rivera, Julio C., "Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial", en *Revista Pensar Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, año 1, Nº 0, p. 145.

Saltzer, Anderson, "Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial" [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], Nº 2, año 1, id. SAIJ: DACF120177 [http://www.saij.gob.ar/derecho-privado-nro-2-reforma-codigo-civil-aspectos-generales-ministerio-justicia-derechos-humanos-nacion-rvdpr002-2012-10/r/doctrina/dacf120177-saltzer-acerca_regulacion_derechos_personalisimos.htm?src=RVDPR002].

Inhibición general de bienes

José M. R. Orelle

RdN 923

Sumario: ***1.*** *Naturaleza.* ***1.1.*** *Delimitación de conceptos.* ***1.2.*** *Definición.* ***2.*** *Efectos.* ***2.1.*** *Causa de la afectación.* ***2.2.*** *Elemento jurídico afectado.* ***2.3.*** *Las circunstancias del caso.* ***3.*** *La ausencia de inhibición como condición para la matrícula profesional.* ***4.*** *¿Solo los bienes registrables?* ***5.*** *Especialidad de los registros públicos.* ***5.1.*** *Breves acotaciones con respecto a los registros de bienes.* ***5.2.*** *Concepto de especialidad.* ***6.*** *Anotación en un registro de bienes, ¿se expande automáticamente con respecto a otros registros de bienes?* ***7.*** *La inhibición general de bienes anotada en un registro de bienes local, ¿impide la disposición de bienes ubicados en otras demarcaciones?* ***8.*** *Disposición de un bien registrable por parte de un sujeto afectado.* ***8.1.*** *Principio general.* ***8.2.*** *Casos extremos.* ***9.*** *Dementes, penados o fallidos.* ***9.1.*** *Incapaces o disminuidos.* ***9.2.*** *Penados.* ***9.3.*** *Fallidos.*

1. Naturaleza

1.1. Delimitación de conceptos

Con la finalidad de precisar el significado de los vocablos propios del tema y, además, disminuir los riesgos de la ambigüedad y vaguedad de los términos, paso a describir los elementos de la inhibición general:

1. El sujeto titular de un derecho subjetivo respecto de quien se inhibe.
2. El derecho subjetivo objeto de la tutela o protección.
3. El proceso en el cual se dicta la medida cautelar y su grado de avance en la determinación del crédito (ya sea para obtener su pago o la indemnización).
4. La sentencia del magistrado que dispone la inhibición general.
5. El sujeto destinatario de la medida cautelar.
6. La inscripción de la inhibición a los efectos de conferirle publicidad.
7. Las circunstancias relevantes para la evaluación de los efectos particulares en cada caso específico: grado de determinación o indeterminación del crédito, patrimonio del inhibido, naturaleza del crédito protegido, colisión con otros créditos del inhibido y su naturaleza y escalas de prelación o subordinación, situaciones de urgencia o extrema necesidad o riesgo, etc.

En base a esta estructura, en el presente estudio emplearé el vocablo *inhibición* exclusivamente para referirme a la sentencia que la impone, ya que la inscripción se realiza al solo efecto de conferirle publicidad.

1.2. Definición

La doctrina destaca las notas fundamentales:

- Arazi y Fenochietto[1] consideran que es una medida cautelar por la cual, una vez trabada, el deudor no puede enajenar los bienes que tiene inscriptos en los respectivos registros.
- Berizonce, Morello y Sosa[2] expresan que la medida afecta la disponibilidad (venta o gravamen) de los derechos reales sobre bienes registrables que integran el patrimonio. Agregan que comprende no solamente los inmuebles, sino todos los otros bienes del deudor que cuenten con una forma específica de registración y publicidad (fondo de comercio, depósitos bancarios, automotores, prenda con registro, etc.). Y es así –expresan– porque la norma no alude específicamente a inmuebles, sino a los bienes del deudor en cuanto sea posible individualizarlos a través de inscripciones en los registros de publicidad. Tampoco confiere preferencia alguna en el pago con otra inhibición.

De las opiniones descriptas surge que la inhibición general de bienes, como característica genérica y abstracta, es una limitación parcial a la facultad de disponer bienes registrables, dictada judicialmente con la finalidad preventiva de proteger derechos subjetivos frente a un riesgo ocasionado por el incumplimiento de obligaciones contraídas.

2. Efectos

Una primera consideración sobre los efectos de la inhibición general es visualizar que la pregunta con este grado de generalización y ausencia de circunstancias solo permite una respuesta con el mismo grado de generalidad y abstracción, o sea, una respuesta parcial, incompleta. La cuestión adquiere la precisión que el tema requiere al preguntarse cuál es el efecto de la inhibición general en el cuadro de circunstancias que el caso exhibe.

Los efectos de la inhibición se perfilan en base a tres elementos:

a) La causa que provoca la afectación, que en el tema en examen es la causa de la inhibición general de bienes.
b) El elemento jurídico afectado referido al sujeto.
c) Las circunstancias de cada caso.

2.1. Causa de la afectación

2.1.1. En cuanto a su fuente

a) La ley, que limita facultades de disposición por diferentes causas: inherentes al sujeto (incapacidad o disminución de la capacidad) por un estado jurídico de

1. Arazi, Roland y Fenochietto, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 785.

2. Berizonce, R. M., Morello, A. M. y Sosa, G. L., *Códigos procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, t. II-C, La Plata, Librería Editora Platense, 2ª ed., p. 918.

la persona en razón de su conducta (penados, fallidos, menores emancipados) o de cierta posición de administradores, funcionarios judiciales y administrativos respecto de los bienes bajo su custodia.

b) Conflictos de intereses sometidos a una instancia judicial, que a su vez puede originarse en el caso específico por causas de orden público (p. ej.: ilícitos) o para tutelar intereses privados, o evitar daños, etc.

c) Convenciones de los sujetos en ejercicio de la autonomía privada: limitación a la facultad de disposición plena del derecho de propiedad por servidumbre, concesión de usufructo, pactos de indivisión de bienes, etc.

2.1.1. En cuanto a su causa

a) Una limitación psicofísica de un sujeto (incapaz o disminuido en su capacidad).

b) Una situación genérica o global del sujeto debido a sanciones jurídicas derivadas de su conducta (fallidos, penados).

c) Algún acto ilícito singular.

d) El incumplimiento de obligaciones en las cuales está comprometido el orden público (p. ej.: art. 1361 CCIV, actos prohibidos para funcionarios públicos [compra de un bien del Estado o de las municipalidades de cuya administración o venta estén encargados], o para abogados, jueces, fiscales, defensores de menores, procuradores, tasadores [compra de los bienes que estuvieren en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen o hubieran ejercido su respectivo ministerio], etc.)

e) Incumplimientos de obligaciones generadas en el ejercicio de la autonomía privada en los cuales se trata exclusivamente de intereses privados.

La incidencia de la causa es de profunda relevancia en el tema en estudio: la naturaleza de la causa de la inhibición es la que delimita sus efectos y, por ello, es que estos son diferentes según la causa.

2.2. Elemento jurídico afectado

2.2.1. Capacidad de derecho y capacidad de ejercicio

La capacidad de derecho es un atributo de las personas, conferido –más bien reconocido– por el ordenamiento jurídico de modo abstracto y genérico, del mismo modo que se refiere a la ciudadanía, a los estados de familia, etc., sin aplicación directa a casos y circunstancias particulares. La capacidad de ejercicio también es un reconocimiento genérico y abstracto del sistema jurídico, reglamentada con normas específicas referidas a los menores de edad, incapaces o disminuidos, etc.

La doctrina es coincidente sobre el punto:

- Messineo expresa que el contenido propio del derecho subjetivo es ante todo, un poder jurídico de la voluntad, concedido por el ordenamiento jurídico al sujeto.[3] La capacidad de disponer es una subespecie de la capacidad general

3. Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. II, Madrid, Ediciones Jurídicas Europa América, 1954, pp. 110 y ss.

para obrar. La capacidad para disponer es siempre general, estos es, no está limitada a actos singulares o a bienes singulares.

- Compagnucci de Caso explica que debe distinguirse entre capacidad de hecho o incapacidad natural o falta de aptitud del sujeto para ejercer el derecho y la incapacidad de derecho o incapacidad legal, que es la restricción impuesta por la ley a determinados sujetos para ser titulares de derechos.[4]
- Betti[5] afirma que los presupuestos del negocio se agrupan en tres categorías, según afecten: a) al sujeto del negocio (capacidad), b) al objeto del negocio, c) a la situación del sujeto con respecto al objeto (legitimación para el negocio).

2.2.2. Facultades o poderes que integran la capacidad de ejercicio

La capacidad de ejercicio se desarrolla y estructura a través de numerosas facultades específicas que la integran. A modo de ejemplo:

a) Facultad de disponer
b) Facultad de administrar
c) Facultad de contratar
d) Facultad para celebrar actos jurídicos
e) Facultad para transmitir bienes

A su vez, cada una de las facultades, puede disgregarse en niveles:

a) Niveles de tipos de bienes
b) Niveles de importancia o trascendencia
c) Niveles de hechos, actos, contratos

No puede privarse de modo absoluto la capacidad de ejercicio. Algunos autores consideran que en los casos en los cuales se limita el ejercicio de facultades de disposición, opera un defecto de legitimación por parte del sujeto. La doctrina no es coincidente con respecto al encuadre de este requisito de los actos jurídicos:

- Barbero considera que próximo al concepto de la condición de capacidad, es el concepto y la condición de legitimación para obrar. La capacidad, expresa, significa proposición de idoneidad del sujeto para un tipo de acto, conmensurado al desarrollo psíquico adquirido. Legitimación significa proporción de idoneidad para un acto singular, conmensurado a favor de circunstancias particulares del caso y distintas en cada caso. Opina que en esta categoría está incluida la condición del fallido, quien no queda inidóneo para todos los actos, sino solo para aquellos bienes comprendidos en la quiebra[6] respecto a los cuales queda privado de legitimación.
- Cariota Ferrara[7] sostiene que el término *legitimación* tiene varios sentidos. Expresa que legitimación es la específica posición de un sujeto con respecto a ciertos bienes o intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser operante respecto de estos; en otros términos, una particular relación del sujeto

4. Compagnucci de Caso, Rubén H., *El negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 160.

5. Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comeres, 2000 (trad. Martín Perez).

6. Barbero, Domenico, *Sistema del derecho privado*, t. I, Buenos Aires, EJEA, 1967 (trad. Santiago Sentís Melendo), p. 208.

7. Cariota Ferrara, Luigi, *El negocio jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956 (trad. Manuel Albaladejo), pp. 528 y ss.

con el objeto del negocio o de otro acto jurídico. La legitimación se distingue de la capacidad en que no expresa una particular relación sino una aptitud intrínseca del sujeto.

- Betti[8] define la legitimación como la competencia del sujeto para alcanzar o soportar los efectos propios de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la que resulta de una determinada posición del sujeto con respecto a los intereses que se trata de regular.
- Ladaria Caldentey[9] se ocupa de perfilar el concepto de legitimación del siguiente modo:

  a) Capacidad jurídica es la aptitud genérica de la persona para ser sujeto o titular de relaciones jurídicas, mientras que la capacidad de obrar es la idoneidad para realizar un acto jurídico, inferida de las cualidades personales.

  b) La legitimación es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico, inferida de su posición con respecto al acto. Implica el resultado de una comparación entre un acto determinado y un poder jurídico de obrar.

  Al referirse el autor al tema de este estudio, expresa que se trata de prohibiciones, o sea, aquellas limitaciones no institucionales impuestas a una persona por la ley, por decisiones judiciales o administrativas o en negocios jurídicos y que afectan la posibilidad de realizar determinados actos o su licitud.

Más allá de las denominaciones, siempre imprecisas por efecto de la ambigüedad y vaguedad del lenguaje,[10] considero que la distinción a la cual se apunta y que resulta útil para este estudio es la separación de aquellos impedimentos propios de la situación psicofísica del sujeto y de otros impedimentos que encuentran su fundamento en elementos exteriores y que, además, son muy numerosos y basados en diversos fundamentos. Desde esta perspectiva, en vez de esforzarse en ubicar el tema dentro de una clasificación determinada –esfuerzo muchas veces estéril, porque alguna característica no siempre coincide con al concepto buscado–, es preferible describir las características de la situación en examen y sus consecuencias.

De esta manera, basta precisar que la traba de inhibición limita alguna de las facultades de disposición del sujeto afectado y dentro de los límites del interés protegido por dicha medida. También debe destacarse que (salvo el caso de la inhibición dictada en protección de incapaces o disminuidos) la inhibición no reconoce su causa en la aptitud psicofísica del inhibido.

8. Betti, Emilio, ob. cit. (cfr. nota 5), p. 203.

9. Ladaria Caldentey, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, Bosch, 1952, pp. 14, 33.

10. Uno de los autores que más ha fustigado los esfuerzos destinados a descubrir la "naturaleza jurídica" de las instituciones es Carrió. Expresa que lo que buscamos es una clave que nos brinde el acceso a todos los hechos relevantes respecto de un objeto, "una especie de llave única para un gran edificio" –citando a Robinson–. Las afanosas pesquisas para descubrir "la verdadera naturaleza" de tal o cual institución o relación están irremisiblemente destinadas al fracaso. Lo imposible es buscar una "justificación única para la solución de todos los casos que, ya en forma clara, ya en forma imprecisa, caen bajo un determinado conjunto de reglas. […] Por supuesto que no hay tal cosa". (Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994 (4ª ed.), pp. 100-102.

2.3. Las circunstancias del caso

En el plano específico de cada caso, el efecto está subordinado a una gran variedad de circunstancias, entre las que pueden destacarse:

1) El interés protegido, su naturaleza, el monto económico (determinado o indeterminado).
2) El grado de avance de las actuaciones judiciales promovidas para la defensa del interés.
3) La colisión de la inhibición general con otros intereses (comprador de alguno de los bienes afectados por la inhibición), otros acreedores del afectado, cónyuge, legitimarios, etc.
4) El grado de urgencia propio de dicha colisión de intereses (p. ej.: inhibición por un monto determinado y mínimo que impide la transmisión de dominio de un inmueble muy valioso).
5) Circunstancias de tiempo y lugar (feria judicial, huelgas).
6) Patrimonio del afectado, o sea, su aptitud para responder con varios bienes al interés protegido.
7) Posibilidad o imposibilidad de poder acreditar objetivamente el valor de bienes que integran el patrimonio del afectado, y el monto de la obligación a la que responde la inhibición.
8) Existencia de riesgos que exceden el factor económico: actos ilícitos, irregulares, situaciones muy complejas, etc.

La variedad de factores relevantes, que excede largamente los expuestos, permite apreciar que es imposible o técnicamente procedente definir en abstracto y de modo anticipado dichos efectos, porque dependen de una extraordinaria cantidad e intensidad de circunstancias. Considero que de modo general y abstracto solo pueden mencionarse algunas notas caracterizadoras muy amplias, que quedan subordinadas al caso específico.

3. La ausencia de inhibición como condición para la matrícula profesional

Los requisitos exigidos a quienes aspiran a ejercer actividades profesionales están basados en tutelar el acceso de dichas actividades o funciones en la medida en que dichos requisitos exhiban o exterioricen faltas, infracciones o signos de ausencia de moralidad, equilibrio, ética, prudencia para dirigir su vida. Así, la sola existencia de inhibiciones, como único elemento de juicio, es insuficiente y arbitraria. Aquello que cuenta para la evaluación del aspirante no es el resultado (la inhibición), sino la causa que la ha originado y, además, la intensidad o gravedad de dicha causa.

Solo aquellas causas que indican falta estricta de los requisitos de honradez, equilibrio personal, claridad de juicio u otros elementos que las normas que regulan las actividades profesionales o funcionales determinan pueden generar el rechazo del aspirante. Este fundamento ha sido expuesto en el caso jurisprudencial "Banco Río de la Plata SA c/ Modernell de Etchart, Teresita":

> … la inhibición general de bienes es una medida cautelar que impide genéricamente gravar o enajenar bienes registrables, y que no se produce una afectación a la persona, sino solamente a los bienes […] no obstante ello, en los hechos la

> inhibición determina la imposibilidad de desenvolver cierto tipo de actividades como, por ejemplo, inscribirse en los Registros Públicos como comerciante, u obtener habilitación para desempeñar profesiones de martillero o corredor. Esto se traduce en una ampliación de las tradicionales fronteras del instituto, que nos llevan a sostener que el descrédito o desconfianza que implica para quien padece una interdicción termina por configurar una incapacidad temporaria para el ejercicio de determinados actos.[11]

4. ¿Solo los bienes registrables?

A partir de la naturaleza de esta clase de medidas cautelares, solo los bienes registrables están alcanzados.[12] Con una especial precisión, Pagnacco[13] expresa

> … los efectos de la inhibición general son intraregistrales, es decir que impide la disposición de aquellos bienes inscriptos en el Registro respectivo. En consecuencia solo impide la disposición de los bienes registrables (los que no pueden transmitirse, cederse o gravarse sin que el Registro expida previamente la certificación del estado de dominio o afectación de ellos) Esta última expresión, entre paréntesis, es muy precisa, porque deja fuera de los efectos el caso de aquellos registros de bienes en los cuales no se ha previsto un régimen obligatorio de pedido de certificados…

No obstante, aclara este autor, la jurisprudencia ha extendido la admisión de la medida a otros bienes que cuentan con una forma específica de registración, tales como fondos de comercio, créditos prendarios, depósitos bancarios.

He sostenido que la inhibición general afecta parcialmente las facultades de disposición en la extensión y medida del interés afectado o protegido. Una privación absoluta de las facultades de disposición implicaría, por una incapacidad genérica de ejercicio, una prohibición incompatible con la naturaleza de esta clase de medidas.[14]

Además, he agregado que hasta se vulnerarían principios metajurídicos, tales como la aptitud de los sujetos para ser titulares de derechos, y de la proporcionalidad de las sanciones jurídicas (sanción en sentido amplio). Aun los penados y los fallidos conservan la facultad para realizar al menos aquellos pequeños contratos de la vida cotidiana y solo están privados de realizar aquellos actos vinculados a la causa de la inhibición.

11. C.Civ.yCom. Concordia, 3/6/1997, "Banco Río de la Plata c/ Modernell de Etchart, Teresita" (*Zeus*, t. 75, p. 408), citado por Eguren, María C., "Reseñas de jurisprudencia", en Peyrano, J. W. (dir.) y Eguren, M. C. (coord.), *Medidas cautelares*, t. II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 220.

12. Reitero que es la misma apreciación que se hace en Berizonce, R. M., Morello, A. M. y Sosa, G. L., ob. cit. (cfr. nota 2). Coincide con Arazi, Roland y Fenochietto, Carlos E., ob. cit. (cfr. nota 1).

13. Pagnacco, Eduardo J. A., "Las medidas cautelares en particular. Inhibición general", en Peyrano, J. W. (dir.) y Eguren, M. C. (coord.), *Medidas cautelares*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 462.

14. Podetti expresa esta idea: "… si se pretendiera extender esta medida de excepción a toda clase de bienes, se estaría creando una verdadera incapacidad de derecho que, en tal caso, podría tacharse de inconstitucional" (citado por Pagnacco, Eduardo J. A., ob. cit. [cfr. nota 13], p. 463).

5. Especialidad de los registros públicos

5.1. Breves acotaciones con respecto a los registros de bienes

La registración de bienes forma parte de la estructura aplicable al subsistema jurídico de transmisión de bienes de cada ordenamiento (sistema general). Por ello, debe integrarse y armonizarse con los elementos esenciales de dicho sistema, o sea, título y modo, y respetando el peso relativo de cada uno de estos elementos.

Básicamente, el título alude a la causa de la adquisición; el modo, a la manera en la cual efectivamente el adquirente accede a la disposición física o material del bien. Tanto el título como el modo tienen su particular y limitada esfera de publicidad: aquellos han presenciado o han sido informados de la existencia de uno u otro. El conocimiento del título o del modo genera oponibilidad, ya que quien ha quedado enterado de la existencia de alguno de estos elementos no puede pretender ignorar su existencia y debe respetar dicha existencia.

Debe acotarse –aun dentro de la brevedad de estas notas esenciales– que los terceros interesados, aunque exista la registración, no quedan eximidos de realizar averiguaciones pragmáticas (estudio de títulos, verificar las relaciones posesorias de los bienes, etc.). Por ello, los registros de bienes facilitan pero no garantizan la existencia, validez o eficacia de los derechos reales sobre los bienes. Expanden la publicidad; en la gran mayoría, con carácter declarativo; en algunos, constitutivo (p. ej.: el registro de automotores).

Por regla general, los registros de bienes son locales. Si en dichos registros existen secciones de anotaciones personales, dichas anotaciones son complementarias de la publicidad, pero en la medida que refieren a los bienes objeto de la registración. Nuevamente: si se aspira a la publicidad de medidas referidas a los ciudadanos y personas jurídicas, debe crearse un registro nacional con específica regulación de los efectos de dicha inscripción o anotación.

En este cuadro de situación, resulta claro que los registros de bienes han sido creados para facilitar, a través de los datos que surgen de sus asientos, la *cognoscibilidad* del estado jurídico de ciertos bienes por parte de los terceros interesados de buena fe, que de esta manera no quedan exclusivamente obligados a averiguarlo con diligencias pragmáticas.

Estas breves notas apuntan a perfilar el rol de los registros de bienes: la facilidad de acceso al conocimiento –no excluyente de otras diligencias– del estado jurídico de ciertos bienes seleccionados por el legislador. También permiten deducir la especialidad de cada registro y que la información que proporciona está limitada en sus efectos jurídicos a la clase de bienes de que se trate. Por ello, no procede técnicamente (con alcance constitucional) pretender expandir los efectos en cuanto a oponibilidad a otros bienes y menos aún a los sujetos. Si se pretende obtener oponibilidad de todas aquellas medidas que alcancen a los sujetos, debe crearse un registro nacional, en el cual deberá delimitarse con extrema precisión el efecto de las inscripciones o anotaciones, ya que la naturaleza de los registros y sus alcances inciden de modo directo en la estructura normativa de la transmisión de bienes.

5.2. Concepto de especialidad

El concepto de especialidad de los registros de bienes se integra con otros dos conceptos: a) la especialidad de la función; b) la especialidad de la competencia atribuida al órgano registral específico.

5.2.1. Especialidad de las funciones públicas en general

El concepto de función pública deriva de la fragmentación del poder originario constituyente. La primera división es clásica, tradicional: función legislativa, administrativa, judicial. Cada una de ellas se subdivide en tantas "fracciones" como las que el desarrollo y aplicación de cada función requiere.

Una de las características esenciales de la función y sus subdivisiones es la especialidad o tipicidad:

a) No hay funciones idénticas; cada una tiene su particular conformación estructural.
b) Como nota delimitadora de la función, deben respetarse imperativas limitaciones en cuanto a la materia u objeto de la decisión.[15]

El requisito de la especialidad de las funciones públicas no solo se fundamenta en la necesidad garantista de dividir el ejercicio de las funciones, sino también en una necesidad técnica: cada singularidad requiere conocimientos, destrezas y experiencia propios de la necesidad pública que debe ser satisfecha. Este requisito implica, además, el respeto a las singularidades locales propias de cada especialidad. Es lo que sucede con los registros de bienes: la función específica que cumplen es la requerida para garantizar la publicidad de actos y, en su caso, hechos relevantes para dicha publicidad. Por tales motivos, si los registros de bienes cuentan con secciones de inscripciones personales, estas son complementarias y accesorias de dichos bienes y, por ello, la publicidad es específica con respecto a los bienes registrados.

La especialidad de la función registral consiste en dar publicidad a los actos (en algunos casos, hechos o situaciones jurídicas que la norma que la ha creado establezca con respecto a la clase de bienes de que se trate). Por sus características, esta referencia conceptual es amplia, genérica y solo define la esencia de la función. La función –como luego veremos– es atribuida al órgano (entidad impersonal, abstracta), cuyo agente o agentes titulares la ejercerán conforme a normas reglamentarias que establecen con mayor precisión el modo concreto y específico que cada registro debe cumplir (competencia).

5.2.2. Especialidad como elemento de la competencia del órgano registral

Las funciones públicas, como una de las muchas medidas garantistas de los ciudadanos, se confieren a órganos, no a personas. La función pública registral se adjudica los registros (depositarios de la función). El ejercicio de la función atribuida al órgano es efectuado por los agentes.

15. Orelle, José M. R., *Actos e instrumentos notariales*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 47. Cfr. Barra, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 245.

La competencia es la extensión de la potencialidad del órgano.[16] Solo puede dictar un acto el órgano que tiene atribuida la competencia. En este sentido, las notas que la doctrina[17] atribuye a la competencia son:

a) Debe surgir de una norma expresa.
b) La competencia es excepción, la incompetencia es la regla.
c) La observancia de la competencia es esencial para la validez del acto.
d) Es improrrogable e indelegable.
e) Es irrenunciable.
f) Se encuentra afectada al principio de especialidad, ya que los órganos solo pueden actuar para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación.

En virtud de estas pautas, la competencia propia de los registros de bienes no puede extenderse válidamente a otros fines (p. ej.: la publicidad de todas aquellas interdicciones que pueden ser aplicadas a los sujetos, ya que este efecto solo puede surgir de un órgano creado para tales fines).

Complementariamente, si se aspira a un registro de situaciones jurídicas referidas a las personas, este no solo debe ser nacional para su eficacia, sino que los alcances de sus inscripciones, sus efectos, deben estar determinados por la norma de creación con extrema precisión y detalle, por el impacto de dicha publicidad en el régimen de transmisión de bienes. La garantía constitucional debida a los ciudadanos exige normas claras, precisas, para poder ejercer sus derechos con certeza. Por todo ello, sostengo que las inscripciones personales de los registros de bienes solo tienen efecto para los bienes que constituyen el objeto de cada registro.

5.2.3. Normas específicas

La Ley 17801, que configura el marco general de los registros inmobiliarios, en su artículo primero determina que "quedan sujetos al régimen de la presente ley los registros de la propiedad inmueble existentes en cada provincia". Este párrafo indica la especialidad del registro: regula los registros inmobiliarios. Asimismo, la especialidad se reitera en su artículo 2, que expresa: "… de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones". Las normas citadas remiten al régimen de actos sobre bienes inmuebles. Finalmente, rubrica la especialidad el inciso artículo b): "… los que dispongan […] inhibiciones", ya que dichas anotaciones son subsidiarias con respecto a los bienes inmuebles.

En el Capítulo VI, "Registro de anotaciones personales", artículo 31, la ley establece que "cuando fuere procedente, las anotaciones mencionadas en el artículo anterior deberán ser relacionadas con el folio del inmueble a que corresponda". Nuevamente se reitera dicha especialidad en la segunda parte del artículo 31: "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".

16. Fernández, Tomás R. y García de Enterría, Eduardo, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, Thomson Civitas - La Ley, 2006, p. 555.

17. Dromi, José R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 5ª ed., p. 209.

Ventura [18] expresó:

> … aunque se trate de anotaciones personales, como reza el título del Capítulo VI de la ley 17801, es innegable la vinculación que tienen dichos registros con los derechos reales registrados. Se trata en general de derechos personales, pero con una verdadera vocación de derecho real. Sus metas están más dirigidas a las cosas mismas que a las personas de sus propietarios…

Además de los textos comentados, cabe agregar un argumento conceptual. Si los registros de bienes hubieran creado en sus secciones de anotaciones personales un sistema de publicidad de situación jurídica de los sujetos, siendo locales: ¿cómo cumplirían esa función?; ¿qué operación jurídica debería desarrollar quien desea obtener certeza sobre la situación jurídica de un sujeto: pedir un certificado en cada provincia?; ¿cómo obtener la vigencia de dichos certificados con diferentes regulaciones locales, plazos de vigencia, plazos de expedición?; ¿es racional esta estructura?; ¿otorga protección jurídica?; ¿es resultado lógico de los avances doctrinarios sobre los temas registrales?

6. Anotación en un registro de bienes, ¿se expande automáticamente con respecto a otros registros de bienes?

A partir del concepto de especialidad que he descripto, que es de interpretación restrictiva e impide la analogía, no hay tal expansión. El interesado que pretende afectar bienes deberá inscribir la inhibición en todos los registros de bienes. Reitero que la capacidad de ejercicio no puede limitarse de modo genérico, ni en mayor extensión que la del interés que ha generado la medida cautelar.

7. La inhibición general de bienes anotada en un registro de bienes local, ¿impide la disposición de bienes ubicados en otras demarcaciones?

La respuesta es negativa. Por el principio de especialidad que vengo tratando, la afectación solo tiene efectos en la demarcación en la cual ha sido inscripta.

8. Disposición de un bien registrable por parte de un sujeto afectado

¿Puede el inhibido disponer bienes aun existiendo la inhibición general? La respuesta a este interrogante impone considerar los siguientes puntos y, en dicha combinación, proponer las reglas de prelación.

18. Ventura, Gabriel B., *Ley 17801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada, anotada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 409.

8.1. Principio general

Como principio general, basado en la competencia exclusiva de los jueces para dictar medidas cautelares y resolver adicionalmente el modo y los recaudos específicos en cada causa para disponer su extinción o levantamiento, no pueden efectuarse actos de disposición.

8.2. Casos extremos

En casos extremos, puede disponerse válidamente de algún bien. Los fundamentos de mi opinión son los siguientes.

1. Más allá de la versión gramatical de los preceptos, ninguno puede, por las características del ordenamiento jurídico, imponer sanciones absolutas. La naturaleza de sistema del ordenamiento jurídico, flexible, abierto, con casi infinitas posibilidades de combinaciones, impide dicha absolutez. Sobre este punto, Gordillo[19] enseña y advierte:

> … debe recordarse una vez más que constituye una falsa quimera pensar que los casos de derecho tienen una única, necesaria, verdadera y válida solución. […] Así, la hipótesis de derecho que pudo parecer mejor en determinado momento puede en definitiva llegar a no serlo por infinitas razones: imperfecta apreciación de los hechos, incompleto conocimiento de ellos, dificultades o fracasos en la obtención de la prueba conducente a acreditarlos, la propia mutación de la situación fáctica, de los intereses en juego, de los valores sociales aplicables, incluso de las normas legales o supranacionales, de la jurisprudencia, etc.

Cita a Cardozo:

> … las reglas o principios no son soluciones finales, sino hipótesis de trabajo: cada nuevo caso es un experimento y si la regla que parece aplicable da un resultado injusto, el resultado debe ser repensado.[20]

2. Flexibilidad de las soluciones de los conflictos intersubjetivos, tanto en el desarrollo de la vida cotidiana como en los sistemas de convivencia sociales, uno de los cuales es el derecho.
3. Evitar daños superiores.
4. Garantías objetivamente acreditadas de la solución excepcional.

La excepción que sostengo queda limitada al conjunto de las siguientes circunstancias:

1. Que exista, como antecedente de la medida cautelar, una determinación objetivamente existente del monto adeudado (deuda líquida y exigible, monto determinado).
2. Que la causa de la inhibición no provenga de una limitación psicofísica del sujeto (caso de los incapaces o disminuidos en su capacidad, etc.), sino de elementos jurídicos externos.

19. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, 8ª ed., p. I-36.

20. Ibídem.

3. Que la medida cautelar haya sido dictada en base a un interés económico privado. Queda fuera de la excepción el caso de haberse originado en base a un interés público (p. ej., ilícito).
4. Que exista imposibilidad, por las circunstancias y la urgencia, de obtener una medida judicial de levantamiento.
5. Extrema urgencia objetiva (feria, huelga, fuerza mayor, generación de un daño inminente y grave y objetivamente constatable) en caso de postergarse el acto (contratos firmados con plazos que se vencen, operaciones "encadenadas", dinero que se necesita para salvar una vida, etc.).
6. Consentimiento del inhibido y su abogado; del inhibiente y su abogado; si fuera el caso, de otros interesados (acreedores, peritos, etc.) con sus letrados; y, como resultado de dicho acuerdo, retenciones de todos los rubros, monto adeudado, intereses, costas, tasas de justicia, etc., de modo de asegurar todos los intereses desplegados en el expediente.
7. Que todos los interesados actúen en un marco de buena fe, lealtad y transparencia.
8. Inmediato depósito judicial una vez pasada la urgencia.

Sostengo:

a) El acto es válido porque no existe vicio: traba parcialmente la facultad de disponer en la medida en que la disposición perjudique al interesado.
b) Es un acto condicional en su eficacia, ya que queda subordinado al efectivo cobro de todos los interesados, y a la decisión judicial que así lo sentencie.
c) El interés no solo queda protegido sino que se satisface.
d) El acto es inoponible al acreedor de la inhibición hasta que el interés esté satisfecho.
e) El derecho opera para resolver conflictos intersubjetivos. No es absoluto, está al servicio de la convivencia humana. Por ello, no existen preceptos absolutos, todos son relativos.

9. Dementes, penados o fallidos

Hemos expresado en punto anterior que la naturaleza y los efectos de la inhibición general varían según un conjunto de elementos jurídicos, por lo cual no es técnicamente adecuado pronunciarse de modo abstracto y genérico. En los casos en los cuales la inhibición procede de la ley sustantiva, además, varían las causas de tal imposición.

9.1. Incapaces o disminuidos

En el caso de los incapaces o disminuidos, la causa de la inhibición es su incapacidad o disminución de su capacidad. En este caso, la inhibición está destinada a proteger al incapaz o disminuido. Debido a ello, la intervención judicial no es la generadora de la inhibición, es el Código Civil que consagra la aplicación de dicha medida. La inscripción de la inhibición solo publicita ese estado del sujeto.

En tales casos, no puede realizarse acto alguno, por estar privado o disminuido el sujeto de un elemento esencial de los actos jurídicos: la capacidad, salvo a través del curador designado y con la pertinente autorización judicial.

9.2. Penados

En el caso de los penados con sentencia firme, es la causa jurídica en la que se encuentran. En este caso, la limitación se basa en la situación jurídica del condenado. El Código Penal expresa que la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta.

Este texto sugiere los siguientes comentarios:

a) El ámbito del derecho penal es de derecho público; por tal motivo, la terminología y los conceptos de derecho privado solo son aplicables en la medida de coincidir con elementos de la teoría general del derecho, abarcadores de temas generales del derecho, sin distinción entre derecho público o privado.
b) El vocablo *inhabilitación* no es sinónimo de incapacidad, sino de una limitación –muy amplia– del poder de administración y disposición del sujeto.
c) La doctrina expresa que la inhabilitación es diferente de la incapacidad del demente y el sordomudo y tiene por objeto evitar perjuicios en los bienes y personas de la familia del condenado[21] –afirmación un tanto genérica–. Considero que es una consecuencia del estado jurídico del penado, que debido a su prisión queda en una situación de posible desinformación y, además, sin la libertad y autonomía de criterio necesaria para un acto jurídico válido. A ello se le suma que, para algunos autores, la inhabilitación implica una sanción derivada de la comisión del delito.[22]
d) El penado puede testar[23] y estar en juicio.

En base a estas características, considero que la inhabilitación le impide al penado otorgar actos jurídicos, salvo los exceptuados, en base a su naturaleza de precepto de orden público. Por ello, cuando la inhibición general procede en base a esta inhabilitación, no puede aplicarse la excepción que he sostenido en punto anterior. La naturaleza de la medida lo impide.

9.3. Fallidos

Los fallidos quedan desapoderados de pleno derecho de los bienes existentes a la fecha de la declaración de quiebra y de los que adquieran hasta su rehabilitación, no pudiendo ejercer respecto de ellos los derechos de administración y disposición (arts. 106-114 Ley 24522). El desapoderamiento:

a) No implica perder la propiedad de los bienes.[24] Existe además en los autores citados coincidencia en cuanto a la pérdida de legitimación por parte del fa-

21. Rubianes, Carlos J., *Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 24. D'Alessio, Andrés J. (dir.), *Código Penal. Comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, p. 59.

22. Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar R., *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 2007, p.106

23. D'Alessio, Andrés J. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 21) [comentario al art. 12].

24. Vítolo, Daniel R., *Comentarios a la Ley de Concursos y Quiebras 24522. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, p. 257. En la misma posición doctrinaria, ver Barbieri, Pablo C., *Concursos y quie-*

llido sobre sus bienes, resaltando que esta conclusión surge del hecho de que el fallido no es un incapaz, sino que la pérdida se debe al modo de comportamiento negocial patrimonial.

b) El régimen de la Ley de Quiebras es de derecho público; por tal motivo, nuevamente, como en el caso del penado, nos encontramos con un ámbito específico con perfiles propios, ajeno al derecho privado.

Debido a estas circunstancias, tampoco este caso permite de modo excepcional disponer de bienes al fallido. La inhibición general solo publicita la limitación descripta. La sentencia que es causa de la inhibición no la crea, solo cumple con lo dispuesto por los preceptos mencionados de la ley.

---

bras. Ley 24522 comentada y anotada, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2006, p. 277; y Rouillon, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24522, complementaria del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 213.

Medidas cautelares

Inhibición de bienes registrables*

Néstor O. Pérez Lozano

RdN 923

RESUMEN

Este trabajo tiene como finalidad revisar la jurisprudencia, la doctrina y las instituciones del derecho procesal en cuanto al cumplimiento de los presupuestos que habilitan la procedencia de las medidas cautelares y los estándares de control del debido proceso que garanticen el cumplimiento de los principios de bilateralidad e igualdad sobre los que debe descansar. Pone de manifiesto la incidencia del nuevo Código Civil y Comercial en el derecho procesal, en materia de medidas cautelares. Revisa la jurisprudencia en cuanto a los efectos del crédito, la credibilidad, el buen nombre, el prestigio, la norma legal, la interdicción y la incapacidad. Integran el repertorio el abuso del derecho y la conducta procesal maliciosa. Analiza el instituto de la contracautela y la consecuente responsabilidad por daños.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***1.1.*** *Efectos.* ***1.2.*** *Caducidad.* ***1.3.*** *Necesaria publicidad registral.* ***1.4.*** *Preferencia.* ***1.5.*** *Requisitos.* ***1.6.*** *Incoexistencia e incompatibilidad con el embargo.* ***1.7.*** *Datos personales. Homonimia.* ***1.8.*** *Presupuestos de admisibilidad.* ***1.9.*** *La verosimilitud del derecho.* ***1.10.*** *El Estado y sus entes descentralizados como partes.* ***1.11.*** *Intervención de AFIP y de ARBA.* ***1.12.*** *Proceso unilateral.* ***1.13.*** *Inhibición general de bienes. Inhibición de bienes registrables.* ***1.14.*** *El crédito, la credibilidad, el buen nombre, el prestigio. La norma legal, la interdicción y la incapacidad.* ***1.15.*** *Restricciones a la capacidad.* ***2.*** *El Código Civil y Comercial y el derecho procesal en materia de medidas cautelares.* ***3.*** *Medidas cautelares. Contenido y límites de la potestad asegurativa. El abuso del derecho. Los principios de bilateralidad e igualdad.* ***3.1.*** *La conducta procesal maliciosa.* ***3.2.*** *Abuso del derecho. Responsabilidad.* ***4.*** *Las medidas cautelares y los principios procesales de bilateralidad e igualdad.* ***5.*** *La facilitación judicial para decretar la inhibición general de bienes. Recaudos mínimos. Unilateralidad provisoria. El debido proceso.* ***6.*** *El derecho procesal argentino. Necesidad de investigar sobre el* discovery *y la buena fe procesal.* ***6.1.*** *La jurisdicción voluntaria.* ***7.*** *Medidas cautelares trabadas unilateralmente.* ***7.1.*** *La potestad de AFIP.* ***7.2.*** *Las facultades de ARBA.* ***8.*** *Tres fallos recientes relacionados con AFIP.* ***9.*** *Reseña jurisprudencial sobre medidas cautelares.* ***10.*** *Alcances de la inhibición general de bienes. Jurisprudencia.* ***10.1.*** *Anotación registral.* ***10.2.*** *Disminución patrimonial. Incorporación patrimonial. La incapacidad.* ***10.3.*** *Cautelar subsidiaria.* ***11.*** *Aportes societarios. Los interdictos. Los fallidos y administradores.* ***11.1.*** *La inscripción del aporte.* ***11.2.*** *Del patrimonio directo a la participación negocial.* ***11.3.*** *La calificación registral mercantil.* ***11.4.*** *Efectos jurídicos. No afecta a la persona sino a los bienes.* ***11.5.*** *Certificados registrales.* ***11.6.*** *Fuga registral.* ***11.7.*** *Extensión al sistema financiero.* ***11.8.*** *Extralimitación de su naturaleza.* ***11.9.*** *Derecho deportivo.* ***12.*** *Cesión de derechos hereditarios.* ***13.*** *Contracautela.*

* Edición actualizada y ampliada de "La inhibición general de bienes y las medidas precautorias", publicado en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, nº 977, 2014, pp. 405-438.

1. Introducción

La inhibición general de bienes[1] integra el repertorio de las medidas cautelares[2] reguladas por ley cuya naturaleza es de origen procesal. Se encuentra vinculada a un proceso y está destinada a garantizar su resultado. No afecta a la persona sino a ciertos bienes.

Se aplica en todos los casos en que procede el embargo preventivo y este no puede efectivizarse por desconocimiento o insuficiencia de bienes del deudor por no cubrir el importe del crédito reclamado. Constituye la *ultima ratio* de los aseguramientos procesales para no hacer ilusorio el derecho de los acreedores (art. 228 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires [CPCCPBA] y del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [CPCCN]).

La inhibición general de bienes, junto a la anotación de litis y a la prohibición de innovar o de contratar, ha sido prevista y regulada por los artículos 238 y 231 del CPCCN, normas que establecen en cada caso los presupuestos, requisitos y alcances de las medidas.

1.1. Efectos

No recae sobre la universalidad de los bienes del deudor, sino sobre los de naturaleza registrable que se encuentren inscriptos a su nombre en los registros públicos creados por ley, donde deben publicitarse para hacerlos oponible a terceros. La medida afecta la disponibilidad de los derechos sobre bienes registrables presentes y futuros que componen el patrimonio del deudor, es decir, su transformación, modificación o transferencia; pero no impide la adquisición, cancelación o liberación de los gravámenes que les afectaren, dado que –reiteramos– no afecta la capacidad de las personas.

1.2. Caducidad

Su caducidad opera por el solo transcurso del tiempo, de pleno derecho y sin necesidad de solicitud alguna. El artículo 37, inciso b, de la Ley 17801 establece un plazo de cinco años a computar desde la fecha de su toma de razón, salvo que leyes especiales dispongan lo contrario. Es reinscribible por decisión judicial. No crea preferencia ni preeminencia alguna sobre las medidas cautelares de igual o distinta naturaleza. En suma: esta medida cautelar es de naturaleza **supletoria**, **subsidiaria**, **instrumental** y **provisional**.

1. *Nomen iuris* correcto: inhibición de bienes registrables.

2. El proceso cautelar no constituye un fin en sí mismo, sino que es un medio en virtud del cual se intenta asegurar que la sentencia a dictarse en el proceso principal no torne ilusorios los derechos de quien busca –por esa vía– obtener su reconocimiento. Por ello, la acreditación de los extremos contemplados por el art. 230 CPCCN queda supeditada al campo de las probabilidades, y no al de la certeza, tal cual lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia. (Cám.Fed. de Tucumán, 11/3/2008, "Flores, David c/ Universidad Nacional de Tucumán –UNT–").

1.3. Necesaria publicidad registral

Solo tendrá efectos en la medida en que tome efectiva publicidad registral mediante su anotación en el registro respectivo; por ser territorial, solo afectará a los bienes registrados en su jurisdicción. A partir de ese momento, no puede disponer de los bienes afectados por la medida. La inhibición anotada será inoponible a los actos de transmisión o afectación celebrados ante notario público conforme a las leyes que regulan su otorgamiento y rogada su inscripción dentro del plazo legal.[3]

1.4. Preferencia

La inscripción de la inhibición no le otorga al inhibiente derecho de preferencia alguno, a diferencia de los efectos que produce el embargo anotado sobre bienes registrables.[4] La inhibición inscripta no crea preeminencia sobre los inhibientes anteriores, menos aún lo hace con respecto a los embargantes, sean estos anteriores o posteriores a la inscripción de la inhibición.

Por ello, el acreedor inhibiente debe asumir una conducta procesal activa en la búsqueda de bienes embargables de su deudor, para solicitar la sustitución que le confiera prioridad en la percepción de su crédito. Por su parte, el deudor inhibido, para lograr que cese la inhibición, que le puede ser altamente lesiva, debe presentar bienes a embargo o prestar caución suficiente a juicio del juez, como medios sustitutivos.

1. *"Pirosanto Zavalla, Miguel A. c/ Resnik, Silvia B."*:[5]

> 1. La inhibición general de bienes no concede prioridad sobre otra medida de igual naturaleza trabada con posterioridad y mucho menos respecto del embargo. 2. La inhibición general de bienes trabada a instancia del síndico en el marco de la acción de responsabilidad conferida por el art. 173 de la ley de concursos no posee preferencia alguna sobre los derechos del acreedor embargante. (Del dictamen del fiscal de Cámara).

2. "*Kozachenko Sofía en autos: Banco de la Nación Argentina c/ Rampellotto, Alberto Giordano y otro*":[6]

Dado que la inscripción registral de las medidas que disponen embargos o inhibiciones está establecida para su publicidad y oponibilidad a terceros, no cabe a un

3. Cabe recordar que: i) las escrituras públicas que se presenten dentro del plazo de 45 días contados desde su otorgamiento se consideran registradas a la fecha de su instrumentación (otorgamiento); ii) no obstante, dicha inscripción es declarativa y no convalida el título nulo ni subsana los efectos de que adolecen según sus leyes (arts. 4-5 Ley 17801).

4. Excepción: en el caso de cesión de herencia, en cuanto a los efectos de la publicidad, se le da preferencia a la inhibición trabada con anterioridad a la presentación en el juicio sucesorio del testimonio de la escritura respectiva (ver CNCom., Sala F, 6/5/2014, "Finning Argentina SA c/ J. A. G. R. y otro s/ Ejecutivo" [*La Ley*, t. 2014-E, p. 291; *Doctrina Judicial*, 19/11/2014, p. 82; *La Ley Online*, AR/JUR/18068/2014; CNCiv., Sala E, 2/5/1989, "Mazzarella s/ Sucesión", entre otros.

5. CNCom., Sala A, 29/6/2000, "Pirosanto Zavalla, Miguel A. c/ Resnik, Silvia B." (sumarios en *La Ley*, t. 2000-F, p. 978, y *La Ley Online* AR/JUR/3395/2000).

6. Juzg. Civ. Com. y Minería nº 1 de General Roca, 28/10/2010, "Kozachenko Sofía en autos: Banco de la Nación Argentina c/ Rampellotto, Alberto Giordano y otro s/ Ejecución hipotecaria s/ Tercería de mejor derecho".

tercero alegar que la inhibición debidamente inscripta con anterioridad al boleto le es inoponible.

1.5. Requisitos

Los presupuestos de la medida son similares a los establecidos para disponer el embargo preventivo (arts. 209-212 CPCCN), con la previa frustración por inexistencia, ignorancia o insuficiencia de bienes embargables.[7] No obsta la medida inhibitoria la existencia de un embargo inscripto y vigente que *prima facie* no cubre el crédito del acreedor requirente, criterio que se extiende a la hipoteca o a la prenda en caso de que dichas garantías reales fueren insuficientes (situaciones que deberán probarse sumariamente).

1.6. Incoexistencia e incompatibilidad con el embargo

1. *"Banco de Galicia c/ Transportes Demarlengue e Hijos SRL y otros"*:[8]

La medida de inhibición general de bienes es de carácter subsidiario y excepcional, y tiende primordialmente a facilitar la traba del embargo, con el cual no puede coexistir o es incompatible.

2. *"Ortegoza, Samuel y otros c/ Miguel Á. Soprano SA"*:[9]

La inhibición general de bienes es una medida de excepción, substitutiva del embargo que puede ser ordenada únicamente por carencia, insuficiencia o desconocimiento de bienes del deudor, siempre que concurran las circunstancias que autorizan el embargo preventivo.

1.7. Datos personales. Homonimia

Quien solicitare la medida deberá aportar los datos identificatorios de la persona a inhibir tanto a la persona humana como a la jurídica. En lo posible, deberá aportar los requeridos por el artículo 305, inciso b, del Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26994 (CCCN).[10] La ausencia u omisión de algunos de ellos aumenta la posibilidad de la homonimia.

7. Berizonce, Roberto M., Morello, Augusto M. y Sosa, Gualberto L., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, t. II-C, La Plata, Librería Editora Platense, 1986.

8. Cám.Civ.Com. de Concepción del Uruguay, 21/5/1999, "Banco de Galicia y Bs. As. SA c/ Transportes Demarlengue e Hijos SRL y otros s/ Levantamiento medidas cautelares" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 2002-II).

9. CNTrab., Sala 2ª, 31/8/1998, "Ortegoza, Samuel y otros c/ Miguel Á. Soprano SA s/ Despido" (*El Derecho*, t. 179, p. 620).

10. La norma citada requiere para las persona humana los nombres, apellidos, documento de identidad, domicilio, fecha de nacimiento y estado de familia; si se trata de persona casada, el nombre de su cónyuge y si lo es en primeras o posteriores nupcias. Para la persona jurídica, su denominación completa, domicilio social y datos de la inscripción de su constitución. Los acreedores y, especialmente, los organismos de recaudación solo aportan documento de identidad, dando lugar a tortuosos y costosos procedimientos de homonimia a personas que nada tienen que ver con el inhibido.

Habida cuenta de la reiteración y número de casos, el artículo 2 de la Ley 3734 (modificada por Decreto-ley 7425/1968) regula el procedimiento a seguir en la provincia de Buenos Aires.[11] En caso de sustanciarse el procedimiento por la vía de esta norma procesal o por la incidental, la citación al deudor para que manifieste si se trata de una misma y única persona, bajo apercibimiento de que, de guardar silencio, manifieste ignorancia o conteste evasivamente, se declarará que no se trata de la misma persona. Se estatuye así la doctrina del deber de expedirse (art. 263 CCCN).

1.8. Presupuestos de admisibilidad

A la admisibilidad de la inhibición general le caben todos los presupuestos que la doctrina y legislación procesal han creado para todas las medidas cautelares.

> *"Provincia de Tucumán c/ Timen SA"*:[12]
>
> … la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida…

Además de la legitimación del acreedor solicitante, deberá acreditarse la verosimilitud del derecho invocado, así como el peligro en la demora en quitarle al deudor la libre disponibilidad de sus posibles bienes registrables. Corresponde invocar la legitimación y acreditarla técnicamente para que el juez realice la debida calificación legal.

1.9. La verosimilitud del derecho

Respecto de la verosimilitud del derecho, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que si el juez estuviese obligado a extenderse en consideraciones respecto de las distintas circunstancias que rodean la relación jurídica

> *"Provincia de Tucumán c/ Timen SA"*:[13]
>
> … peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar […] En ese marco, en esta instancia procesal, se presenta el *fumus bonis iuris*, comprobación de la apa-

11. Art. 2 Ley 3734 de la PBA: "Para el levantamiento de inhibición existente, el homónimo se presentará al juicio dando su filiación completa. Con ello se requerirá al acreedor, que será notificado por cédula, con copia de la petición, para que manifieste, dentro del tercer día, si el peticionante es o no la persona inhibida a su pedido, bajo apercibimiento de que si guarda silencio, manifiesta ignorancia o contesta evasivamente, se declarará que no se trata de la misma persona. Se dará a la gestión el trámite que corresponda a los incidentes en general. Cuando una persona se encuentra inhibida por distintos jueces, podrá presentarse ante el juez de su domicilio, pidiendo que, previa citación de los acreedores inhibentes, por medio de exhorto dirigido a los jueces que decretaron las inhibiciones, se proceda en la forma establecida".

12. CSJN, 21/7/2006, "Provincia de Tucumán c/ Timen SA".

13. Ibídem. Es también conocido como la verosimilitud del derecho invocado; el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora* (peligro en la demora) son las **condiciones o presupuestos requeridos para la obtención y amparo de una medida cautelar.** El *fumus bonis iuris* constituye **el primer requisito que debe verificar el juez al enfrentarse con la obligación de dictar una providencia cautelar**. En palabras sencillas, se traduce en la existencia de un juicio o razonamiento donde el órgano jurisdiccional encargado de decretarla prevé las probabilidades sólidas de que el solicitante de la medida será beneficiado por lo dispuesto en la resolución judicial

riencia o verosimilitud en el derecho invocado por la actora y exigible a toda decisión precautoria.

A instancias de la doctrina procesal, de la jurisprudencia y del laxismo como forma de obrar, se ha suavizado demasiado el rigor de los presupuestos procesales para su viabilidad.

1.10. El Estado y sus entes descentralizados como partes

No ocurre así cuando el Estado o sus entes descentralizados son parte en un proceso. La Ley 26854 regula la procedencia y sustanciación de las medidas cautelares solicitadas por estos o contra su actuación u omisión (art. 1). Se adopta como estándar jurídico para su procedencia en contra el interés público comprometido por la solicitud. Por no ser el objeto de este trabajo avanzar en su análisis, dejamos constancia de que aquí el proceso debe ser integrado y no corresponde la sustanciación *inaudita parte*.

Solo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justificaren, los jueces o el tribunal podrán dictar una medida interina, cuya eficacia se extenderá hasta el momento de la presentación del informe o el vencimiento del plazo fijado para su producción. Plazos que son muy breves. No obstante, el juez podrá ordenar una vista previa al Ministerio Público.

1.11. Intervención de AFIP y de ARBA

Los organismos administrativos de recaudación impositiva (Administración Federal de Ingresos Públicos [AFIP], Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires [ARBA]) abusan de la medida inmovilizadora del patrimonio de los contribuyentes registrados, a partir de leyes que habilitan ese accionar de clara estirpe inconstitucional, afectando la división de poderes que el sistema Republicano impone, el derecho de propiedad y el principio rector del debido proceso que permite ejercitar el derecho constitucional de la defensa en juicio. Este tema será objeto de un exhaustivo análisis más adelante, a la luz de las normas y de la jurisprudencia que las declaran inconstitucionales.

1.12. Proceso unilateral

La unilateralidad debe cesar *inaudita parte*, una vez anotada la medida en los registros públicos, y el juez debe convocar al deudor inhibido a tomar intervención en un plazo razonable, bajo el apercibimiento de dejar firme la medida cautelar decretada en autos sin su intervención.

El deudor, en el efectivo ejercicio de la defensa de sus derechos, podrá solicitar la sustitución de la inhibición, ofreciendo bienes suficientes a embargo o dando caución suficiente a juicio del juez. Además, para el caso que fuera procedente, ofrecer una instancia procesal que dé lugar a la sustanciación para la reparación de daños y perjuicios causados por quien hubiere abusado de la solicitud de la medida cautelar

---

definitiva. No es más que una valoración subjetiva y, en gran parte, discrecional del juez sobre **la apariencia de que existen intereses, tutelados por el derecho, totalmente sumaria y superficial**.

o, en su caso, de la maliciosa conducta que importa el ocultamiento del conocimiento de bienes registrables del deudor, todo dentro del mismo proceso.

1.13. Inhibición general de bienes. Inhibición de bienes registrables

Contribuye a confundir los efectos y naturaleza jurídica de la medida su errónea denominación como "inhibición general de bienes", cuando **solo afecta bienes registrables** tales como muebles registrables, automotores, aeronaves, equinos de pura sangre, ciertos semovientes, marcas, obras incluidas en la Ley 11720, en el ámbito de la competencia de registros nacionales, y, respecto de los bienes inmuebles con efectos territoriales, solo dentro de la competencia de cada registro inmobiliario. Todos ellos creados por ley.

El artículo 228 CPCCN no alude singularmente a los bienes inmuebles sino a los "bienes del deudor" y, en tanto sea posible individualizarlos a través de su inscripción en los registros públicos, no habría motivo para limitar su alcance.[14] Un apartado especial requieren los fondos de comercio e industriales, dado que su registración, por ahora, solo alcanza a sus transferencias, conforme lo dispone la Ley 11867, cuya *ratio* contiene un régimen de oponibilidad autónomo que ha llevado a la jurisprudencia a prescindir del de anotaciones personales (inhibiciones).

La inhibición no alcanza a los restantes bienes, como los depósitos bancarios, sin perjuicio de otras medidas cautelares que sobre ellos puedan trabarse. No puede ordenarse esta medida genéricamente, impidiéndose la realización de actos que vinculen al afectado con el sistema financiero, pues tal amplitud de consecuencias genera prácticamente una incapacidad absoluta. Debe afectar los actos de disposición pero no los de administración y gestión regular, debido a los perjuicios que causaría en el normal desenvolvimiento de los negocios de la persona en contra de quien se ordena, sea humana o jurídica.

1.14. El crédito, la credibilidad, el buen nombre, el prestigio. La norma legal, la interdicción y la incapacidad

La credibilidad, el crédito, el prestigio o el buen nombre son requisitos ineludibles respecto de toda persona que se dedica habitualmente al ejercicio de cierta actividad, oficio o profesión. Esta confianza pública es protegida por la ley cuando presume que todas aquellas personas inhibidas no pueden desarrollar aquellas actividades o profesiones (p. ej.: el comerciante, el martillero, los corredores, etc.). Pero es de advertir que **tal efecto personal de incapacidad para el ejercicio de ciertas actividades no se da por la medida misma**. Naturalmente, la inhibición **no genera una incapacidad**, sino que **es la existencia de una norma legal que enlaza la inhibición a una consecuencia no prevista originariamente**. Por sí misma, la inhibición tiene entidad suficiente como para dar nacimiento a una indisponibilidad, pero cuando es aprehendida por una norma, como supuesto fáctico, genera una especie de interdicción o incapacidad.[15]

14. CNCiv., Sala C, 9/9/1983, "OSN c/ Club Atlético Boca Juniors" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1983-IV).

15. De Lazzari, Eduardo N., *Medidas cautelares*, La Plata, Librería Editora Platense, 1995, pp. 348 y 355 ("vocabulario jurídico").

Ampliando la utilidad de la medida, se deberá acreditar la inexistencia de anotaciones personales (inhibiciones) como prueba negativa para el ejercicio de ciertas profesiones, para ingresar a registro públicos como proveedores del Estado, para el ejercicio de concesiones públicas, para otorgar habilitaciones para servicios públicos; o con carácter de anotación obligatoria en los procesos falenciales (concursos o quiebras), o en los procesos relacionados con la restricción a la capacidad de las personas, etc. Se produce en tales casos, al decir de Couture,[16] "una **interdicción** con prohibición absoluta o relativa, decretada judicialmente en los casos previstos por la ley de realizar ciertos actos o de asumir determinada conducta".

En la provincia de Córdoba, la Ley 8802 del Consejo de la Magistratura exige la ausencia de inhibición como uno de los requisitos para los candidatos a ocupar cargos judiciales (art. 18, inc. 13). Por ello, los registros de anotaciones personales que registren "incapacidades" o determinadas situaciones jurídicas excepcionales que provoquen ese estado relacionado con las personas deben ser de competencia nacional.

1.15. Restricciones a la capacidad

En los supuestos de restricción a la capacidad, las medidas cautelares que dispongan los jueces deben fundarse sobre los principios generales del instituto, que están fijados en la ley (arts. 31 y 34 CCCN):

1) La capacidad general de ejercicio se presume.
2) Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen en beneficio de la persona.
3) La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial.
4) Durante el proceso el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona.

Las medidas cautelares del artículo 34 CCCN no constituyen esencialmente inhibiciones generales de bienes. Esas medidas tienen un efecto distinto a la paralización o inmovilización del patrimonio de la persona porque deben estar fundadas en los principios expuestos y ellos indican que lo que estas medidas persiguen es sumarle seguridad a la dinámica patrimonial del incapaz. Ello no obsta que los jueces dispongan la cautelar inhibitoria general durante la sustanciación del proceso. Es más, la norma les resulta imperativa, razón por la cual deben hacerlo en beneficio de la persona.

El artículo 39 CCCN dispone de una norma de naturaleza registral al prescribir que 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. Excede este trabajo su crítica, pero cabe destacar que constituye un retroceso innecesario. El derecho registral y sus técnicas incorporadas pueden dar respuesta a la publicidad registral de la sentencia con los alcances que determina el artículo 38 CCCN, creando

16. Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4ª ed.; *Caracteres de las medidas cautelares*, Montevideo, Faira, 1960, §203. Para este autor, la finalidad de las medidas cautelares es la de restablecer la significación económica del litigio, con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo: evitar la especulación con la malicia.

un registro de incapacidades a nivel nacional, con un aporte mayor a la seguridad jurídica y a su funcionalidad informática y telemática.

2. El Código Civil y Comercial y el derecho procesal en materia de medidas cautelares

La unificación del derecho privado a expensas del CCCN pone en evidencia su invasión regulatoria a los institutos procesales relacionados con la materia de las medidas cautelares. Este avance instala nuevamente sobre la mesa federal los conflictos de competencia "reservada" a las provincias por la Constitución Nacional. Además del régimen cautelar que el Código dispuso respecto de las restricciones a la capacidad de las personas –abordado en el numeral anterior–, señalemos lo dispuesto por el artículo 745 CCCN, que regula el derecho de preferencia del embargante que obtuvo el embargo de bienes de su deudor respecto de otros acreedores quirografarios en procesos individuales, determinando el rango entre los demás embargantes por la fecha (y hora) de la traba de la medida en los registros públicos.

En materia de **títulos valores**, el codificador ha desplegado la teoría general reclamada por la doctrina, tomando como fuente el anteproyecto de unificación de 1998. Los ubica metodológicamente dentro de la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones. Su articulado recepta las reglas jurídicas básicas y más aceptadas por la doctrina y el derecho comparado, con la finalidad de "promover la circulación amplia de estos títulos y la seguridad jurídica".

También, llenando un vacío procesal en lo que respecta a medidas cautelares aplicables a los títulos valores (art. 1822 CCCN), regula la competencia y los procedimientos en los casos de deterioro, sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros (art. 1863). Asimismo, regla un prolijo procedimiento para la oposición del rescate (art. 1875), como así también los procedimientos y costas en los casos de títulos valores nominativos o no cartulares (art. 1878).

A instancias del reclamo de la doctrina, establece una metódica regulación en materia de defensas oponibles (art. 1821).[17]

Por otra parte, regula las medidas cautelares en el régimen de separación de bienes (art. 473) y las medidas protectorias en la indivisión poscomunitaria (art. 483), y las medidas provisionales y cautelares en la jurisdicción internacional (art. 2603), la litispendencia (art. 2604) y la prórroga de jurisdicción (arts. 2605 y ss.).

> La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho sobre esta cuestión que el Congreso Nacional está habilitado para dictar normas de procedimiento, en relación con el derecho común, aplicables por los tribunales locales –sin perjuicio de ser una atribución reservada a las provincias, según el artículo 121 de la Constitución Nacional–, cuando fuesen "razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos" consagrados por las normas de fondo.[18]

17. Esta materia fue tratada con mayor amplitud en los comentarios a los arts. 1815 a 1881, en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 6, Buenos Aires, Astrea, 2015, pp. 456-639.

18. Descalzi, José P., "El derecho procesal en el Código Civil y Comercial unificado", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 10/12/2014 (cita online AR/DOC/4217/2014), quien referencia a Sagüés.

3. Medidas cautelares. Contenido y límites de la potestad asegurativa. El abuso del derecho. Los principios de bilateralidad e igualdad

De Lázzari, citando a Piero Calamandrei –y bajo el sugestivo título "El dispositivo psicológico de las medidas cautelares"–,[19] nos alerta sobre la extensión desmedida que pueden alcanzar esas providencias y advierte sobre "la necesidad de ponderar los límites en que ha de detenerse la potestad asegurativa". Por su parte, Podetti[20] expresa:

> Las medidas cautelares, en general, deben acordarse restrictivamente, limitándolas al mínimo indispensable, evitando, dentro de lo posible, que puedan constituirse en un medio de extorsión o una traba al normal desenvolvimiento de las actividades del afectado…

3.1. La conducta procesal maliciosa

"Bonilla Roque, Beatriz Elizabeth c/ Paredes Ávila, Elmer Guillermo":[21]

> … la conducta maliciosa ha sido conceptualizada como la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto y el empleo de las facultades que la ley le otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso en contradicción con los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el dictado de la sentencia o, ya dictada, obstaculizando el cumplimiento de las obligaciones que la misma le ha impuesto (conf. Colombo, C., *Códigos…*, ed. 1969, tº I, pp.295/296, nº 6-II, ap. 1 y 2; conf. Fenochietto - Arazi, *Código…*, ed. Astrea, 1983, tº 1, p. 190, parág. 4, ap. "b"; esta Sala, causas B-61.093, reg. sent. 327/86 y B-84452, reg. sent. 25/98, e.o.). Además, **la conducta es temeraria** cuando se litiga sin razón valedera y con conciencia de la propia sinrazón (conf. Fenochietto - Arazi, ob. y tomo cit., p. 188, parág. 4, ap. "a"), con conocimiento de lo absurdo de la actuación procesal (esta Sala, causas B-41.576, sent. del 14/IX/76 y B-42.455, sent. del 22/III/77, e.o.). […] Hay aquí un uso arbitrario de las facultades procesales al haberse **actuado en contraposición con los fines del proceso, violándose los deberes de lealtad, probidad y buena fe** (esta Sala, causa citada en Morello - Sosa - Berizonce, *Códigos Procesales…*, tº II-A, p. 818, parág. 6).

3.2. Abuso del derecho. Responsabilidad

Nuestro derecho no ampara el abuso del derecho.[22] No obstante que su abordaje excede la finalidad de este trabajo, resulta insoslayable al momento de resolver los múl-

19. Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil* (trad. Santiago Sentís Melendo), citado por De Lazzari, Eduardo N., ob. cit. (cfr. nota 15).

20. Podetti, Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, p. 422. Ver también Borda, *Familia*, 4ª ed., p. 318; Salas, *Código anotado*, t. 1, 1968, p. 768, §4; Cám.Civ.Com. 1ª de La Plata, Sala 3, causas 178.856 Reg. 392/80 y 1862.650 Reg. 406/81 (*La Ley*, 1983, p. 251, fallo 82.229); CNCom., Sala C, 11/7/1983 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1983-IV).

21. Cám. 2ª Civ.Com. de La Plata, Sala III, 22/9/2005, "Bonilla Roque, Beatriz Elizabeth c/ Paredes Ávila, Elmer Guillermo s/ Cobro ejecutivo".

22. Art. 1071 CCIV: "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 conside-

tiples conflictos que la inhibición general de bienes, como medida cautelar, genera sobre todo en punto a las responsabilidades de quien solicitó la medida, afectando derechos personales y patrimoniales. Así, cabe distinguir y aplicar la tesis de la responsabilidad subjetiva, culpa del acreedor (arts. 1724 y cc., y 1737-1739 CCCN), y la tesis de la responsabilidad objetiva, que se funda y aplica a quien obtuvo la medida frente a su contrario por haberla trabado sin derecho, tanto en sus aspectos sustanciales como instrumentales, sin analizar si existió de su parte abuso, dolo, culpa o negligencia. La legislación procesal, tanto en la de la provincia de Buenos Aires (art. 208 CPCCPBA) como en la nacional (arts. 209, inc. 1, y 212 CPCCN), adoptó el criterio subjetivo.

La responsabilidad emerge cuando se demuestra que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga para obtener la medida cautelar. He ahí que deben acudir a los artículos 9 y 10 citados, indispensables para determinar la responsabilidad. La jurisprudencia confirma esa posición y, por lo tanto, la pretensión resarcitoria prosperará si se acreditan los extremos de la **responsabilidad civil extracontractual.**[23] Las resoluciones judiciales que recaen para determinar la responsabilidad acuden a los siguientes estándares: a) intención de daño; b) que no haya interés; c) si entre las opciones para ejercer el derecho se ha elegido las más dañosas para otros; d) si el perjuicio es anormal o excesivo; e) si la conducta es contraria a las buenas costumbres; f) si actúa de manera no razonable; g) que contraríe los fines de aseguramiento de la medida obtenida o que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

4. Las medidas cautelares y los principios procesales de bilateralidad e igualdad

Dice De Lázzari:[24]

> Por un imperativo de su propia naturaleza, las medidas cautelares se ordenan y cumplen sin intervención de la contraparte. De otro modo, este medio de aseguramiento advendría ineficaz […] avisado el afectado […] se encontraría en condiciones de frustrarlo […] No hay mengua del derecho constitucional de la defensa en juicio […] en la medida en que una vez que se han hecho efectivas se le notificarán personalmente o por cédula y contará con la posibilidad de recurrirlas.

---

rará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres". Art. 9 CCCN: "Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe". Art. 10 CCCN: "Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización".

23. Ver Cám.Civ.Com. 1ª de Bahía Blanca, Sala 1ª, 10/6/1980, expte. 65.933 (*DJBA*, t. 119, p. 768); CNCom., Sala C, 24/3/1988, "Marra c/ Construcciones Echeverría"; CNCom., Sala D, 15/9/1977, "Berardi c/ Frig. Gral. Rodríguez"; CNCiv., Sala A, 11/4/1989 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1990-I, p. 124); CNCom., Sala D, 27/10/1995 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1996-II, p. 484); CNCom., Sala A, 6/8/1974 (*El Derecho*, t. 57, p. 410).

24. De Lazzari, Eduardo N., ob. cit. (cfr. nota 15), p. 78.

Este autor refleja la tesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que no es requisito de la CN la audiencia previa a toda resolución no definitiva".[25]

Podemos afirmar que la tesis jurisprudencial se asienta en la sustanciación *inaudita parte*, pero también agrega que dicha unilateralidad es transitoria, dado que **posteriormente a su anotación debe ser notificada fehacientemente a la parte contra quien se ha obtenido y anotado la inhibición de bienes**, para que esta mantenga intacta la posibilidad de recurrirla. No es admisible cuestión o incidencia que detenga su efectivización.

Por lo general, no es dable supeditar la resolución de una precautoria que por esencia se sustancia *inaudita parte* al cumplimiento de recaudos que posibilitarían la injerencia del demandado y aun la posible oposición de este, desvirtuando absolutamente la finalidad de la misma.[26] También afirmamos que para restablecer la bilateralidad transitoriamente preterida, los jueces deben tener en cuenta las normativas vigentes procesales de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, garantizando el ejercicio del recurso de revocatoria contra la medida que dispuso la cautelar. Por lo general, los Códigos Procesales legislan sobre la prueba anticipada (arts. 326 y 328 CPCCN); como regla general, "si hubiese de practicarse la prueba se citará a la contraria" (art. 327 CPCCN). Cuando resulte imposible, debe designarse e intervenir un defensor oficial. Queremos advertir que en los casos de urgencia el juez puede decidir, pero la integración de la litis es referencia obligada para satisfacer las normas superiores que garantizan los derechos y garantías del debido proceso. La unilateralidad es **excepcional y transitoria**.[27]

Acreditar la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y ofrecer contracautela adecuada son presupuestos previos y necesarios para obtener una medida cautelar. Es decir, las circunstancias de hecho deben ser subsumibles en una norma de derecho que reconozca tal situación y habilite la instancia *fumus bonis iuris*. La contracautela debe ser de tal magnitud y especie que pueda receptársela.[28]

Además, para la viabilidad de la inhibición, son requisitos específicos: a) desconocimiento de la existencia de otros bienes pasibles de embargo y b) insuficiencia económica de dichos bienes. Así lo dispone la tesis del artículo 228 CPCCN, que determina que procede solo ante la imposibilidad de decretar embargo suficiente sobre el patrimonio del deudor demandado. Ello determina la relación de *subsidiaridad* de la inhibición con el embargo. Por ello, nada impide que *a posteriori* conocido que sea un bien o bienes de valor suficiente quede sin efecto la primera, dado que la inhibición además es supletoria.[29] Además de dichos caracteres, la inhibición general de

25. CSJN, 7/9/1949 (*La Ley*, t. 56, p. 459; *Fallos*, t. 213, p. 246; t. 253, p. 229; t. 243, p. 391); SC Buenos Aires (*Acuerdos y Sentencias*, 1983, t. 1, p. 654); Cám.Civ.Com. 2ª de La Plata, Sala 1, 3/6/1980, causa B 48.333.

26. Cám.Civ.Com. 1ª de Mar del Plata (*Jurisprudencia Argentina*, 1969, p. 342, nº 129).

27. Arazi, Roland y Morello, Augusto M., "Procesos urgentes", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, LexisNexis, t. 2005-I, pp. 1348-1352.

28. CNCom., Sala D, 14/8/2000, "Bank Boston National Association c/ Tejeduría Salomón Zogbi SA y otros" (*La Ley*, t. 2000-F, p. 981, AR/JUR/3399/2000). CNCont.Adm.Fed., Sala IV, 10/2/1999, "Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados" (*La Ley*, t. 1999-D, p. 377; *La Ley Online*, AR/JUR/500/1999).

29. Cám. 1ª Civ.Com. de Mar del Plata, Sala II, 18/7/1996, "Vargas, Rubén Abel c/ Lucero, Sergio Fernando y otros s/ Daños y perjuicios (art. 250 del CPC)" (*JUBA*, sumario B1401712). Cám. 1ª Civ.Com. de La Plata, Sala II, 7/11/1991, "Danilovich, Carlos c/ Guaraglia, José s/ Daños y Perjuicios" (*JUBA*, sumario B200184).

bienes tiene contenido **residual, genérico y temporario**. Ello es así porque su cesación y levantamiento proceden cuando se presenten bienes a embargo o se otorguen cauciones suficientes.[30]

5. La facilitación judicial para decretar la inhibición general de bienes. Recaudos mínimos. Unilateralidad provisoria. El debido proceso

Berizonce, Morello y Sosa[31] destacan que la inhibición procede en última instancia, luego de pasar previamente por el embargo. A tales efectos, se acreditará sumariamente la inexistencia de bienes (p. ej.: mediante informe de los registros nominativos respectivos). Con su resultado negativo, corresponderá trabar inhibición. Por su parte, De Lazzari[32] no acompaña tal posición y se manifiesta a favor de su decreto sin audiencia de la otra parte, privilegiando así la urgencia y la posible frustración en caso de anoticiarse al deudor. Agrega que los registros carecen de ficheros de propietarios.

La nómina de propietarios ha sido materia de ordenamiento y registración informatizada en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires. Su sitio web http://www.rpba.gov.ar brinda una amplia información de este registro nominativo. Es necesario advertir que dicho registro se encuentra atrasado y su "carga" en el sistema se produce a medida que se efectivizan los pedidos. A partir del nombre y apellido de una persona física o razón social de una jurídica, se pueden conocer los inmuebles que pertenecen a la persona por la que se consulta. Además, el interesado tiene la posibilidad de obtener la inscripción del dominio y consecuentemente su titularidad o también a partir de los datos catastrales, suministrando partido y partida del inmueble. Dicha información está limitada a los inmuebles que se encuentran en la provincia de Buenos Aires.[33] En las demás jurisdicciones se han organizado registros similares. Está habilitado para el conocimiento de todas las personas que tengan interés legítimo en obtener los datos referidos o sean profesionales designados en el Decreto PBA 5479/1965 (art. 21): escribanos, abogados, procuradores, ingenieros, agrimensores, síndicos actuantes en quiebras o concursos y martilleros.

No tengo conocimiento de que los juzgados, para decretar la inhibición general de bienes, requieran –como mínimo– alguno de estos recaudos como medida para mejor proveer. Se trata de un pequeño esfuerzo de gestión que hace a calificar la buena fe y lealtad procesal. Esta información no subvierte ni afecta ninguno de los dos estándares sobre los cuales se justifica la unilateralidad del procedimiento, esto es, la urgencia y la posible frustración en caso de anoticiarse al deudor. Por supuesto que la inexistencia y/o insuficiencia de bienes del deudor se puede acreditar por todos los medios de prueba, pero estas aquellas deben ser el resultado de una sustanciación en un proceso de conocimiento.

30. CNCiv., Sala I, 4/12/1990, "Yazji c/ Elliot s/ sumario" (*LexisNexis*, nº 10/4143).

31. Berizonce, R. M., Morello, A. M. y Sosa, G. L., ob. cit. (cfr. nota 7), t. III, p. 250.

32. De Lazzari, Eduardo N., ob. cit. (cfr. nota 15).

33. Es de esperar que este registro se convierta en una herramienta eficaz y útil para todos los efectos y consecuencias para la publicidad y consulta.

La tramitación *inaudita parte* debe tener como contrapartida el carácter transitorio de la unilateralidad. Los jueces, para componer y asegurar el debido proceso, **en todos los casos**, una vez acreditada la inscripción de la medida, **deben** abrirlo bajo los principios procesales de igualdad y bilateralidad, para que el inhibido tenga la oportunidad de ejercitar el derecho constitucional de la defensa en juicio. No obstante, la jurisprudencia mayoritaria entiende que la sola manifestación de que desconocen bienes es suficiente.

1. *"HSBC Bco. Roberts SA c/ Edecin SA"*:[34]

> La carencia o desconocimiento de bienes del deudor no necesita prueba alguna a los efectos de decretar la inhibición general de bienes, bastando con la sola manifestación del requirente.

2. *"Viñoles Juan Carlos c/ Banco Crédito Provincia"*:[35]

> **No es necesario que quien solicita la inhibición general de bienes lleve a cabo diligencias previas para justificar la inexistencia o insuficiencia de bienes pues ello desnaturalizaría la urgencia y sumariedad propia de las medidas cautelares**. Y los supuestos daños que pueda irrogar la medida en cuestión encuentran reparación en el ofrecimiento de bienes que puedan ser embargados, en cuyo caso justificarán el levantamiento de la inhibición.

La facilitación judicial para acceder a la inhibición general de bienes y la lentitud en la sustanciación del proceso constituyen la razón principal de la generalización de la solicitud con éxito de la medida. Luego acontece el abandono de la causa y/o quedar a la cómoda espera hasta que el deudor o presunto deudor se anoticie de la medida. Generalmente, el inhibido toma conocimiento en el mismo momento que debe realizar un acto, inscripción o registración para los que se ordenan y requieren certificados de anotaciones personales. Así, la medida cautelar registrada tiene efectos extorsivos. Con el fin de evitar daños mayores por el tiempo que pueda insumir la sustanciación del incidente, el deudor procede inmediatamente a pagar lo reclamado, aun cuando no corresponda en derecho o su monto resulte exorbitado y sin sustento legal.

6. El derecho procesal argentino. Necesidad de investigar sobre el *discovery* y la buena fe procesal

El derecho procesal argentino ha tenido un notable desarrollo y expansión gracias a sus escuelas integradas por notables juristas.[36] Sin embargo, ello no impide que deba

34. Cám.Civ.Com. 1ª de Mar del Plata, Sala I, 17/8/1999, "HSBC Bco. Roberts SA c/ Edecin SA s/ Ejecución", B1351927 (sumario oficial); también: Cám.Civ.Com. 1ª de Mar del Plata, Sala I, 11/3/2003, "Banco Río de La Plata SA c/ Sebalj, Alejandro y Ot. s/ Ejecución. Expedientillo art. 250 CPC", B1351927.

35. Cám.Civ.Com. 1ª de Mar del Plata, Sala I, 21/10/1999, "Viñoles, Juan Carlos c/ Banco Crédito Provincia s/ Cobro de pesos" (sumario oficial); también: Cám.Civ.Com. 1ª de Mar del Plata, Sala I, 5/2/2002, "Cebrián, Raúl O. c/ Grieco, Antonio Juan s/ Incidente de apelación art. 250 CPC en Cebrián, Raúl c/ Grieco, Antonio s/ Ejecución" (*JUBA*, sumario B1351977).

36. Mi sentido homenaje a la Escuela Procesal de La Plata, a los maestros Augusto Mario Morello y Roberto Berizonce, nuestro respetuoso reconocimiento. Distintos e importantes tratadistas basaron la esencia y exis-

ser actualizado con nuevas instituciones que introduzcan con eficacia el valor del principio de la buena fe procesal.

El derecho anglosajón carece de un sistema jurídico documental expresivo de la realidad social con efectos probatorios y ejecutivos, como ocurre en cambio en el ámbito del derecho greco-romano germánico. Ese déficit estructural provoca un excesivo costo, ocasionado por la alta litigiosidad, que afecta negativamente sobre todos los estándares económicos que se traducen en la medición del PBI, como ocurre en los Estados Unidos de Norte América. De ahí su necesidad visceral y existencial de haber incorporado al proceso el sistema de inmediación denominado discovery,[37] con el fin de institucionalizar los principios de la inmediación y de la buena fe en la búsqueda de la verdad procesal.

El *discovery* está integrado por un conjunto de actos procesales que tiene por objeto la obtención de información que las partes deben aportar; principalmente de carácter fáctico, para la mejor determinación de las posiciones de las partes en un determinado procedimiento judicial. Desde una perspectiva concreta en la materia de las cautelares, aun cuando estén dictadas y anotadas en el registro, la comparecencia obligatoria de las partes cumple una función equivalente a una declaración jurada; de faltar a la verdad y a la plena información o la ocultación maliciosa de pruebas o bienes, se configura un delito penal susceptible de condena. Esta última función resulta tan esencial como claramente ajena a nuestros básicos principios procesales. ¿No habrá llegado la hora de adoptarlo?

6.1. La jurisdicción voluntaria

Como principio ordenador de la labor del juez en tareas propiamente jurisdiccionales, órgano imprescindible en la resolución de la litis, debería adoptarse –como en los países del continente europeo y americano– la **jurisdicción voluntaria**. La Constitución Nacional argentina admite que la ley le encomiende la tutela de determinados derechos no contenciosos a otros órganos públicos distintos a los jurisdiccionales del Poder Judicial y/o a otros profesionales del derecho a cargo de una función pública. Constituye un deber republicano y una obligación del Estado acudir anticipada y preventivamente a la buena administración de justicia por parte del Poder Judicial, mediante la regulación de lo contencioso y la debida atención de la conflictividad y

---

tencia independiente del derecho notarial en fundamentos similares a los que notables juristas desarrollaron para asentar las simientes de un derecho procesal diferenciado e independiente del derecho civil. En otro trabajo, afirmé que "la función notarial produce la convergencia del orden, la seguridad y la paz hacia el ideal de la justicia preventiva, para legitimar las relaciones humanas –en los hechos y en los actos–, otorgándole firmeza a dicha relación jurídica, documental y autenticada. El notario es el autor del documento, no un mero intermediario entre la voluntad y el papel". ("La función notarial creadora de derecho", en AA. VV., *XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino* [trabajos presentados por la delegación argentina], La Plata, Consejo Federal del Notariado Argentino, 2011, pp. 163-200; publicado en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, nº 942, 2002, pp. 437-479).

37. El *discovery* es una de las instituciones paradigmáticas del derecho procesal de los países del *common law* y, más en particular, del derecho procesal de los Estados Unidos de América. Aunque no es exclusivo de este último país, es allí donde se encuentra indiscutiblemente arraigado hasta el punto de constituir, sin riesgo a exagerar, un elemento básico de su cultura jurídica. También fuera del ámbito anglosajón resulta, a estas alturas, poco probable encontrar a un procesalista que no lo reconozca. El *discovery* o *descubrimiento* tiene que ver con la aportación de los hechos al proceso, con la realidad que se representa ante el juez a fin de que tome una decisión sobre un determinado litigio y, por tanto, en última instancia, con la fascinante búsqueda de la verdad procesal.

la criminalidad, al amparo de otros derechos contenidos en tratados internacionales (plenamente vigentes e incorporados por la Constitución como derecho supranacional): los derechos del niño, el menor de edad y el adolescente, la incapacidad, la discapacidad y la protección de la vida, la libertad, la seguridad pública y el derecho de propiedad, la lucha contra la corrupción y el delito. Todo ello en el marco de la juridicidad, mediante el control de constitucionalidad de las leyes que nos rigen. Pero, a su vez, el Estado debe proveer a la delegación funcional para lograr la inmediatez y la seguridad jurídica en la resolución de los servicios jurídicos en el campo contencioso, informativo y registral.

El notariado no rehúye a que se instalen por ley sistemas alternativos que les posibiliten a los ciudadanos la libre elección entre diferentes regímenes procedimentales. Ellos optarán por los que mejor abastezcan sus requerimientos, pudiendo valorar en cada caso la calidad y economía de los servicios y la preservación documental que dé estabilidad a sus derechos.

Vivimos momentos trascendentales: los jueces no pueden abastecer ni atender todos los conflictos y dramas que padece nuestra sociedad, que está reclamando justicia. El Poder Judicial está desbordado. La descentralización del Estado se logra en un sistema de gobierno representativo, republicano y federal, cumpliendo con la Constitución Nacional. Habrá ley que ponga a disposición del ciudadano la tutela de sus derechos estableciendo un procedimiento alternativo para la mejor atención y resolución de los servicios jurídicos no contenciosos, con la consiguiente descongestión de juzgados y tribunales.[38]

7. Medidas cautelares trabadas unilateralmente

7.1. La potestad de AFIP

1. *"Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp SRL"*[39]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inconstitucional la normativa con la que se invistió a los funcionarios de la AFIP de la potestad de disponer y trabar unilateralmente medidas cautelares: hacer efectivos embargos, inhibiciones o

38. La Ley española 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria les confiere a los notarios las siguiente competencias: 1) celebración del matrimonio civil; 2) elaboración de acta de notoriedad para la constancia del régimen económico matrimonial en el Registro Civil; 3) de convenio de separación y divorcio cuando no haya hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente; 4) de acta de declaración de herederos ab intestato a favor de los ascendientes y descendientes, cónyuge, pareja o parientes colaterales; 5) adveración, apertura y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y otorgados en forma oral; 6) aprobación del pago en metálico de la legítima (salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes); 7) renuncia, prórroga del plazo del albacea y del contador partidor dativo, nombramiento de este y aprobación de la partición cuando no exista confirmación expresa de todos los herederos y legatarios; 8) comunicación al heredero del plazo de treinta días para que acepte o repudie la herencia; 9) repudiación de la herencia, aceptación a beneficio de inventario, derecho a deliberar, formalización del inventario; 10) ofrecimiento de pago y consignación; 11) reclamación de deudas dinerarias no contradichas; 12) subastas notariales; 13) robo, hurto, extravío o destrucción de título valor; 14) depósitos en materia mercantil y venta de los bienes depositados; 15) nombramiento de peritos en los contratos de seguro; 16) conciliación; 17) procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión.

39. CSJN, 15/6/2010, "Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp SRL s/ Ejecución fiscal" (*Fallos*, t. 333, p. 935).

cualquier otra medida cautelar sobre bienes y **cuentas del contribuyente** (Disposición AFIP 250/2010).

A través de esta norma, los funcionarios de la AFIP están obligados a solicitarle al juez de la causa, en el escrito de interposición de la demanda, que ordene la traba de "embargo general" de fondos y valores, debiendo el agente fiscal diligenciar las medidas cautelares dentro de las siguientes setenta y dos horas posteriores a la orden judicial. En el régimen anterior podían solicitar unilateralmente embargos de fondos o bienes con la obligación de informar al juez. En caso de que el embargo de fondos fuere rechazado o insuficiente, el agente fiscal podrá solicitar al juez que ordene la traba de otras medidas, priorizando la traba de embargo sobre bienes registrables, preferentemente **inmuebles**. Podrán también solicitarle al juez que ordene el embargo sobre los créditos que el contribuyente posea contra otras empresas o instituciones. Para los casos en que se desconocieren bienes susceptibles de embargo o los conocidos fueren insuficientes, el agente fiscal debe requerir al juez que ordene la **inhibición general de bienes del contribuyente**. En cuanto al levantamiento de medidas cautelares, la norma establece que deberán ser ordenadas por el juez de la causa. En tal caso, el agente fiscal prestará conformidad ante el levantamiento solicitado por el contribuyente, previa verificación del pago de las sumas reclamadas (incluyendo accesorios y costas).

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad del artículo 18, inciso 5, de la Ley 25239, que había sustituido al artículo 92 de la Ley 11683, que habilitaba a los representantes del Fisco Nacional a decretar y trabar embargos sin intervención judicial. En tal sentido, el Alto Tribunal explicó que, conforme el mecanismo implementado por dicha norma, el agente fiscal, con el solo recaudo de informar al juez asignado, podía sin más trámite y a su sola firma, **decretar el embargo** de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda fiscal, en cualquier estado del proceso, por medio de un oficio expedido por el agente fiscal. La tesis de la Corte se basa en que la norma contenía una

> … **inadmisible delegación, en cabeza del Fisco Nacional, de atribuciones que hacen a la esencia de la función judicial** […] al permitir que el agente fiscal pueda, por sí y sin necesidad de esperar siquiera la conformidad del juez, disponer embargos, inhibiciones o cualquier otra medida sobre bienes y cuentas del deudor, ha introducido una sustancial modificación del rol del magistrado en el proceso, quien pasa a ser un mero espectador que simplemente es "informado" de las medidas que una de las partes adopta sobre el patrimonio de su contraria. […] esta participación menor e irrelevante que se reserva a los jueces en los procesos de ejecución no sólo violenta los principios constitucionales de la división de poderes, sino que además desconoce los más elementales fundamentos del principio de la tutela judicial efectiva y de la defensa en juicio consagrados tanto en el art. 18 de la Constitución Nacional como en los pactos internacionales […] las disposiciones del art. 92 tampoco superan el test de constitucionalidad en su confrontación con el art. 17 de la Norma Suprema en cuanto en él se establece que la propiedad es inviolable y ningún habitante puede ser privado de ella si no es en virtud de una sentencia fundada en ley. […] no habría justificación alguna para dejar subsistentes medidas precautorias dispuestas por los funcionarios de la AFIP con posterioridad a la presente sentencia puesto que a partir de que

> esta Corte se pronuncia declarando el vicio constitucional que afecta el procedimiento previsto por la citada norma, nada obsta a que las medidas cautelares que el organismo recaudador considere necesario adoptar en lo sucesivo, sean requeridas al juez competente para entender en el proceso ejecutivo, y que sea tal magistrado quien adopte la decisión que corresponda.

Por virtud de la Disposición AFIP 250/2010, los funcionarios de la AFIP se encuentran obligados a observar el procedimiento allí previsto, determinando que todas las medidas cautelares que se dispongan requieren, para su validez, una orden judicial previa. Así, el juez podría dar cumplimiento al mandato legal que instruye trabar embargo preferentemente sobre bienes inmuebles de los demandados, requiriendo del agente fiscal, al menos, una declaración jurada sobre la inexistencia o insuficiencia de bienes registrables en base a los legajos que obran en la AFIP y el certificado del registro nominativo de propietarios que ofrecen los registros inmobiliarios.

Celebramos que así se pronunciara el Alto Tribunal, con sus contundentes argumentos, fundados en el orden jurídico genérico y sobre los cuales se funda la República, el Estado de derecho y la seguridad jurídica. Sin embargo, y lamentablemente, la cuestión se ha convertido –en los hechos– en un mero trámite con casillero privilegiado: en forma inmediata, sin cumplimiento de recaudo previo alguno, el juzgado decreta la inhibición general con formularios preimpresos. Ello es así aunque los agentes fiscales, en su mayoría, disponen de las declaraciones juradas de los contribuyentes deudores de donde surge su estado patrimonial con el anexo de los bienes registrables en forma detallada.

7.2. Las facultades de ARBA

En el marco de la audiencia citada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que concluyó con el fallo comentado precedentemente, Santiago Montoya, el entonces director ejecutivo de ARBA, apoyó la facultad de la AFIP de aplicar este tipo de medidas cautelares. El funcionario argumentó que esta práctica extrajudicial otorga "mayor dinamismo" a los reclamos por tributos y "evita el colapso" de los tribunales, indicando que trescientas noventa y tres mil causas al año se sustancian fuera de los tribunales con resultado exitoso.

En un comunicado oficial, el director ejecutivo que sucedió a Montoya, Rafael Perelmiter, dijo que

> … es importante remarcar que ARBA mantiene sus facultades para trabar embargos sobre cuentas y activos bancarios extraños a su jurisdicción siguiendo el trámite establecido por la Ley Nacional 22172. […] somos respetuosos de la Justicia, pero debe tenerse en cuenta que el Máximo Tribunal no se expidió sobre la cuestión de fondo debatida, que son los alcances del artículo 13 bis del Código Fiscal…

Para el organismo, ese artículo faculta a ARBA para

> … decretar el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o de bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda en ejecución […] [también] podrá disponer el embargo

> general de los fondos y valores de cualquier naturaleza que los ejecutados tengan depositados en las entidades financieras regidas por la Ley 21526 […] es oportuno destacar que [el fallo] no impide la facultad de continuar con la traba de medidas cautelares sobre cuentas bancarias dentro de la provincia y que tampoco se objeta la traba de tales medidas sobre dichos activos fuera de la provincia de Buenos Aires, dado que el fallo emanado por el Máximo Tribunal no cuestionó la facultad que a esta agencia le confiere la ley. […] Vamos a adoptar todas las medidas que resulten necesarias a fin de evitar que una abusiva o maliciosa interpretación del alcance de la medida cautelar por parte de los evasores cause mayores perjuicios al erario público…

Pese al pedido que le hiciera la Corte Suprema al administrador bonaerense en el sentido de que se abstuviera de trabar embargos sobre cuentas bancarias fuera de su jurisdicción, estos recaudadores se vieron sostenidos y avalados por el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, el Estado que mayor incidencia tiene en materia impositiva sobre los productores y patrimonios familiares, incorporando nuevos tributos de clara estirpe inconstitucional (por ser confiscatorios, atendiendo al volumen que los mismos alcanzan acumulativamente, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires) y por materia, tales como el impuesto inmobiliario "adicional", el de enriquecimiento gratuito y el de transmisión gratuita –entre otros–, no obstante estar percibiendo por coparticipación federal el impuesto a los bienes personales, que sustituyó al anterior. Conducta pública reprochable.

7.2.1. El Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires

Por su contenido violatorio del régimen jurídico patrio, es menester transcribir los dos artículos del Código Fiscal[40] que invisten al organismo administrativo con facultades judiciales:

> Artículo 13 (texto según Ley 14333): En cualquier momento podrá la Autoridad de Aplicación solicitar embargo preventivo, o cualquier otra medida cautelar en resguardo del crédito fiscal, por la cantidad que presumiblemente adeuden los contribuyentes o responsables. En tal circunstancia, los jueces deberán decretarla en el término de veinticuatro (24) horas sin más recaudos ni necesidad de acreditar peligro en la demora, bajo la responsabilidad del Fisco. Para la efectivización de las medidas que se ordenen, la Autoridad de Aplicación podrá, por intermedio de la Fiscalía de Estado, proponer la designación de oficiales de justicia *ad hoc*, los que actuarán con las facultades y responsabilidades de los titulares. La caducidad de las medidas cautelares, se producirá si la Autoridad de Aplicación no iniciase la ejecución fiscal transcurridos sesenta (60) días hábiles judiciales contados de la siguiente manera:
> 1. Desde la fecha de notificación al contribuyente o responsable de la denegatoria o rechazo de los recursos interpuestos contra la determinación de la deuda sujeta a cautelar.
> 2. Desde que la deuda ha sido consentida por el contribuyente o responsable, al no interponer recursos contra su determinación o liquidación administrativa, dentro de los plazos establecidos.

40. Ley 10397, t. o. Resolución ME 39/11, Anexo I.

Cuando el contribuyente o responsable cancele o regularice la deuda cautelada, o solicite la sustitución de la medida trabada, las costas serán a su cargo.

Artículo 14: La Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires estará facultada para trabar por las sumas reclamadas las medidas precautorias indicadas en el escrito de inicio del juicio de apremio o que indicare en posteriores presentaciones al Juez interviniente la Fiscalía de Estado. La Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires **podrá decretar el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o de bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda en ejecución. También podrá disponer el embargo general de los fondos y valores de cualquier naturaleza que los ejecutados tengan depositados en las entidades financieras regidas por la Ley Nº 21526. Asimismo podrá controlar su diligenciamiento y efectiva traba**. Dentro de los quince (15) días de notificada de la medida, las entidades financieras deberán informar a la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires acerca de los fondos y valores que resulten embargados, no rigiendo a tales fines el secreto que establece el artículo 39 de la Ley Nº 21526. Para los casos que se requiera desapoderamiento físico o allanamiento de domicilios deberá requerir la orden respectiva del juez competente. Asimismo, y en su caso, podrá llevar adelante la ejecución de sentencias mediante enajenación de los bienes embargados a través de subasta o concurso público. Si las medidas cautelares recayeran sobre bienes registrables o sobre cuentas bancarias del deudor, la anotación de las mismas se practicará por oficio expedido por la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires, el cual tendrá el mismo valor que una requisitoria y orden judicial. La responsabilidad por la procedencia, razonabilidad y alcance de las medidas adoptadas por la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires, quedarán sometidas a las disposiciones del artículo 1112 del Código Civil.[41]

1. *"Reciclar SA c/ ARBA"*

Voces: ARBA, medida cautelar autónoma anticipada, declaración de inconstitucionalidad, competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, facultades no delegadas, normas de carácter procesal).

La Plata, 27 de junio de 2012.

AUTOS Y VISTOS:

1. El representante de la firma "Reciclar SA" promueve una acción solicitando que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 25 y 27 de la ley 14200[42] por entender que lesionan de forma manifiestamente ilegal y arbitraria los artículos 14, 17, 18, 28, 31, 75 inc. 22, 116 y 121 de la Constitución.
Al exponer los fundamentos de su petición entiende que "la legislación impugnada avasalla las autonomías provinciales al disponer normas de naturaleza pro-

41. Art. 1112 CCIV: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título".

42. Ley Impositiva de la Provincia de Buenos Aires para el año 2011.

cesal, siendo que estas facultades no han sido delegadas al gobierno federal" (sic, fs. 21) y que viola los principios de debido proceso y defensa en juicio, así como el de razonabilidad y el de legalidad.

Entiende vulnerado por la legislación atacada su derecho a usar y disponer de su propiedad. **Solicita se dicte una medida cautelar innovativa** por la cual se suspenda la aplicación de las normas atacadas hasta tanto se dicte sentencia.

2. El titular del Juzgado de Primera instancia en lo Contencioso Administrativo Nº 1 del Departamento Judicial de La Plata resolvió declararse incompetente para entender en los presentes y remitió los autos a esta Suprema Corte (fs. 28).

3. La pretensión planteada tiene por objeto un pronunciamiento de invalidez constitucional de normas locales que disponen suspender, bajo determinadas condiciones, los artículos 39 de la Ley Nº 11490,[43] 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley Nº 11518 y modificatorias y complementarias, y la Ley 12747[44] (art. 25, ley 14200) y "establecer en cero por ciento (0 %) la alícuota del impuesto sobre los Ingresos Brutos para las actividades comprendidas en el código 921110 del Nomenclador de Actividades del impuesto sobre los Ingresos Brutos (Naiib '99), cuando las mismas se desarrollen en la Provincia de Buenos Aires, y el total de ingresos gravados, no gravados y exentos, obtenidos por el contribuyente en el período fiscal anterior no supere la suma de pesos sesenta millones –$ 60.000.000–. Cuando se trate de contribuyentes que hayan iniciado actividades durante el ejercicio fiscal en curso, quedarán comprendidos en el beneficio establecido en el párrafo anterior, siempre que el monto de ingresos gravados, no gravados y exentos obtenidos durante los dos primeros meses a partir del inicio de las mismas, no superen la suma de pesos diez millones –$ 10.000.000– (art. 27 de la ley 14.200).

Es claro, entonces, que se procura la declaración originaria de inconstitucionalidad de una ley local. Siendo ello así, **corresponde declarar que la materia objeto de la acción articulada es propia del conocimiento de esta Suprema Corte en instancia originaria** (arts. 161 inc. 1°, Const. prov. y 683 y sgtes., C.P.C. y C.; doctr. causas B. 67.769 "Bernasconi", res. 15-V-04; B. 68.030, "Bernal", res. del 13-X-04; B. 67.988 "Labastía", res. del 8-IX-04, entre otras). Por consecuencia, siendo una atribución del órgano jurisdiccional calificar el alcance de las pretensiones de las partes y determinar el régimen procesal que le es aplicable, **cabe reconducir la demanda entablada, al trámite previsto en los 683 a 688 del C.P.C. y C.** (arts. 18, C.N.; 15, Constitución de la Provincia; 34 inc 5º y 36 inc. 2º, C.P.C y C.; doct. causas B.64.229, res. de 13-IX-02; I. 67.986, res. de 6-X-04; C.S.J.N. *in re* Provincia de Santiago del Estero c/Estado Nacional", Fallos 307:1381), radicarla ante los estrados de esta Suprema Corte, en la Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo (arts. 7, 8 y doctr. art. 352 inc. 1º del C.P.C.y C.) y proceder a la recaratulación de las actuaciones (art. 34 inc. 5º ap. "b" el C.P.C. y C.). Atento a ello, confiérese al actor un plazo de diez días, para que adecue su presentación al proceso reglado en el Título IX, Capítulo I del Libro IV del C.P.C.C. –arts. 683 al 688– (doctr. causa B. 68.179 "Gobernador de la Provincia de Buenos Aires", res. del 20-IV-05). Regístrese, notifíquese y ofíciese al magistrado interviniente para su conocimiento. *Eduardo Néstor de Lázzari. Héctor Negri. Daniel Fernando Soria. Juan Carlos Hitters. Luis Esteban Genoud. Hilda Kogan. Eduardo Julio Pettigiani.*

43. Ley Impositiva de la Provincia de Buenos Aires para el año 1994.

44. Ley de Exención del Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

La empresa accionante por inconstitucionalidad aún se encuentra en "situación judicial", tal como surge del Boletín de la Agencia de Recaudación. El fallo abre un proceso propio del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en instancia originaria contra ARBA, cuando esta, en su accionar abusivo, lesiona de forma manifiestamente ilegal y arbitraria los artículos 14, 17, 18, 28, 31, 75 inciso 22, 116 y 121 de la Constitución Nacional.

8. Tres fallos recientes relacionados con AFIP

1. *"Fisco Nacional c/ Lase Group SRL"*[45]

Voces: AFIP, inhibición general de bienes, medidas cautelares, peligro en la demora, procedimiento tributario, requisitos de las medidas cautelares, verosimilitud del derecho.

Hechos: La AFIP solicitó judicialmente se decrete la inhibición general de bienes de un contribuyente. En primera instancia se rechazó el pedido. La Cámara confirmó la decisión.

Sumario:

> La inhibición general de bienes solicitada por la Administración Federal de Ingresos Públicos contra un contribuyente en los términos del art. 111 de la ley 11683 a fin de asegurar, eventualmente, el pago de sus deudas fiscales **es improcedente si el ente recaudador no ha demostrado y ni siquiera alegado la existencia de circunstancias e indicios concretos que hagan presumir la configuración de una conducta tendiente a eludir sus obligaciones tributarias, ni ha comprobado que la pretensión tributaria que intenta hacer valer se vuelva ineficaz por el mero transcurso del tiempo**.

2. *"AFIP-DGI c/ Frigorífico Regional General Las Heras SA"*[46]

Voces: AFIP, inhibición general de bienes, insolvencia, medidas cautelares, peligro en la demora, requisitos de las medidas cautelares.

Hechos: La AFIP solicitó, en los términos del artículo 111 de la Ley 11683, que se ordene la inhibición general de bienes de una sociedad, por la suma presuntamente adeudada en concepto de tributos. El juez y la Cámara, a su turno, la rechazaron.

Sumario:

> La inhibición general de bienes solicitada por la Administración Federal de Ingresos Públicos contra un contribuyente a fin de asegurar, eventualmente, el pago de sus deudas fiscales, resulta improcedente, pues no se encuentra acreditado el requisito de peligro en la demora, dado que el organismo recaudador no demostró que el deudor haya ejecutado u omitido ejecutar alguna acción que

45. CNFed. de Tucumán, 6/6/2014, "Fisco Nacional c/ Lase Group SRL s/ Inhibición general de bienes" (*La Ley Online*, AR/JUR/29901/2014).

46. CNCont.Adm.Fed., Sala I, 14/4/2015, "AFIP-DGI c/ Frigorífico Regional General Las Heras SA s/ Medida cautelar AFIP" (*La Ley Online*, AR/JUR/6534/2015).

hubiese disminuido su solvencia o comprometido de algún modo el cobro de su deuda presunta.

3. *"AFIP-DGI 30002/11 (AG 20) c/ La Nación SA"*[47]

Voces: AFIP, inhibición general de bienes, prensa, prensa escrita, rechazo del recurso, recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema, sentencia definitiva.

Hechos: La AFIP-DGI había requerido el dictado de una medida cautelar de conformidad con lo establecido en el artículo 111 de la Ley 11683, por la deuda presunta de un medio de prensa correspondiente al impuesto al valor agregado, con fundamento en la circunstancia de **haberse verificado la inexistencia de bienes registrables suficientes para cubrir el monto al que se hizo referencia**. La Cámara revocó la resolución de primera instancia y, en consecuencia, ordenó levantar la inhibición general de bienes dispuesta. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisible el recurso ordinario de apelación interpuesto.

Sumario:

La sentencia que ordenó el levantamiento de la inhibición general de bienes dispuesta por la AFIP en relación a un medio de prensa **no es la definitiva a los fines de la procedencia del recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación**, de criterio más estricto que en el regido por el art. 14 de la ley 48, por lo cual no corresponde extender a aquel supuestos de excepción admitidos en este.

9. Reseña jurisprudencial sobre medidas cautelares

1. *"R., N. E. s/ Declaración de insania"*[48]

Voces: restricciones a la capacidad, cese de inhabilitación de persona, inhabilitación de personas, inhibición general de bienes, persona humana.

Hechos: La sentencia del juez *a quo* dispuso hacer lugar a la rehabilitación judicial de la causante, que se cumplirá en forma gradual, progresiva ("ajuste razonable"), con el mantenimiento de las restricciones al ejercicio de su capacidad como medida de protección patrimonial. La asesora de menores e incapaces interpuso recurso de apelación. La Cámara modificó la sentencia y estableció, como sistema de apoyo, que el causante deberá contar con la asistencia de una persona de confianza a su elección a los efectos de disponer de bienes registrables por actos entre vivos.

Sumarios:

1. Habiéndose acreditado que la causante, si cumple con el tratamiento psicofarmacológico que se le ha indicado, puede perfectamente dirigir su persona y administrar sus bienes, pero cuando abandona su tratamiento es susceptible de

47. CSJN, 19/5/2015, "AFIP-DGI 30002/11 (AG 20) c/ La Nación SA s/ Medida cautelar AFIP" (*La Ley Online*, AR/JUR/27517/2015).

48. Cám. 2ª Civ.Com.Min.Paz y Trib. de Mendoza, 11/8/2015, "R., N. E. s/ Declaración de insania" (*Doctrina Judicial*, 9/3/2016, p. 78; *La Ley Online*, AR/JUR/44810/2015).

padecer crisis o descompensaciones psíquicas más o menos graves que la exponen a efectuar actos riesgosos para sí o para terceros, para su salud o bienes, todo según pericias efectuadas, **mantener la inhibición general de bienes que pesa sobre ella resulta demasiado gravoso y por ello corresponde encontrar una solución intermedia que armonice la máxima capacidad de ejercicio o de obrar de que la causante pueda gozar y por otro lado evite un hipotético daño patrimonial derivado de un acto de disposición efectuado en un eventual contexto de crisis o descompensación psíquica**.

2. **La inhibición general de bienes que pesa sobre la causante debe ser modificada por un sistema de apoyo** inspirado en la nueva legislación civil vigente consistente en la asistencia, por parte de una persona de confianza de la causante, cuya designación se deja por cierto librada a su elección y sujeta a la oportuna aceptación del cargo por la elegida, **para disponer de los bienes registrables de los que la causante sea titular y dicha asistencia funcionará como complemento de la voluntad de la causante, resultando ambas declaraciones de voluntad indispensables en los actos jurídicos de disposición de bienes registrables de que sea titular**.

2. *"Sica, Elena Rosario c/ Federación de Empresarios de Combustibles de la Rep. Argentina y otro/a"*[49]

En el presente fallo se invocan las tesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y se cita la más encumbrada doctrina en materia de medidas cautelares, sus elementos constitutivos y necesarios para su procedencia y su levantamiento, presupuestos que son aplicables también a la inhibición, facultades sancionatorias de las entidades civiles, debido proceso y derecho de defensa.

Lomas de Zamora, 28 de mayo de 2015.

AUTOS Y VISTOS:

Vienen estos autos a la Alzada a fin de resolver el recurso de apelación deducido por la accionante contra el pronunciamiento dictado a fs. 187 y vta., recurso que fuera interpuesto a fs. 189 y concedido por el Sr. Juez *a quo* a fs. 190.

Y CONSIDERANDO:

1º) Que, mediante presentación de fs. 174/186, compareció la accionante solicitando el dictado de una medida cautelar urgente por la que se disponga la suspensión preventiva de la decisión adoptada en la reunión de integrantes de la Comisión Directiva de la Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina en fecha 9 de abril de 2015, consistente en la sanción de expulsión de socio y remoción del cargo de presidente de la entidad, hasta tanto se resuelva el proceso principal de nulidad que habrá de promover. […] hasta que se originaron los hechos que desencadenaron en la denuncia articulada por ante la Dirección Provincial de Personas Jurídicas y en la presente demanda.

49. Cám.Civ.Com. de Lomas de Zamora, Sala I, 28/5/2015, "Sica, Elena Rosario c/ Federación de Empresarios de Combustibles de la Rep. Argentina y otro/a s/ Medidas cautelares (traba/levantamiento)" (*La Ley Online*, AR/JUR/24296/2015).

Sostuvo, en sustancia, que el conflicto en el seno de la Comisión Directiva comenzó durante los meses […] Aduce que […] dado que las reuniones se tornaron cada vez más violentas debió acudir a un escribano, quien realizó diversas actas de constatación […] Agrega que, irregularmente, se habría celebrado una reunión de comisión directiva el día 12 de marzo de 2015 en la cual se la habría sancionado violando el estatuto de la entidad. Considera nula dicha reunión, por los fundamentos que detalla. […] Añade que, seguidamente y conforme surge del acta notarial que indica […] el Sr. […] mocionó por su expulsión de la asociación, circunstancia que habría sido aprobada por unanimidad de los allí presentes. […]

2º) Que […] el Sr. Juez *a quo* desestimó la medida cautelar solicitada, argumentando que a su criterio no se hallaban configurados ni la verosimilitud del derecho ni el peligro en la demora, agregando que tampoco se había denunciado en forma clara y concreta la acción que habría de iniciarse.

3º) Contra dicha decisión se alza la recurrente, quien se agravia por el rechazo de la medida cautelar peticionada […]

4º) Que reiteradamente tiene dicho nuestro superior tribunal de justicia que la finalidad del instituto cautelar no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, motivo por el cual la procedencia de toda medida precautoria no exige de los jueces un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino verificar la verosimilitud del derecho y la existencia de peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible (cfr. CSJN, Fallos: 306:2060; 313:521; 318:2375; 314:711; íd. SCBA, LP I 73232 2 RSI-472-14 I 08/10/2014). Que las decisiones adoptadas sobre medidas cautelares tienen carácter eminentemente mutable, de manera que la resolución que recae sobre ellas de acuerdo con las particularidades de cada caso es siempre provisional, por cuyo motivo la parte interesada está legitimada para solicitar nuevamente su traba, modificación, sustitución o, incluso, su levantamiento; dependiendo de los cambios que se produzcan en las circunstancias de hecho o de derecho por las cuales fueron anteriormente decretadas o denegadas (cfr. art. 203, 230 y 232 del C.P.C.C.; Fassi - Yáñez, "Código Procesal Civil y Comercial", t. 2, pág. 64 y sus citas). A su vez, y con relación a las medidas cautelares genéricas previstas por el art. 232 del Cód. Procesal ha de decirse que quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisoriamente el cumplimiento de la sentencia. Las medidas cautelares deben acordarse siempre que al titular de un derecho subjetivo le asista un interés serio y legítimo, menoscabado por la conducta de la contraparte, aunque el caso no se encuadre específicamente dentro de los supuestos previstos por la ley adjetiva, pues así lo admite el progreso de la ciencia procesal. […] Se encuentran acreditadas también las diversas controversias materializadas por los miembros del consejo directivo de la institución –y de las cuales dan cuenta las actas notariales adjuntadas–, pujas éstas que, a la postre, culminaran con la sanción de expulsión de la actora y su remoción como presidenta de la entidad, aún mientras se hallaba en ejercicio de su mandato (vr. fs. 244/250, 251/253, 254/256, 281/286, 287/290, 291/294, 295/298). […] Que […] la expulsión de un socio […] por sí sola, torna procedente la medida cautelar solicitada, a fin de retrotraer el estado de cosas a la situación de hecho anterior al acto lesivo (art. 14 y 18 de la Constitución Nacional, y art. 15 de la Const.

Prov. de Bs. As.). En este sentido, se ha dicho que "Las asociaciones tienen facultades disciplinarias y debe respetarse lo que el ente haya resuelto […] permitido oír el descargo del afiliado, asegurándole su defensa […]" (Highton de Nolasco, CCiv., Sala F, C. F153269, autos "Izarrualde, Irma Inés c/Asoc. Femenina Metropolitana de Basquetbol s/Amparo, sent. 9/12/94"). Dentro de este marco, no debe perderse de vista que la potestad sancionatoria de una asociación debe respetar la garantía constitucional prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, esto es, que la sanción debe ser el resultado de un proceso en el cual se haya asegurado el derecho de defensa del asociado. Por supuesto, no se trata de un proceso judicial, pero sí se debe dar al sancionado la posibilidad de ser oído, de controlar la prueba en el sumario que se forme, y de ofrecer la suya, además de poder alegar lo que estime pertinente a su derecho. Tal ha sido la línea seguida por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, cuya vigencia comenzará a regir en breve y a esta altura resulta hábil como destacada doctrina a tener en cuenta, al incorporar una importante norma relativa al poder disciplinario: el asociado sólo puede ser excluido por una causa grave, siempre y cuando se respete el debido proceso y su derecho de defensa. Así, dispone el art. 180 de la nueva normativa que "Los asociados sólo pueden ser excluidos por causas graves previstas en el estatuto. El procedimiento debe asegurar el derecho de defensa del afectado. Si la decisión de exclusión es adoptada por la comisión directiva, el asociado tiene derecho a la revisión por la asamblea que debe convocarse en el menor plazo legal o estatutariamente posible. El incumplimiento de estos requisitos compromete la responsabilidad de la comisión directiva" (art. 180, nuevo Código Civil y Comercial de la Nación).

5º) Que, por otro lado, estimamos verificados en el caso tanto la verosimilitud del derecho esgrimido como el peligro en la demora […] el máximo Tribunal de la Provincia ha sostenido que la existencia de verosimilitud del derecho, presupuesto propio de toda medida cautelar, se verifica en el plano de la mera apariencia y no de la certeza (con tal alcance SCBA, I 2132 I 21-4-1998, *in re* "Carrefour Argentina S.A. c/ Municipalidad de La Plata s/ Declaración de inconst. Medida cautelar de no innovar"). En el mismo orden de ideas, sostuvo que, sea cual fuere la naturaleza del razonamiento empleado la fuerza probatoria de los hechos indiciarios depende de la mayor o menor conexión lógica que el juez encuentre entre aquéllos y el "factum" desconocido que investiga, con fundamento en las reglas generales de la experiencia o en las técnicas, según el caso. O lo que resulta igual: deviene relevante verificar el grado de probabilidad del hecho indicado en razón de su relación con los "indicios contingentes" que se han valorado en las actuaciones. Así, para que la fuerza probatoria sea eficaz, es indispensable eliminar el azar que haya podido crear una aparente conexión entre los hechos indiciarios y el investigado. Por consiguiente, a través de este medio el juez puede llevarse la certeza sobre la existencia del hecho o únicamente el concepto de una mera probabilidad o verosimilitud (SCBA, AC 74701 S 19-2-2002, *in re* "Vasta, Eduardo c/ Queremba, Gabriela s/ Daños y perjuicios"). El segundo, definido como "el peligro de que, mientras el órgano jurisdiccional realiza su tarea, la situación de hecho se altere de un modo tal que, a la postre, resulte ineficaz o tardío su mandato, expuesto a llegar cuando el daño sea irremediable" (conf. Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales comentados y anotados", Ed. Platense, 1971, t. III, p.60), debe ser juzgado de acuerdo a un juicio objetivo o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros (CSJN, Fallos: 314:711; 317:978; 319:1325; 321:695, 2278; 323:337, 1849; 326: 1999, 3658). Sobre esta base, es claro que el tiempo que previsiblemente in-

sumiría arribar a una sentencia definitiva en la futura acción de nulidad, o en su caso, esperar a una decisión de la instancia revisora de la propia entidad, sin duda ocasionaría a la actora un gravamen de muy difícil reparación ulterior, en tanto llegaría a esa instancia no sólo desplazada de su condición de socia, sino también del cargo para el cual ha sido electa por los miembros de la entidad.
6º) Que, como también fuera adelantado en los puntos que anteceden y según las más tradicionales caracterizaciones doctrinarias, la esencia de las medidas cautelares es su provisionalidad. Esto significa que siempre la medida se extingue ante la decisión cognitiva de fondo de la decisión final administrativa. Se trata en todos los casos de resoluciones jurisdiccionales precarias, nunca definitivas. Que, a fin de asegurar la provisionalidad de la medida e impedir una eventual prolongación de los trámites que necesariamente conlleve la sustanciación del proceso principal –o en su caso los internos que podrían llevar a cabo los órganos de la propia institución– es que entiende necesario el tribunal fijar un plazo razonable de duración de la misma; el que se estima en esta instancia liminar en seis (6) meses, contados a partir de la concreta efectivización de la medida. Dicho plazo, podrá ser dejado sin efecto o prorrogado por la jurisdicción, según el desarrollo de los acontecimientos y las particularidades concretas de los procesos que tramiten las partes (cfr. CSJN, "Grupo Clarín S.A. y otros s/ Medidas cautelares. Recurso de hecho").

Por ello, por los fundamento hasta aquí vertidos, el tribunal RESUELVE:

i) Revocar la resolución apelada, admitiéndose consecuentemente la medida cautelar solicitada por la recurrente, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la concreta efectivización de la medida (arts. 230 y 232 del C.P.C.C.).
ii) Previa caución juratoria que deberá prestarse en la instancia de grado, disponer el libramiento de los instrumentos pertinentes (en su caso, en los términos de la ley 22.172) a fin de reponer a la recurrente en posesión del cargo del que fuera desplazada y restituir su condición de socia de la entidad (arts. 198 y 199 del C.P.C.C.) […]. *Javier Alejandro Rodiño. Carlos Ricardo Igoldi. Presidente. Vocal. Nicolás Raggio. Secretario.*

3. *"R., A. c/ V., N. M. s/ Medidas precautorias"*[50]

Voces: acción societaria, accionista, contrato, embargo preventivo, inhibición general de bienes, medidas cautelares, procedencia de la medida cautelar, requisitos de las medidas cautelares, requisitos del embargo, sociedad comercial, terceros.

Hechos: El actor solicitó el dictado de un embargo de las acciones pertenecientes al demandado en determinadas sociedades como así también la inhibición general de sus bienes. A la vez requirió que se decretaran ciertas medidas respecto de dichas personas jurídicas. La sentencia no les hizo lugar. La Cámara admitió solo la primera cautelar solicitada.

Sumarios:

1. El embargo requerido sobre las acciones que el demandado posee en determinadas sociedades debe admitirse, pues los convenios acompañados por el accionante, cuyo cumplimiento pretende garantizar, confieren suficiente verosi-

50. CNCiv., Sala A, 10/11/2014, "R., A. c/ V., N. M. s/ Medidas precautorias" (*La Ley Online*, AR/JUR/59293/2014).

militud a dicha pretensión, mientras que el peligro en la demora surge de la restante documental acompañada.
2. **La inhibición general de bienes no resulta pertinente, atento su carácter subsidiario**, si previamente fue decretado un embargo cuya insuficiencia no se encuentra acreditada.
3. Las medidas cautelares solicitadas respecto de sociedades de las que el demandado es accionista es improcedente, toda vez que dichas entidades serían terceros en lo que se refiere a la vinculación entre las partes.

4. *"Monsanto Argentina SAIC c/ Plate, Ricardo Daniel"*[51]

Voces: comercialización de granos, inhibición general de bienes, medidas cautelares, requisitos de las medidas cautelares.

Hechos: El ejecutante apeló la decisión del *a quo* que le ordenó ajustar su pretensión respecto de la medida de inhibición general de bienes y fundarla en derecho. La Cámara desestimó la apelación subsidiaria.

Sumario:

La medida de inhibición general de bienes solicitada a través de la comunicación a un organismo fiscal para desautorizar una venta de granos extralimita la naturaleza y función del instituto y no puede prosperar, ya que solo está prevista respecto de bienes inmuebles, muebles registrables y derechos reales sobre ellos; no es una medida contra la persona, sino una limitación de la facultad de disponer ciertos bienes.

5. *"Monsanto Argentina SAIC c/ Colombi, Saúl Alfredo"*[52]

Voces: carta de porte, inhibición general de bienes, levantamiento de medidas cautelares, medidas cautelares.

Hechos: El ejecutado apeló la inhibición general de bienes decretada en una ejecución de laudo arbitral a los fines de que el Registro de Operadores de Compra y Venta de Granos y Legumbres Secas se abstuviera de autorizar la emisión de cartas de porte. La Cámara rechazó la apelación.

Sumario:

El levantamiento de la inhibición general de bienes decretada a los fines de que el Registro de Operadores de Compra y Venta de Granos y Legumbres Secas se abstenga de autorizar la emisión de cartas de porte debe rechazarse, pues el ejecutado no ofreció alguna otra medida alternativa, bienes u otro valor liquidable, que otorgue al acreedor garantía suficiente en pos de percibir el monto reconocido por el laudo arbitral cuya ejecución pretende.

51. CNCom., Sala B, 23/10/2014, "Monsanto Argentina SAIC c/ Plate, Ricardo Daniel s/ Ejecutivo" (*La Ley*, t. 2015-C, p. 400; *La Ley Online*, AR/JUR/67558/2014).

52. CNCiv., Sala D, 10/3/2015, "Monsanto Argentina SAIC c/ Colombi, Saúl Alfredo s/ Ejecutivo" (*La Ley*, t. 2015-C, p. 398; *Doctrina Judicial*, 26/8/2015, p. 83, y 2/9/2015, p. 74; *La Ley Online*, AR/JUR/1718/2015).

6. *"Patrimonio en Liquidación Banade c/ D., D. y otro"*[53]

Voces: competencia, crédito concursal, inhibición general de bienes, juez de la quiebra, proceso de ejecución, quiebra, rehabilitación del fallido.

Hechos: En un proceso ejecutivo intentado respecto de un crédito preconcursal contra el fallido rehabilitado, la sentencia denegó el pedido de levantamiento de la inhibición general de bienes solicitado por el demandado. Apelado el decisorio, la Cámara lo confirmó y resolvió oficiar al juez de la quiebra a fin de que tome conocimiento de las actuaciones.

Sumario:

En un proceso de ejecución intentado respecto de un crédito preconcursal contra el fallido rehabilitado, cabe denegar el pedido de levantamiento de la inhibición general de bienes solicitado por el demandado y oficiar al juez de la quiebra a fin de que tome conocimiento de las actuaciones, ello habida cuenta de que aquel fue rehabilitado en forma automática por el mero transcurso del tiempo y que la decisión sobre los efectos de la rehabilitación corresponde a ese magistrado.

7. *"Orizon SA s/ quiebra"*[54]

Voces: acto impulsorio, caducidad de instancia, inhibición general de bienes.

Sumario:

Las diligencias vinculadas a la adopción y traba de una inhibición general de bienes no tienden al impulso del trámite del proceso en los términos del art. 311 del Cód. Proc. Civil, pues no es trámite esencial de la acción, sino que constituye solo una garantía establecida por la ley a favor del acreedor, de la que este puede prescindir para hacerla efectiva con posterioridad en orden al cumplimiento de la sentencia.

8. *"Banco Francés SA c/ Ullua, María Cecilia"*[55]

Voces: constitucionalidad, inembargabilidad de bienes, régimen de afectación de la vivienda.

53. CNCiv.Com. Federal, Sala I, 9/4/2014, "Patrimonio en Liquidación Banade c/ D., D. y otro s/ Proceso de ejecución" (*La Ley Online*, AR/JUR/23551/2014).

54. CNCom., Sala E, 10/7/2014, "Orizon SA s/ Quiebra (incidente de extensión de quiebra)" (*La Ley Online*, AR/JUR/49584/2014).

55. Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala II, 31/10/2013, "Banco Francés SA c/ Ullua, María Cecilia s/ Ejecución" (*La Ley Buenos Aires*, 2014 [abril], p. 335; *La Ley Online*, AR/JUR/71974/2013). Al respecto, cfr. Gasparini, Juan A., "Ejecución de la vivienda única. Régimen legal de la provincia de Buenos Aires", en *La Ley Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2015 (febrero), p. 1; y en *Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2015 (mayo), p. 164: "La ley provincial 14432 resulta constitucional a la luz de los parámetros internacionales, dado que, asumida la responsabilidad internacional del Estado argentino, éste debe garantizar el progresivo ejercicio de los derechos humanos, evitando eludir la aplicación de una ley por cuestiones de competencia legislativa, máxime cuando la provincia de Buenos Aires también ha reconocido en su máximo nivel normativo el derecho de acceso a una vivienda digna, encontrándose, en consecuencia, obligada a adoptar las medidas necesarias para que tal declaración no se torne ilusoria y siendo de fundamental importancia para la solución que se propicia que el sistema de tutela automática local es el que mejor se adecua a dicho cometido,

Sumario:

Si no existe una ley nacional que disponga la inembargabilidad e inejecutabilidad de todo inmueble destinado a vivienda única y de ocupación permanente de manera automática como la hace la ley provincial 14.432, ésta deviene en inconstitucional por tratarse de una materia delegada en los términos del art. 75 inc. 12 de la ley fundamental.

10. Alcances de la inhibición general de bienes. Jurisprudencia

10.1. Anotación registral

Debe anotarse en cada una de las reparticiones estatales que cumplan las funciones de registro con relación a ciertos bienes para que tenga efecto sobre ellos: "… para su efectividad es menester inscribirla en cada uno de los registros correspondientes".[56]

10.2. Disminución patrimonial. Incorporación patrimonial. La incapacidad

Es una medida que impide la disminución patrimonial, pero no es un obstáculo para que se inscriban bienes a nombre del inhibido: "… nada podría impedírselo ya que lo buscado por la medida es evitar la reducción patrimonial y no, por el contrario, su incremento". Afectando solo los actos de disposición sobre bienes registrables, la inhibición "no genera una incapacidad sustancial".[57] Este aspecto debe ser resaltado, pues implica el más valioso punto de apoyo en la interpretación de la medida.

10.3. Cautelar subsidiaria

"Raimondi SAF y De Riv. Lavalle 714 SA. y otros"[58]

Voces: cautelar subsidiaria, genérica en ausencia o insuficiencia de bienes registrables; el concurso y la quiebra y la totalidad de los bienes del deudor.

La inhibición general de bienes se encuentra reglada en el rito como remedio subsidiario del embargo, desde que sólo procede cuando éste no puede hacerse efectivo, ya sea por inexistencia o por no conocerse bienes del deudor, o por resultar éstos insuficientes.

Se ordena en defecto de bienes o ante la insuficiencia de los mismos para cubrir las acreencias (art. 481 CPCC Córdoba). En el proceso concursal, la inhibición es la

---

porque deviene connatural a la nueva estructura familiar, haciendo primar el interés del grupo por sobre la iniciativa del titular del dominio". [N. del E.: cfr. también Taiana de Brandi, Nelly A., "Inconstitucionalidad de la Ley 14432 de la provincia de Buenos Aires, reglamentada por Decreto 547/2013", en *Revista del Notariado,* Nº 917, 2015].

56. Vénica, Oscar H., *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba. Concordado, comentado y anotado*, t. IV, Córdoba, Marcos Lerner Editora, 2001, p. 441.

57. Camps, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado, comentado, concordado*, Buenos Aires, LexisNexis - Depalma, 2004.

58. CNCiv., Sala F, 14/12/2001, "Raimondi SAF y De Riv. Lavalle 714 SA. y otros".

medida cautelar por excelencia. La ley establece que uno de los requisitos que debe contener la sentencia de apertura del concurso o quiebra es la orden de anotar la inhibición en los registros pertinentes (arts. 14, inc. 7, y 88, inc. 2, Ley de Concursos y Quiebras [LCQ]), abarcando la totalidad de los bienes del deudor.[59]

Favier Dubois y Spagnolo[60] determinan como fin del concurso preventivo

> … preservar la actividad empresarial con la mayor normalidad que sea razonablemente dentro de las especiales circunstancias que todo concurso preventivo supone. El logro de ese objetivo central se alinea a tutelar una pluralidad de intereses…

Los autores categorizan las medidas cautelares concursales en típicas y no tipificadas, en tanto contempladas o no en la ley, con fundamento en las facultades del juez concursal y dejando a salvo la materia procesal de los ordenamientos locales. Tratan casos jurisprudenciales como la medida de no innovar sobre la cuota Hilton y también de la cuota USA, trayendo la diferencia de criterios entre la Cámara Comercial y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Asimismo, analizan la posibilidad cautelar de suspender la ejecución de un fideicomiso de garantía frente al concurso del deudor-fiduciante y hasta tanto se verifique la obligación principal.

Con respecto a los títulos de crédito, el artículo de Favier Dubois y Spagnolo abarca las medidas cautelares sobre cheques diferidos librados por la deudora con anterioridad a la fecha de la presentación concursal y que sean presentados al cobro al banco girado posteriormente, en el lapso comprendido entre la fecha de la presentación y el auto de apertura del concurso preventivo.

Los autores hacen una correcta interpretación de los alcances del instituto cautelar: en toda restricción a la libertad de comerciar siempre está en juego el derecho constitucional de trabajar y ejercer toda industria lícita. Constituye un aporte extraordinario para hacer efectiva la admisibilidad de la medida cautelar, sin perjudicar la actividad que le permita a la empresa su continuidad productiva.

11. Aportes societarios. Los interdictos. Los fallidos y administradores

La inhibición no constituye óbice para que una persona pueda constituir sociedad. No es una medida de repercusión personal, sino que afecta aquellos actos de disposición que se pretendan realizar sobre bienes registrables (art. 30, inc. a, Ley 17801, se anota en el registro de anotaciones personales única técnica de hacer efectiva una medida procesal de carácter general). Aunque no es objetivo del presente trabajo tratar en profundidad el tema de la capacidad para constituir una sociedad, hay que

59. Junyent Bas, Francisco y Musso, Carolina, *Las medidas cautelares en los procesos concursales*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 18. Resolución general 32/1999 del Registro General de la Provincia de Córdoba, "Inhibiciones e inhibiciones de fallidos": Texto sugerido: "Resuelvo: Art. 1: Disponer que la anotación de la inhibición general de bienes del deudor ordenada en procesos concursales e inhabilitación del fallido, no están sujetas a término alguno de caducidad automática y sólo podrán ser removidas o canceladas por orden judicial expresa".

60. Favier Dubois, Eduardo M. (h) y Spagnolo, Lucía, "Las medidas cautelares en el concurso preventivo para asegurar la continuidad de la empresa" [online], [en web de los autores], Buenos Aires, 2014 [http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/concursos-y-quiebras/las-medidas-cautelares-en-el-concurso-preventivo-para-asegurar-la-continuidad-de-la-empresa/].

destacar que dicha habilidad se extiende a quienes, según las leyes comunes, tienen la libre administración de su patrimonio (art. 9, CCOM).[61]

Los interdictos por condena superior a tres años y los fallidos y los administradores de una persona jurídica declarada en falencia se encuentran incapacitados para formar sociedad.[62] Si bien respecto del concursado preventivamente se traba la inhibición general de bienes, este podría concurrir a la formación de la sociedad a través del aporte de bienes no registrables (en este sentido, ver el precedente "Los Álamos SRL", que revocó la denegación de inscripción de una sociedad formada por concursados[63]). Sin embargo, en esa situación entrarían en conflicto los artículos 15 y 16 LCQ, sin perjuicio de que en una eventual declaración de quiebra jueguen otros artículos que tienden a la protección de la integridad patrimonial de quien se encuentra en estado de cesación de pagos.

Esta situación fáctica no se da respecto del inhibido, quien no ve afectada su capacidad negocial, salvo respecto de actos de disposición sobre bienes registrables donde se asentó la medida.

1. *"Mirazzo, Lorenzo y otros c/ Lincoln Televisora Color Canal 5"*[64]

El aporte es la principal obligación que posee quien concurre a participar en un negocio societario. Sin aportes no puede haber socios ni, por ende, sociedad, pues esta es onerosa por naturaleza. Los aportes pueden transferirse a la sociedad en propiedad o en uso y goce y pueden efectuarse en el acto constitutivo o durante el desarrollo societario, en integración única, sucesiva o gradual. También pueden consistir en obligaciones de dar o hacer y traducirse en dinero, muebles o inmuebles, patentes y marcas, trabajo personal (arts. 38 y ss. Ley 19550 [LGS]), beneficios de operaciones ya realizadas (art. 1651 CCIV) o, en general, en otros bienes o derechos apreciables en dinero.

2. *"Louit, Rodolfo E. c/ Favelevic, Alejandro"*[65]

No se concibe el contrato de sociedad sin aportes de los socios, los que pueden consistir en bienes, trabajo o ambas cosas a la vez. Puede tratarse de una obligación de dar o de hacer. Respecto de una persona inhibida, el acto de disposición de bienes para la formación de la sociedad puede tratarse de obligaciones de dar cuya prestación consista en bienes muebles no registrables o de obligaciones de hacer. Pero se deben admitir los aportes de bienes registrables cuando en los respectivos registros públicos no figure anotada la medida cautelar.

61. Ver Villegas, Carlos G., *Derecho de las sociedades comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 131.

62. Di Tullio, José, "Nuevo sistema sancionatorio de la quiebra", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, nº 11, 1996, pp. 55-78.

63. Cám.Civ.Com. Familia y Cont.Adm. de Villa María, 22/11/2005, "Los Álamos SRL".

64. Cám.Civ.Com. de Junín, 13/8/1986, "Mirazzo, Lorenzo y otros c/ Lincoln Televisora Color, Canal 5" (*El Derecho*, t. 121, p. 508).

65. CNCiv., Sala D, 4/5/1961, "Louit, Rodolfo E. c/ Favelevic, Alejandro" (*La Ley*, t. 103, p. 399).

11.1. La inscripción del aporte

El artículo 38 de la Ley 19550 dispone: "Cuando para la transferencia del aporte se requiera la inscripción en un Registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación". Aun cuando la exposición de motivos de la ley expresara, al referirse al artículo 38: "… en el que además se soluciona el problema de la inscripción preventiva de los bienes registrales durante el proceso de constitución" y el erróneo aconceptualismo jurídico de las mal llamadas sociedades en formación.[66]

Una persona inhibida no podrá aportar un bien registrable a una sociedad, pues tal acto chocaría con el requisito que la ley impone. Al informar el registro competente la medida cautelar que pesa sobre el socio, el aporte a la sociedad devendría imposible, salvo que se sustituya la inhibición por embargo o caución suficiente.

11.2. Del patrimonio directo a la participación negocial

El acto de disposición que una persona realiza hacia la sociedad con los aportes comprometidos, si bien implica disminución patrimonial directa y cambio de titularidad de los bienes sobre los que recae, se transforma en participación en el negocio asociativo. Y sobre tal participación (cuotas o acciones) los acreedores pueden solicitar la anotación de otras medidas cautelares o bien liquidarlas coactivamente para satisfacer sus acreencias (arts. 57, 153 y 193 LGS).

11.3. La calificación registral mercantil

Las facultades del registrador comercial para el control y/o calificación del cumplimiento de los requisitos legales en la constitución o modificación de las sociedades

66. Aconsejo analizar los valiosos aportes doctrinarios abastecidos sobre esta materia por los juristas Benseñor y Carminio Castagno, dado que el tema excede el motivo de este trabajo. Ver la tesis completa y correcta del art. 38 LSC y los efectos de su inscripción en Benseñor, Norberto R., "Aporte de bienes registrables a sociedades. Negociación de los aportes. Cuestiones registrales", en *Revista del Notariado*, Nº 860, 2000, pp. 45-73: "La aportación de un bien registrable a una sociedad en formación determina la realización de un negocio traslativo, completo, por parte del aportante a favor de dicha sociedad. La integración del capital de una sociedad en formación con bienes registrables implica una verdadera transmisión de dominio a título de aporte a favor de esta entidad, que lo adquiere antes de operar su inscripción en el Registro Mercantil. En tal sentido, la locución «ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación», utilizada por el artículo 38 de la ley 19550, debe ser entendida como «ésta se hará originariamente a nombre de la sociedad en formación». La transmisión debe operarse utilizando el documento idóneo para ello, con cumplimiento de todos los recaudos impuestos por las leyes de acuerdo con la naturaleza propia de los bienes. Tratándose de bienes inmuebles, debe acudirse a la aportación por escritura pública, no pudiendo prescindirse de la tradición. Registralmente debe practicarse en todos los casos una inscripción definitiva a nombre de la sociedad en formación, sustituyendo la titularidad del aportante por la de la sociedad. Este asiento, por su propia naturaleza, no está sujeto a duración ni condicionalidad de ninguna especie. Debe excluirse todo régimen basado en inscripciones provisionales, notas marginales o anotaciones preventivas. La rogación del asiento registral respectivo puede ser solicitada por el notario interviniente, por el socio aportante, por el órgano de representación de la sociedad en formación y por quien acredite interés legítimo en asegurar el derecho que se ha de registrar (art. 6 de la ley 17801), sin ser necesarias la intervención judicial, registral o de la autoridad administrativa de control. Operada la inscripción regular de la sociedad, sólo cabe anoticiar al registro dominial de esta circunstancia, siendo suficiente para ello reingresar el documento ya inscripto, de acuerdo con el artículo 38 de la ley 19550, con una rogatoria o minuta con el único objeto de que se consigne en el asiento la inscripción de la sociedad en sede mercantil y se deje constancia de ello en el título (art. 28 de la ley 17801)". Ver la correcta doctrina societaria y los efectos definitivos de la inscripción en Carminio Castagno, José C., "La anotación prevista en el artículo 38 de la Ley 19550" [s. e.], 1979 (trabajo presentado en el III Congreso Nacional de Derecho Registral [Mar del Plata, 1979]).

no deben exceder los límites de la prudencia en el ejercicio de su poder de policía. La inhibición no es una incapacidad, por lo que no podrá negar la toma de razón del contrato constitutivo de sociedad en el que uno de sus socios se encuentre inhibido.

11.4. Efectos jurídicos. No afecta a la persona sino a los bienes

1. *"Don Santiago SRL"*:[67]

> … la inhibición general de bienes tiene efectos jurídicos concretos (impide enajenar o gravar), solamente ciertos bienes de la persona inhibida (inmuebles y muebles registrables) y no sobre todo su patrimonio, quedando excluidos todos aquellos bienes que no cuentan con una forma específica de registración.

2. *"Portabella, Oscar s/ Denuncia"*:[68]

> … en la provincia de Mendoza y en la mayoría de los ordenamientos procesales del país, la inhibición, a diferencia del embargo, impide los actos de disposición sobre bienes registrables; en otros términos, produce una prohibición de transferir, modificar o gravar dichos bienes…

3. *Resolución general 22/1988 del Registro General del Gobierno de la Provincia de Córdoba (vistos)*:

> La inhibición es una medida precautoria que no afecta a la persona ni a los bienes sino a la capacidad de disposición de la persona con relación a determinados bienes…

11.5. Certificados registrales

El artículo 23 de la Ley 17801 establece que para la transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles se requiere certificación del estado jurídico de las personas.

11.6. Fuga registral

"Menkab SA c/ Buenos Aires, Provincia de y otros":[69]

> Es responsable la provincia demandada si, no obstante la inhibición general de bienes que pesaba sobre la vendedora, se procedió a la venta del inmueble, expidiéndose títulos perfectos y ello fue posible porque el certificado de inhibiciones indicó que no pesaban sobre la titular del dominio impedimentos ni restricciones para la transmisión.

67. Cám.Civ.Com. Familia y Cont.Adm. de Villa María, 29/10/2003, "Don Santiago SRL" (*La Ley Cuyo*, 2004 [octubre], p. 887; *La Ley Online* AR/JUR/5925/2003).

68. SC Mendoza, Sala III, 26/10/1992, "Portabella, Oscar s/ Denuncia" (*La Ley*, t. 1993-B, p. 172, y *Doctrina Judicial*, t. 1993-1, p. 817; *Jurisprudencia Argentina*, t. 1993-II, p. 658).

69. CSJN, 5/10/1995, "Menkab SA c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Daños y perjuicios" (*Fallos*, t. 318, p. 1800, sumario oficial).

En contra, opinan Leguizamón y Wetzler Malbrán sobre la efectividad de la medida:[70]

> Por ello, opinamos que la inhibición general, jurídicamente, no sólo afecta a las cosas inmuebles y muebles registrables, sino también a todo tipo de bienes cuya enajenación por parte del deudor pueda ser evitada; el problema radica, entonces, en la forma práctica de hacer efectiva la medida…

11.7. Extensión al sistema financiero

"Sant Anna, Joaquín c/ Inter Freight SRL":[71]

> Es inadmisible la traba de una inhibición general de bienes incluyendo una anotación sobre la misma en las circulares que el Banco Central dirige a los demás integrantes del circuito, pues ello implicaría extender esta medida a todos los fondos de cualquier naturaleza que la demandada tenga en esas instituciones, ya sea en sus casas centrales, sucursales o agencias, produciéndose así una inhibición general para operar en el sistema financiero que no aparece respaldada por normativa específica alguna.

11.8. Extralimitación de su naturaleza

"La Argentina Caja de Crédito Coop. Ltda. c/ Agropecuaria El Trébol SA":[72]

> Por tanto, teniendo en cuenta la laxitud y generalidad con que se solicita la medida (dirigida a un universo virtualmente indefinido de entidades en las que hipotéticamente podría poseer fondos el accionado) ésta extralimitaría su naturaleza y función, pudiendo generar perjuicios desproporcionados en relación con el legítimo interés del pretensor.

11.9. Derecho deportivo

"Meske, Hernán c/ Club Deportivo Español de Buenos Aires":[73]

> Resulta improcedente la medida cautelar consistente en un pedido de inhibición de un club deportivo para vender, prestar u otorgar autorización para que cualquiera de los jugadores profesionales o "amateurs" registrados en la accionada, puedan ser transferidos o dejados en libertad de acción. Ello, pues acceder a la prohibición requerida importaría un avance improcedente sobre derechos de terceros –los jugadores–, que podrían ver restringida su posibilidad de contratación laboral por causa ajena a su ámbito de responsabilidad.

70. Leguizamón, Héctor y Wetzler Malbrán, Alfredo R., "Inhibición general de bienes. Anotación de litis", en Palma, Jorge E. y Serantes Peña, Oscar E. (dirs.), *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 78 (colección "Práctica procesal civil y comercial", t. 1).

71. CNCom., Sala A, 16/2/1998, "Sant Anna, Joaquín c/ Inter Freight SRL" (*La Ley*, t. 2000-A, p. 571, y *La Ley Online*, AR/JUR/1629/1998, sumario).

72. CNCom., Sala B, 18/4/2001, "La Argentina Caja de Crédito Coop. Ltda. c/ Agropecuaria El Trébol SA" (*elDial.com*, AA80F).

73. CNCom., Sala B, 16/9/1998, "Meske, Hernán c/ Club Deportivo Español de Buenos Aires s/ Medida precautoria" (sumario oficial).

12. Cesión de derechos hereditarios

El Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994) trata el tema en el título III del libro V (arts. 2302-2309). El artículo 2302 CCCN determina los efectos en los siguientes términos:

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

La norma es producto de la jurisprudencia.

> *"Finning Argentina SA c/ J. A. G. R. y otro"*:[74]
>
> VISTOS:
>
> 1. Apelaron quienes se presentaran como cesionarios de todos los derechos hereditarios del codemandado […] la resolución de fs. 181/182, mediante la cual el Sr. Juez de Grado desestimó el levantamiento de la inhibición general de bienes trabada en autos sobre aquel, con costas a su cargo (fs.193). […]
> 2. Cabe recordar que el Fallo Plenario dictado por la Cámara Civil en autos "Díscoli, Alberto T. s/ sucesión", del 24/12/1979 (LL 1980-A, pág. 327; ED 117-311) exigía la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble para que la cesión de derechos hereditarios que comprenda inmuebles sea oponible a terceros interesados. Sin embargo, tal precedente ha sido dejado sin efecto por entenderse que quedó sin sustento normativo al ser derogada la Ley 17417 por la Ley 22231. Así, el único procedimiento válido para otorgar publicidad al acto de cesión de derechos hereditarios y tornarlos oponibles a los terceros es la presentación en el sucesorio del respectivo instrumento (cfr. CNCivil, Sala M, Expte. N° 221352; Sumario N° 15997 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°12/2004; ídem Sala E, "Mazzarella c/ Chamorros/ Suc." del 02/05/89; íd. Sala B, 28/05/87; íd. Sala G, 09/11/1983, publicado en *El Derecho* tomo 108-56. Ídem Sala G, R.14758 del 22/07/85; Sala M, "Arvas Fernando c/ Trabado Rufina s/ Sucesión" del 21/05/2004 - Nro. Exp.: R.399876; CNCom, esta Sala, 4.10.2011, *mutatis mutandi*, "Sucesión de Giardini Hugo Aníbal s/ pedido de quiebra por Compañía Argentina de Seguros Anta SA").
> 3. Desde esta óptica entonces, el carácter consensual de la cesión de derechos hereditarios determina que la transmisión se opere, entre partes, con la sola escritura. En cambio, frente a terceros, es necesario un mecanismo de publicidad que reemplace a lo que en materia de cesión de créditos constituye la notificación al deudor cedido. Esta publicidad se logra con la presentación del testimonio de escritura pública en el expediente sucesorio. Es que, en materia de cesión de derechos hereditarios por no existir el "deudor cedido" a quien notificar, la notificación se cumple con la presentación de la escritura en el juicio universal

74. CNCom., Sala F, 6/5/2014, "Finning Argentina SA c/ J. A. G. R. y otro s/ Ejecutivo" (*La Ley*, t. 2014-E, p. 291; *Doctrina Judicial*, 19/11/2014, p. 82; *La Ley Online*, AR/JUR/18068/2014).

> (cfr. CNCiv, "Gazzaniga Carlos Alberto s/suc. *ab intestato* y Urbieta Josefina s/ sucesión testamentaria", del 27/09/1994; íd. sala M, 10/12/2002, "Kaliman Raquel c/ Bromberg Jacobo s/sucesión"). En el *sub lite*, **al haberse trabado la inhibición general de bienes del mencionado codemandado** en fecha 17/01/2012 (fs. 173), esto es, **con anterioridad a la presentación en el juicio sucesorio del testimonio de la escritura de cesión de acciones y derechos hereditarios a favor de los recurrentes** (que data del 20.05.2012; v. fs. 154/156), **el aquí actor tiene preferencia sobre los cesionarios, por más que su escritura sea de fecha anterior a la medida precautoria**. Ello así, en tanto –como se dijo– con la sola presentación en el expediente civil, dicho instrumento de cesión adquiere efectos contra terceros y les es oponible.
> 4. En razón de ello, se resuelve: desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar el decisorio atacado…

En el Seminario de la Academia Nacional del Notariado de junio de 2014, Dodda –prestigiosa doctrinaria de consulta necesaria en materia registral– determinó una posición confirmatoria de lo expuesto y aconseja seguir una técnica determinada:[75]

> … se generó jurisprudencia con relación a la preferencia entre la publicidad registral y la publicidad en el expediente dando prioridad a una u otra. En el año 1979 un fallo plenario [CNCiv., en pleno, 24/12/1979, "Díscoli Alberto T. s/ Sucesión" {*La Ley*, t. 1980-A, p. 327; *El Derecho*, t. 117, p. 311}] exigía la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble para que la cesión de derechos hereditarios que comprenden inmuebles sea oponible a terceros interesados. Un reciente fallo del 6 de mayo de 2014 de la Cámara Nacional Comercial Sala F [CNCom., 6/5/2014, "Finning Argentina SA c/ J. A. G. R. y otro s/ Ejecutivo" {*elDial.com*, 26/5/2014}], ratificando copiosa jurisprudencia establece que, "el único procedimiento válido para otorgar publicidad al acto de cesión de derechos hereditarios y tornarlos oponibles a los terceros es la presentación en el sucesorio del respectivo instrumento […] el carácter consensual de la cesión de derechos hereditarios determina que la transmisión se opere, entre partes, con la sola escritura. En cambio, frente a terceros, es necesario un mecanismo de publicidad que reemplace a lo que en materia de cesión de créditos constituye la notificación al deudor cedido. Esta publicidad se logra con la presentación del testimonio de escritura de cesión en el expediente sucesorio". Concuerdo con este fallo respecto a que la publicidad de las cesiones debe realizarse en el expediente sucesorio donde los terceros podrán informarse de las mismas y el juez ordenar la inscripción conjuntamente con la DH, protegiendo de esa manera los derechos de todas las partes interesadas. Por este motivo, sugiero que el notario, aun cuando inscriba las cesiones en el registro especial, acompañe al expediente copia de la cesión para su debida publicidad.

75. Dodda, Zulma A., "Registro de la Propiedad Inmueble. Certificados e informes. Publicidad registral. Sus fines", en AA. VV., *LXVII Seminario teórico práctico "Laureano Arturo Moreira"*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2014, pp. 99-108.

13. Contracautela

"S. P. c/ M. A. N."[76]

Voces: inhibición general de bienes, divorcio, mantenimiento de la medida sujeta a contracautela, abuso del derecho, caución juratoria.

Al confirmar en lo principal la resolución dictada en primera instancia, la Cámara resolvió mantener distintas medidas cautelares trabadas contra el marido a pedido de la esposa, los que se encontraban en juicio de divorcio. No obstante y ante las particularidades del caso, a las que haremos referencia en el curso de este comentario, dicho Tribunal dispuso que la peticionante de las medidas debía integrar, dentro del plazo de treinta días de notificada, una contracautela real de $ 50.000, bajo apercibimiento de proceder sin más al levantamiento de las medidas cautelares ordenadas.

Quien solicita una medida cautelar debe garantizar los daños que originará si abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga para obtenerla (art. 199 CPCCPBA y art. 208 CPCCN). La contracautela garantiza el resarcimiento por los daños y perjuicios cuando el derecho en que fundó el actor su pedido no existiera, o se abusare o excediere en el mismo. Dicha garantía solo abastece los daños de la medida y de sus costas. Puede ser real o personal; su graduación queda a la prudencia del juez, conforme a las circunstancias del caso, tomando en cuenta la entidad de la verosimilitud del derecho alegado, el valor de la demanda y grado de la inmovilización, la conducta de las partes y su actividad.[77] No obstante, es extendido el criterio de que se puede prescindir de ella, como en el caso de los interventores, síndicos, administradores judiciales, asesores de menores y en los asuntos de familia, incidentes de alimentos y divorcio; también la Nación, las provincias, las municipalidades y quien tuviere el beneficio de litigar sin gastos. En cuanto a la caución juratoria, esta declaración de asumir responsabilidad, en rigor, nada le agrega a la responsabilidad genérica del Código Civil.

76. CNCiv., Sala B, 30/8/2013, "S. P. c/ M. A. N. s/ Art. 250 CPC - Incidente familia" (*SJA*, 2013/12/04-19; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2013-IV).

77. Cám.Civ.Com. 2ª de La Plata, Sala I, 13/10/1981, causa B-50.713, reg. int. 286/81; CNCom., Sala A 23/5/1996, "Orrico c/ Transportes"; CNCom., Sala C, 24/8/1993, "Sarqueis c/ Astilleros"; CNCom., Sala C, 18/4/1994, "Cozzi c/ Vázquez".

Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir*

Martín Rachid

Pedro F. Sáenz

RdN 926

RESUMEN

El Código Civil y Comercial ha introducido una serie de normas destinadas a regular el asentimiento conyugal, brindando a los operadores jurídicos pautas novedosas cuyo cabal conocimiento resulta insoslayable en orden a la correcta aplicación práctica de esta figura. El propósito principal del presente artículo –sin dejar de lado un abordaje completo y sistemático del andamiaje legal aplicable en materia de asentimiento conyugal– radica principalmente en analizar los recaudos a observar en el caso de asentimiento otorgado anticipadamente y el poder para asentir –temática esta que ha generado cierta discordia desde la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento–, que configuran situaciones jurídicas distintas que acarrean consecuentemente tratamiento legislativo también diverso, intentando a tal fin brindar las pertinentes consideraciones, atendiendo a la evolución experimentada en esta materia tanto en la doctrina como en los diferentes proyectos legislativos.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Desarrollo.* ***2.1.*** *Asentimiento conyugal del artículo 470 CCCN.* ***2.2.*** *Asentimiento conyugal del artículo 456 CCCN.* ***2.3.*** *Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir.* ***3.*** *Conclusión.* ***4.*** *Bibliografía.*

1. Introducción

El objeto principal de este trabajo es analizar, a la luz del régimen actualmente vigente, lo atinente al asentimiento conyugal, en qué casos se requiere, las consecuencias de su omisión y las pautas aplicables al otorgamiento del asentimiento de manera anticipada y al poder especial para asentir.

El Código Civil y Comercial (CCCN) –siguiendo las consideraciones de la mayoría de la doctrina especializada y los lineamientos también consagrados en los últimos anteproyectos de reforma del Código Civil (en adelante CCIV)– marca el abandono del régimen legal único, forzoso, inmutable e inderogable que, en materia de régimen patrimonial del matrimonio venía rigiendo la vida de los argentinos desde la sanción del Código Civil velezano. En efecto, procurando reafirmar el principio

* Versión revisada, corregida y ampliada –especial para la *Revista del Notariado*– del trabajo homónimo presentado por los autores en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016).

de autonomía de la voluntad del individuo y la igualdad jurídica de los cónyuges, ha consagrado la posibilidad de optar por un régimen de separación de bienes y, en caso de que los cónyuges no hayan manifestado su voluntad de acogerse a dicho régimen convencional, se aplica de manera automática el régimen de comunidad históricamente vigente en nuestro país, régimen que de imperativo ha pasado a ser supletorio, toda vez que se aplica a aquellas personas que no han optado expresamente por el régimen de separación de bienes.

Tanto en el régimen de comunidad como en el de separación de bienes, la normativa actualmente vigente, siguiendo el criterio legislativo rector del CCIV a partir de la sanción de la Ley 17711, ha mantenido el principio de gestión separada, es decir, que cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes de su titularidad (art. 469 y 470 primer párrafo, para el régimen de comunidad, y art. 505, para el régimen de separación de bienes). No obstante, en algunos casos se exige el asentimiento del cónyuge no titular para poder otorgar válidamente determinados actos jurídicos.

El asentimiento conyugal, en el régimen del CCCN, se erige como una instrumento tuitivo, puesto en manos del cónyuge no titular, a los fines de satisfacer dos intereses claramente diversos. En efecto, por un lado, encontramos la exigencia del asentimiento conyugal consagrada en el artículo 470, aplicable solo a aquellos matrimonios que se encuentran sometidos al régimen de comunidad, supuesto en el cual lo que se procura es garantizarle al cónyuge no titular el control sobre los actos de mayor trascendencia económica a los fines de resguardar sus eventuales derechos gananciales; de ahí que el citado artículo exclusivamente cobre virtualidad respecto de los bienes de tal carácter.[1] Y, por otro lado, el asentimiento conyugal se presenta como una herramienta de protección de la vivienda familiar en el artículo 456, el cual, debido a tal finalidad tuitiva, resulta aplicable independientemente del régimen patrimonial al cual se hayan sometido los cónyuges y sin distinguir entre bien propio o ganancial.

De esta forma, puede advertirse que el asentimiento conyugal, como requisito de validez de determinados actos jurídicos, puede tener como objeto la protección de intereses estrictamente patrimoniales del cónyuge no titular (art. 470) o bien la salvaguarda del interés familiar, que excede las tensiones estrictamente económicas derivadas naturalmente de la ganancialidad (art. 456).

A los fines del presente trabajo, parece más adecuado metodológicamente abordar en primer lugar el artículo 470 CCCN, a efectos de analizar su ámbito de aplicación y hacer algunas consideraciones específicas, para después adentrarnos, con mayor profundidad, al estudio de los artículos 456 y siguientes, que constituyen el andamiaje legal aplicable a todos los supuestos en los que se requiere el asentimiento conyugal, por expresa remisión legal establecida en el artículo 470 *in fine*.

1. Al respecto, se ha dicho que, con el asentimiento conyugal exigido por el art. 470, "se pretende asegurar el respectivo control de ciertos negocios realizados durante la vigencia de la comunidad, que pueden afectar los derechos eventuales sobre los gananciales de titularidad del cónyuge que la ley confiere, los que se actualizaran al momento de la disolución de la comunidad" (Herrera, Marisa, Kemelmajer de carlucci, Aída R. y Lloveras, Nora [dirs.], *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 645).

2. Desarrollo

2.1. Asentimiento conyugal del artículo 470 CCCN

Tal como se adelantara, el artículo 470 CCCN se enmarca dentro de las disposiciones atinentes al régimen de comunidad, en la sección 4ª, capítulo 2, título II del libro segundo, de manera tal que resulta aplicable a todos los matrimonios que no han optado por el régimen de separación de bienes.

Lógicamente, el artículo 469 se encarga de consagrar expresamente el principio de gestión separada respecto de los bienes propios, salvo lo dispuesto en el artículo 456, referente a la vivienda familiar que más adelante se tratará. En ese mismo orden de ideas, el artículo 470 –en su primer párrafo– reitera idéntico principio en materia de bienes gananciales, encargándose a continuación de establecer la excepción a la regla, especificando en qué casos deberá requerirse el asentimiento del cónyuge no titular. La norma literalmente establece:

> Bienes gananciales. La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido.
> Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar 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, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824.
> 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.
> Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459.

2.1.1. Naturaleza jurídica del asentimiento conyugal

En primer lugar, cabe destacar que el CCCN depura la terminología legal, acogiendo la crítica unánime que oportunamente recibió el artículo 1277 del CCIV luego de la reforma de la Ley 17711, en cuanto a que la norma en análisis –al igual que el artículo 456– deja bien en claro que la manifestación de voluntad del cónyuge no titular constituye "asentimiento" y no "consentimiento", como establecía el derogado 1277 CCIV. Efectivamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargo de destacar que el consentimiento es un elemento esencial del contrato, atribuible a las partes del mismo, que hace a la formación y existencia del negocio contractual, en tanto que el cónyuge no titular se limita a manifestar su conformidad con relación a la voluntad negocial del disponente.[2]

El asentimiento del cónyuge no titular se limita a remover un obstáculo con que tropieza el poder dispositivo del cónyuge disponente, obstáculo legalmente esta-

2. Al respecto, se ha sostenido durante la vigencia del CCIV: "Cabe acotar aquí que el uso de la expresión *consentimiento* –gramaticalmente correcta, pues consentir es permitir o autorizar, en su primer acepción– ha sido criticado porque jurídicamente puede producir confusión, ya que el consentimiento, como elemento de los contratos, es el que proviene de las partes del acto. Por ello, se prefiere el vocablo *asentimiento*, que da mejor idea de que se trata de la conformidad de un tercero que no es parte" (Belluscio, Augusto C. [dir.] y Zannoni, Eduardo A. [coord.], *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 6, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 172).

blecido para permitirle ejercer el control de los actos de mayor trascendencia económica que pretenda realizar su consorte, pero siempre ejerciendo ese contralor dentro de los límites inherentes al ejercicio regular de los derecho subjetivos. Como consecuencia de esta distinción, el cónyuge no titular no codispone; pese a intervenir en el negocio jurídico a los fines de asentir, no asume ningún tipo de responsabilidad frente al cocontratante, no tiene derecho a percibir o exigir la mitad del precio, su inhibición no impide concretar el negocio, y, por último, en caso de no poderse obtener el asentimiento por ausencia, incapacidad, impedimento transitorio o negativa injustificada de su parte, se habilita la autorización judicial (art. 458), lo que sería inadmisible con relación al cónyuge propietario, cuya voluntad, como titular del derecho y parte del negocio, no podría ser sustituida por una decisión del juez.[3]

2.1.2. Actos comprendidos

Siguiendo el análisis del texto del artículo, aparece otro acierto en materia de redacción, toda vez que el asentimiento conyugal es exigido para realizar actos encuadrables en la categoría de enajenación y gravamen, superando de esta forma otra crítica formulada tradicionalmente al artículo 1277 CCIV, que requería el asentimiento conyugal para "disponer y gravar" los bienes gananciales, cuando en realidad el acto jurídico por el cual se grava un bien ya está comprendido dentro del concepto genérico de "acto de disposición".

Asimismo, al no existir en el CCIV definición normativa de actos de administración y disposición, fueron los doctrinarios y los jueces quienes debieron intentar un concepto para establecer el límite entre ambas categorías, no existiendo acuerdo incluso acerca de los parámetros aptos para definir cada especie en particular.

En este sentido, en materia de actos de disposición –que es lo que aquí nos interesa– mientras algunos sostienen una tesis restrictiva, considerando actos de este tipo solo aquellos que implican la enajenación de un bien, es decir, el desplazamiento de un bien de un patrimonio a otro (incluyendo actos abdicativos), otros propugnan una concepción más amplia, considerando acto de disposición a todo aquel negocio jurídico que, sin implicar un desprendimiento, conlleva la alteración sustancial de los elementos que integran el patrimonio o compromete gravosamente el patrimonio de la persona.[4]

3. Ver Pelosi, Carlos A., "Artículo 1277 del Código Civil. Cuestiones relativas al consentimiento", en *Revista del Notariado*, Nº 700, 1968, pp. 738-767, y en Alterini, Jorge H. (dir.) y Alterini, Ignacio E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 51 y ss.). El autor sostiene: "Asentir es mostrarse conforme con el parecer ajeno, lo que implica que el consentimiento es totalmente extraño a quien asiente". En el mismo sentido, ver Sambrizzi, Eduardo A., *Tratado de derecho de familia*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 120 y ss. Del mismo modo, la jurisprudencia ha resuelto: "El cónyuge que debe dar su asentimiento no es parte en el contrato de compraventa, con lo cual no deja de ser un tercero por mucho que tal asentimiento se exija" (Cám. Civ. y Com. de San Martín, Sala II, 20/1/2009, "Alegre, Alejo c/ Quintana, Ramón Jesús y otro" [Lexis N° 1/70067396; citado en Azpiri, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012 {3ª ed. act. y ampl.}, p. 187]).

4. Las disquisiciones conservarán vigencia pues la actual legislación tampoco se encarga de delimitar estos conceptos. Al respecto, cabe aquí recordar que "El concepto de los mismos (actos de disposición) es una construcción teórica, registrándose divergencias en los autores argentinos. Se ofrece un criterio objetivo-funcional, orientado por Orgaz y seguido por la mayoría de la doctrina, que conceptúa el acto de disposición por sus efectos sobre el capital, que disminuye o modifica sustancialmente o cuyo porvenir compromete por largo tiempo, no persiguiendo simplemente la productividad de los bienes o haciéndolo de un modo anormal o ex-

Con relación a la interpretación que debe hacerse de los términos utilizados por la actual norma legal, debemos recordar que la enajenación es el acto por cual se transmite la propiedad de una cosa o un derecho, pasando esa cosa o derecho del patrimonio de una persona al de otra, por una justa causa.[5] Asimismo, entendemos incluida también en este concepto a la renuncia, entendida como dejación voluntaria que, de manera expresa o tácita se hace de una cosa o derecho.[6]

Medina ha incluido dentro del concepto de "enajenar" a los actos de transferencia de derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso, como así también los actos de constitución de derechos reales de condómino, superficie, usufructo, uso, habitación y servidumbres, y los actos de transferencia de titularidad de los títulos valores registrables, ya sea a título oneroso o gratuito. En tanto que los actos que gravan son todos aquellos actos de constitución de derecho real de garantía, así como también los de dación de embargo y desmembramiento del dominio.[7] Por nuestra parte, y conforme a la letra del artículo 1888, consideramos que los actos por los cuales se constituyen derecho reales de disfrute sobre bienes ajenos, han de incluirse –junto a los que dan origen a derechos reales de garantía– en el concepto de "gravar", pues, respecto del dueño de la cosa, tales derecho reales constituyen gravámenes de acuerdo al artículo citado, razón por la cual, llegamos a la misma conclusión, esto es, exigir el asentimiento del cónyuge del titular constituyente, pero en base a otra categorización jurídica del acto.

De esta manera se pone fin a una ya vieja polémica acerca de la exigencia de asentimiento conyugal en el acto de afectación de un inmueble al régimen de propiedad horizontal (incluyendo ahora la figura de los conjuntos inmobiliarios propiamente dichos), toda vez que mientras los sostenedores de un concepto amplio de acto de disposición lo encuadraban dentro de esta categoría, por implicar una alteración sustancial de un elemento del patrimonio (el inmueble queda sujeto a un nuevo régimen jurídico), otros lo consideraban un acto de administración, pues la sola afectación a ese régimen no implicaba desprendimiento ni comprometía el patrimonio del titular. Efectivamente, dado que el CCCN solo requiere asentimiento para enajenar o gravar, claramente el acto jurídico por el cual se afecta un inmueble al régimen de propiedad horizontal ha quedado fuera del ámbito de aplicación del artículo 470.

Mención especial merece el acto de afectación al régimen de tiempo compartido o cementerio privado, toda vez que los mismos conllevan una importante restricción a las facultades del titular dominial, impidiendo que el bien sea aprovechado o comercializado a través de mecanismos ajenos al régimen especial al cual queda sometido, lo que podría llevar a considerar necesaria la conformidad del cónyuge no

---

traordinario. Dentro de este criterio, López de Olaciregui subraya lo objetivo de manera que el acto de disposición es el que recae sobre el capital y el de administración, el que lo hace sobre los frutos o rentas. Spota, el gobierno normal (administración) o riesgoso (disposición)" (D'Antonio, Daniel H. y Méndez Costa, María J., *Derecho de familia*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 214).

5. Fernández de León, Gonzalo, *Diccionario jurídico*, t. 2, Buenos Aires, Abecé, 1961, 2ª ed., Buenos Aires, 1961, p. 295.

6. Ídem, t. 6, p. 281.

7. Medina, Graciela [comentario a los arts. 454-474, y 638-647], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 80.

titular, requisito que –pese a las gravosas consecuencias que tiene la afectación– no puede ser exigido pues tales manifestaciones de voluntad no constituyen enajenación ni gravamen. De haberse mantenido la terminología del CCIV, indudablemente la afectación a estos regímenes especiales, sin implicar enajenación, habría quedado comprendida dentro del concepto de actos de disposición, resultando exigible el asentimiento del cónyuge del titular, pero con la nueva redacción antes destacada no encuadra en ninguna de las dos categorías de negocios jurídicos que abren la puerta a esta exigencia.

Consideramos, en cambio, que cuando se transfieren los periodos de disfrute en el tiempo compartido o las parcelas del cementerio privado, sí será necesario contar con el asentimiento conyugal pues precisamente constituyen actos de enajenación.

La constitución del derecho real de superficie, solo admitida por contrato oneroso o gratuito conforme al artículo 2119, sí necesita del asentimiento del cónyuge del titular, pues implica un desmembramiento al derecho de dominio, o, en otras palabras, un gravamen. Lo mismo sucede cuando, siendo el derecho real de superficie de carácter ganancial, el superficiario decide transmitirlo.

En materia de división de condominio, también se ha planteado similar debate que el referido a la afectación al régimen de propiedad horizontal, pues, en virtud de este acto el derecho indiviso –alícuota inmaterial– pasa a ser una parte materialmente determinada, ante lo cual debemos ser más cautos ya que, tras una aparente división de condominio podría encubrirse una enajenación, adjudicándose a un comunero una materialidad que no representa proporcionablemente el valor real de su participación en el condominio extinguido. Desde luego que en la división de condominio podrían entrar en juego, a la hora de establecerse los lotes a adjudicar a cada comunero, cuestiones que el notario no podrá evaluar acabadamente, tales como aspectos afectivos, potencialidad productiva de los bienes involucrados, ubicaciones de los lotes de terrenos, etc., que podrían justificar las adjudicaciones de partes materiales que, sin coincidir aritméticamente con el porcentaje de derecho indiviso que correspondía al adjudicatario, no implican por ello una verdadera enajenación o acto abdicativo.

Ante esto, consideramos conveniente que, ante la eventual posibilidad de que se plantee la existencia de una enajenación encubierta, se requiera el asentimiento de los cónyuges de los condóminos involucrados.

2.1.3. Bienes alcanzados

En lo atinente a los bienes gananciales respecto de los cuales el CCIV exige asentimiento conyugal para su enajenación o gravamen, el artículo 470 CCCN hace una enumeración en cuatro incisos que se analizarán brevemente a continuación:

a) *Los bienes registrables*: ya el artículo 1277 CCIV exigía el asentimiento conyugal para disponer y gravar bienes cuyo registro hubieran "impuesto las leyes en forma obligatoria", de manera tal que el artículo 470 CCCN parece ser más comprensivo en este sentido, pues se refiere a bienes registrables, sin distinguir si la registración es o no obligatoria. No obstante ello, se ha sostenido que si el registro no es obligatorio, no se puede exigir el asentimiento.[8]

8. Ídem, p. 181.

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*: en este caso la ley viene a solucionar una cuestión que había generado opiniones encontradas en el régimen jurídico anteriormente vigente, toda vez que se discutía si el asentimiento conyugal era exigible a la hora de realizar actos de disposición sobre acciones nominativas no endosables. Cabe advertir que no se requerirá asentimiento cuando se trata de acciones correspondientes a una sociedad autorizada para la oferta pública, lo que se complementa con lo dispuesto en el artículo 1824 CCCN.[9]

c) *Las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior*: este inciso se aplica a todos los tipos societarios, incluyéndose en consecuencia las sociedades no constituidas regularmente legisladas en la sección IV capítulo I de la Ley 19550 y la sociedad de un solo socio. Aquí también podemos incluir los actos de transformación y fusión de esta clase de sociedades.

d) *Los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios*: esta disposición tiene directa relación con la transferencia de fondo de comercio regulada en la Ley 11867, de manera tal que, si se trata de un bien ganancial, no podrá otorgarse válidamente la transferencia sin el asentimiento del cónyuge del disponente. Cabe destacar que este inciso incluye también el caso de enajenación y gravamen del establecimiento agropecuario, lo que no está comprendido en la citada Ley 11867.

2.1.4. Boleto de compraventa

Durante la vigencia del CCIV no existía acuerdo, ni en la doctrina[10] ni en la jurisprudencia[11], acerca de la exigibilidad del asentimiento conyugal en caso de que el consorte propietario celebrara boleto de compraventa con relación a un bien ganancial. El CCCN se ha encargado de dejar aclarado que el asentimiento conyugal no solo debe ser otorgado con relación al acto de enajenación o gravamen definitivo, sino también en las promesas de los actos de referencia. En consecuencia, será necesario que el cónyuge no titular preste su conformidad en oportunidad de firmarse boletos de compraventa que tengan por objeto bienes registrables.[12]

9. Art. 1824 CCCN: "Incumplimiento del asentimiento conyugal. El incumplimiento del requisito previsto en el art. 470, inciso b) en los títulos nominativos no endosables o no cartulares, no es oponible a terceros portadores de buena fe. Al efecto previsto por este artículo, se considera de buena fe al adquirente de un título valor incorporado al régimen de oferta pública".

10. "Es controvertido si el acto de enajenación por boleto de venta, requiere el asentimiento del cónyuge. Para quien sostiene que la firma del boleto no es un acto de disposición, sino un negocio de obligación, el asentimiento no es de rigor (Zannoni, Fass-Bossert, Guaglione, Gattari, Pelosi). Para quienes es un acto de disposición sí se requiere y más cuando se entrega la posesión del bien (Méndez Costa, Fleitas Ortiz de Rozas-Roveda, Guastavino, Belluscio, Borda, Cifuentes)" (Cifuentes, Santos [dir.] y Sagarna, Fernando A. [coord.], *Código Civil. Comentado y anotado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 223). Las mismas divergencias se han dado respecto de la cesión de derechos y acciones emergentes de boletos de compraventa.

11. A título ilustrativo, podemos citar la siguiente jurisprudencia. Se ha considerado necesario el asentimiento del cónyuge en los siguientes casos: CNCiv., Sala C, 1/8/1973 (*El Derecho*, t. 47, p. 694); CNCiv., Sala B, 14/12/1971 (*El Derecho*, t. 42, p. 609). En el otro extremo, se ha entendido innecesario el asentimiento conyugal en: CNCiv, Sala F, 24/2/1972 (*El Derecho*, t. 42, p. 608); CNCiv., Sala F, 26/5/1998 (*La Ley*, t. 1999-B, p. 161).

12. No obstante la terminología empleada en este artículo, no consideramos el boleto de compraventa como una mera promesa de contrato en los términos del art. 995 CCCN, sino un verdadero contrato de compraventa

No parece tan clara la solución cuando se trata de ceder los derechos emergentes del boleto de compraventa inmobiliaria. En este sentido, cuando el inmueble objeto del boleto constituye la vivienda familiar del cedente, resultaría exigible el asentimiento conyugal por la aplicación directa del artículo 456 que –como se analizará oportunamente– es más abarcativo en cuanto a los actos alcanzados por este recaudo al utilizar la genérica formula "disponer de los derechos sobre la vivienda".

Distinto es el caso en el que el inmueble objeto del boleto de compraventa que se pretende transferir no es la vivienda familiar del cedente, pues allí no resulta aplicable la disposición del artículo 456 –con su amplio ámbito de alcance–sino que la cuestión debe resolverse a la luz del artículo 470.

En este sentido, la última norma citada exige el asentimiento para "enajenar" "bienes registrables", lo que nos permite hacer las siguientes consideraciones. En primer lugar, claramente la cesión constituye un acto de enajenación pues se le transmiten al cesionario los derechos y obligaciones emergentes del boleto, sacando del patrimonio del cedente la posición contractual adquirida en virtud del mismo. Ahora bien, esa cesión no tendrá por objeto inmediato bienes registrables, pues los derechos subjetivos patrimoniales emergentes del contrato cedido son estrictamente de carácter personal –no real– por lo que, en principio, no tienen publicidad registral. No obstante, a la luz de una interpretación teleológica de la norma, parece claro que su objetivo es acordarle al cónyuge no titular un poder de contralor sobre los actos de enajenación y gravamen que tuvieren por objeto los bienes de mayor relevancia patrimonial y, en este orden de ideas, consideramos conveniente tener presente que, si bien el objeto inmediato de la cesión serán derechos personales no registrables, no cabe duda que el objeto del contrato de compraventa consiste en una obligación de transferir el dominio de un bien inmueble (bien registrable)[13] –aunque lógicamente se debe cumplir a tal fin con el otorgamiento de la escritura pública pertinente (art. 1017 inc. a)–, lo que lleva a considerar pertinente la exigencia del asentimiento conyugal para los actos de cesión de los boletos de compraventa inmobiliaria por tener la virtualidad jurídica de sustraer del patrimonio del cedente todo derecho sobre el inmueble. Esto no puede resultar indiferente al cónyuge de aquel, pues claramente configura un acto de gran trascendencia económica que no podría ser otorgado sin atender al interés legítimo del cónyuge del titular de la relación contractual, ya que, de lo contrario, se abriría la puerta a la negociación inconsulta de bienes inmuebles

---

perfeccionado, del que nace definitivamente la obligación de transmitir el dominio, siendo la escritura pública un elemento integrante de la faz ejecutiva de las obligaciones emergentes de aquel. Ese parece ser el criterio del legislador teniendo en cuenta la ubicación metodológica de las normas destinadas a abordar la cuestión de la oponibilidad del boleto de compraventa de inmueble (arts. 1170 y 1171, sección 8° del capítulo 1 del libro IV referente al contrato de compraventa) y los términos empleados en estas normas ("derechos del comprador"; "adquisición"; "concurso o quiebra del vendedor"; etc.). Cfr. Churriarin, Mariano L. y Moia, Ángel L. en Kiper, Claudio M. (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 142 y ss.

13. Al respecto, conviene tener en cuenta que "Hay que admitir, no obstante, que es posible diferenciar en el contenido (del contrato) un objeto inmediato y un objeto mediato […] El primero es el contenido concreto e integral, las prestaciones que se intercambian, con todas las circunstancias que las rodean, porque las partes no solo quieren la obligación, sino todas las circunstancias especiales que pactaron para el cumplimiento de las mismas. Por otro lado, está el *objeto mediato*, que son las cosas o los hechos que constituyen el objeto de las prestaciones que, a su vez, son objeto de las obligaciones que nacen del contrato" (Lafaille, Héctor, en *Derecho civil. Contratos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2ª ed. [actualizada por Alberto J. Bueres y Jorge A. Mayo], § 171-172 bis, p. 314).

gananciales mediante la simple maniobra de no otorgar la respectiva escritura traslativa de dominio a favor del comprador.

2.1.5. Remisión

Por último, respecto de los efectos de la falta de asentimiento, el propio artículo 470 remite a lo dispuesto en los artículos 456 a 459, razón por la cual se tratará a continuación.

2.2. Asentimiento conyugal del artículo 456 CCCN

Hasta aquí hemos analizado el asentimiento conyugal exigido para enajenar o gravar los bienes gananciales comprendidos en el artículo 470, de manera que solo rige en aquellos casos en los que los cónyuges no han optado por el régimen de separación de bienes y, en consecuencia, quedaron sometidos al régimen de comunidad.

Ahora nos proponemos abocarnos al estudio del asentimiento conyugal exigido por el artículo 456, que no tiene como objetivo la protección de los derechos gananciales del cónyuge no titular sometido al régimen de comunidad, sino la protección de la vivienda familiar, con independencia del régimen patrimonial matrimonial al cual se encuentran sometido los cónyuges y sin atender al carácter propio o ganancial que pudiere revestir el bien.

2.2.1. Régimen primario y fundamento de la norma

Es por ello que este artículo se ubica dentro de la sección 3°, capítulo 2, título II del libro segundo, correspondiente a las disposiciones comunes a todos los regímenes. Esta sección, compuesta de nueve artículos imperativos, configura lo que se denomina "régimen primario", "estatuto patrimonial de base" o "estatuto fundamental", el que consiste en un sistema jurídico, basado en normas inderogables por convención de los cónyuges, tendientes a armonizar la autonomía personal del individuo con los principios de solidaridad y cooperación que informan la relaciones familiares, procurando así garantizar la igualdad entre los cónyuges y la consecución del bien común familiar.[14]

Dentro de este régimen primario se ubica el artículo 456 CCCN que, en su primer párrafo, prevé una herramienta legal para la protección de la vivienda y sus muebles indispensables.

Esta protección encuentra fundamento constitucional, no solo por lo dispuesto en el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna Nacional, sino también por lo establecido en numerosas convenciones internacionales que, con jerarquía constitucional, integran nuestro derecho interno.

Más allá de las directrices de origen constitucional, la protección de la vivienda familiar es indispensable para garantizar el resguardo del grupo familiar y los de-

14. Este sistema primario diseñado refleja la intrínseca interacción que existe entre la autonomía personal y solidaridad familiar, de modo que el ejercicio de la autodeterminación y el respeto por el proyecto de vida autorreferencial no pueden avasallar las exigencias de cooperación dentro de la esfera familiar (Herrera, Marisa, Kemelmajer de carlucci, Aída R. y Lloveras, Nora [dirs.], ob. cit. [cfr. nota 1], p. 603).

rechos humanos de sus integrantes, toda vez que "la vivienda familiar tiene para el individuo un gran valor no solo en el aspecto patrimonial sino también en el ámbito extrapatrimonial, en cuanto le da amparo a su integridad física, garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad y es el centro de la esfera de su intimidad".[15]

El citado artículo, literalmente reza:

> Artículo 456. Actos que requieren asentimiento. 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. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.[16]

2.2.2. Actos jurídicos alcanzados

El primer párrafo del artículo transcripto viene a prestar protección a la vivienda familiar independientemente del carácter de bien propio o ganancial que revista el inmueble o los muebles indispensables.

En este sentido se asemeja a la *ratio iuris* del artículo 1277 CCIV, segundo párrafo, que exigía el asentimiento conyugal para disponer de un bien propio de alguno de los cónyuges, siempre que allí estuviere radicado "el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces". De todos modos, es dable destacar que la norma positiva actualmente vigente no requiere, para tornar exigible el asentimiento, que haya hijos, pues existe familia merecedora de protección desde el momento en que se contrae matrimonio.[17]

Adviértase además que la aplicación de este artículo se basa en una cuestión estrictamente fáctica, es decir, se torna operativo por el solo hecho de estar el inmueble destinado a vivienda familiar, no siendo necesario que el mismo se encuentre afectado formalmente a vivienda en los términos del artículo 244 y ss. CCCN. En consecuencia, la norma positiva se muestra más generosa, en cuanto a su extensión, que el régimen del CCIV.[18]

Del mismo modo, reafirmando el mayor alcance de la normativa vigente, el artículo de referencia requiere el asentimiento para "disponer de los derechos", fórmula que pone claramente de manifiesto que ahora han quedado alcanzados, dentro del requisito del asentimiento conyugal, supuestos que anteriormente no lo estaban, debiéndose incluir en el alcance de la norma todo acto jurídico que tuviese como con-

15. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 29.

16. No abordaremos el análisis del segundo párrafo del artículo, pues excedería el objeto del presente trabajo.

17. Adviértase que la protección de la vivienda familiar también se extiende al caso de uniones convivenciales inscriptas (art. 522 CCCN).

18. La mayor diferencia de la norma con su antecesora es que basta que sea vivienda familiar, sin otro requisito, y se deroga el requisito de que existan hijos menores o incapaces (Lamber, Néstor D. en Clusellas, Gabriel [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 412).

secuencia impedir total o parcialmente, en forma permanente o transitoria, el efectivo uso de la vivienda familiar o sus muebles indispensables.

En el mismo orden de ideas quedan englobados los actos jurídicos que tuvieren por objeto la constitución, transferencia, modificación o extinción tanto de derechos reales como personales.

Del mismo modo, correlativamente a lo antes dicho, el artículo 456 no atiende al título jurídico en virtud del cual se está habitando la vivienda familiar; en consecuencia, el asentimiento se torna exigible sea el disponente propietario del inmueble, usufructuario, usuario, locatario o comodatario. De ahí, por ejemplo, sería necesario el asentimiento del cónyuge del locatario si este pretendiera celebrar convenio de desahucio, o rescisión o cesión del contrato de locación sobre el inmueble que sirve de vivienda familiar o si, inversamente, el cónyuge propietario decidiera ceder en locación el inmueble en que está radicada su vivienda familiar.

Cuestión de vital importancia resulta establecer qué debe entenderse por vivienda familiar, a la luz de los principios que informan el nuevo régimen.

En este sentido, no solo debemos considerar incluidos los bienes inmuebles por su naturaleza, sino también aquellas cosas muebles (trailers, casas rodantes, embarcaciones, etc.) que estén destinadas a vivienda familiar, es decir, lo determinante será que esa cosa, mueble o inmueble, sea el espacio físico en el que la familia ha emplazado su vivienda.[19]

2.2.3. Consecuencias jurídicas de la omisión del asentimiento

El artículo 456 –aplicable en este aspecto también a los casos sometidos al asentimiento conyugal del 470– dispone que en caso de que no se haya prestado el asentimiento conyugal, el cónyuge que debió asentir y no lo hizo puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no mas allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

En consecuencia, con el texto de la norma, se supera una larga controversia suscitada durante la vigencia del derogado CCIV, consagrándose expresamente la sanción de nulidad del acto[20]; por lo tanto, en caso de prosperar la acción de nulidad, las cosas han de retornar al estado anterior al otorgamiento del acto invalidado, razón por la cual el derecho transmitido vuelve a integrar el patrimonio del disponente, el gravamen queda sin efecto alguno, o bien los muebles indispensables de la vivienda familiar deben ser restituidos.[21]

19. Ver Medina, Graciela, ob. cit. (cfr. nota 7), p. 121.

20. "Por mayoría, la doctrina y la jurisprudencia establecen que, la falta de asentimiento en los casos en que es exigida, importa un vicio del consentimiento que da motivo a una nulidad relativa del acto o negocio realizado, confirmable por el cónyuge interesado (arts. 1058 a 1060) (Borda, Belluscio, Fleitas Ortiz de Rozas-Roveda, Dassi-Bossert, Guastavino, Moisset De Espanes, Mendez Costas, Mosset Iturraspe, Cifuentes). Minoritariamente, se estima que se trata de un caso de inoponibilidad frente al cónyuge que debe asentir, siendo válido el acto entre las partes (Cichero, Venini, Vidal Taquini, Cafferata, Alterini J.H.). En jurisprudencia tampoco hay uniformidad de criterio, habiéndose dictado fallos un uno y otro sentido" (Cifuentes, Santos [dir.] y Sagarna, Fernando A. [coord.], ob. cit. [cfr. nota 10], p. 224).

21. Parece criticable la redacción del art. 456 CCCN al emplear una conjunción disyuntiva y establecer que el cónyuge preterido "puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles", ya que la restitución sería una consecuencia de la nulidad del acto, no resultando lógico suponer la posibilidad de que se exija resti-

Corresponde destacar que si bien el artículo 456 se ubica dentro de la sección correspondiente al régimen primario, constituido por normas inderogables, eso no debe llevarnos a encuadrar este supuesto de nulidad dentro de las absolutas, por el contrario, estamos frente a un caso de nulidad relativa, conforme al criterio de distinción de las nulidades establecido en el artículo 386, pues la nulidad consagrada en el artículo 456 está impuesta solo en protección del interés de personas determinadas.

Al tratarse de nulidad relativa, esta solo podrá ser declarada a solicitud del cónyuge que no prestó al asentimiento o sus herederos y el acto es susceptible de confirmación posterior. Otra consecuencia del carácter relativo de la nulidad es que se ha consagrado un plazo de caducidad de seis meses para intentar judicialmente la pretensión nulificante, contado el mismo desde que el cónyuge preterido tomo conocimiento del acto susceptible de impugnación o desde la extinción del régimen matrimonial, lo que ocurra primero.

Siguiendo a Lamber debe tenerse presente que "en cuanto a la disposición de derechos reales sobre el inmueble sede de la vivienda familiar que requiere inscripción en el Registro de la Propiedad, son oponibles a terceros desde su toma de razón en él (art. 1983), y si se le suma la publicidad posesoria por haberse hecho a su favor tradición sin oposición alguna, no puede omitirse alegremente la buena fe registral, y debería ser el actor (cónyuge) quien deba probar la falta de efectivo conocimiento o la justa causa que le impidió tomar conocimiento, invirtiendo la carga de la prueba".[22] No obstante esto, parece difícil lograr una aplicación práctica de la reflexión precedente, toda vez, que si bien resulta absolutamente lógica desde el punto de vista teórico, nos encontraremos con el escollo de que los registros inmobiliarios, avalados por lo resuelto en el plenario "Feidman"[23], no darán inscripción definitiva a un título en el que se haya omitido asentimiento del cónyuge no titular, por lo que el acto viciado no recibirá la publicidad registral suficiente para poder comenzar a contar el plazo de caducidad de seis meses.

Ante esto, consideramos que la única herramienta para sanear el título es lograr una declaración judicial, ya sea a través de la acción declarativa de certeza, buscando que el juez sea el que declare bonificado el título por el transcurso del plazo legal dispuesto para ejercer la acción de nulidad.

Entendemos que esa sería la herramienta procesal adecuada ya que no podrá recurrirse a la autorización judicial consagrada en el artículo 458, pues tal decisión jurisdiccional deber ser previa al otorgamiento del acto, resultando inviable pretender la confirmación del negocio jurídica viciado a través de esta acción.[24]

---

tución de los muebles sin demandar la nulidad del acto que sirvió de causa jurídica al traslado de los mismos. Al respecto, cabe destacar que los proyectos de reforma del código civil del año 1993 y 1998, en sus artículos 506 y 448 respectivamente, que son la fuente inmediata del actual 456, no tenían en su redacción la opción disyuntiva antes mencionada.

22. Lamber, Néstor D., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 416.

23. CNCiv, en pleno, 27/7/1977, "Feidman, Mauricio s/ recurso de recalificación" (*La Ley*, t. 1977-C, p. 391; *El Derecho*, t. 74, p. 253).

24. En este sentido, al comentar el art. 458 CCCN, se ha sostenido: "Es necesario señalar que el juez no tiene la facultad de confirmar un acto anulable por lo cual la autorización del magistrado no puede ser otorgada con posterioridad a la realización del acto" (Medina, Graciela, ob. cit. [cfr. nota 7], p. 127).

2.3. Asentimiento conyugal anticipado y poder para asentir

Normalmente el cónyuge no titular otorga su asentimiento concomitantemente con el acto jurídico principal, actuando conjuntamente ambos cónyuges. No obstante ello, puede ocurrir que el cónyuge asintiente no pueda o no quiera estar presente al momento de otorgarse el negocio jurídico, pudiendo brindar su conformidad con anterioridad o posterioridad, supuesto este último en el cual se configuraría una confirmación convalidando el acto viciado.

Si el cónyuge no titular no pudiere o quisiere estar presente al momento de perfeccionarse el negocio jurídico y las partes del mismo no están dispuestas a quedar sometidas a la necesidad de un acto jurídico confirmatorio posterior, existen dos opciones posibles: a) otorgar el asentimiento conyugal de manera anticipada o; b) conferir poder para que otra persona, en nombre y representación del cónyuge no titular, preste la conformidad exigida por ley, configurándose evidentemente dos actos jurídicos distintos, es decir, y haciendo un juego de palabras, debe distinguirse, por un lado, el acto jurídico de asentir y, por otro, el acto jurídico de apoderamiento destinado a que un representante otorgue el acto de asentimiento.[25]

Adviértase que todo lo que aquí se trate respecto de los requisitos del asentimiento, poder para asentir y mandato entre cónyuges, se aplica tanto a los casos alcanzados por el artículo 456 como por el 470, salvo las disquisiciones respecto del mandato entre cónyuges.

2.3.1. Doctrina durante la vigencia del Código Civil

Conocida es la gran controversia originada durante la vigencia del CCIV acerca de la posibilidad de otorgar asentimiento conyugal genérico de manera anticipada, ya sea a través de la figura del asentimiento conyugal anticipado propiamente dicho, o bien a través del mandato general.

Al respecto, un posición doctrinaria minoritaria, consideraba que era viable la figura del asentimiento general anticipado esgrimiendo que si es posible que un esposo puede otorgar al otro un poder de carácter general para disponer de los bienes de su titularidad, sería incoherente impedirle que preste anticipadamente el asentimiento conyugal con relación a los actos dispositivos que tuvieren por objeto todos los bienes gananciales pertenecientes al otro cónyuge.

En el mismo orden de ideas, Cichero sostenía:

> Sería llevar muy lejos la protección que el artículo 1277 dispensa a estas personas capaces, impedirles realizar actos que la ley no prohíbe, cuando no ofrecen indicios de ser el resultado de una voluntad viciada. Tanto más, cuanto que ese precepto prevé situaciones de excepción e importa una limitación al principio general del artículo 1276, de modo que su interpretación debe hacerse con criterio restrictivo, evitando generalizaciones que pueden ser perturbadoras de la armonía familiar.[26]

25. Ver Pelosi, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 3).

26. Cichero, Néstor, "El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 63, pp. 475 y ss.

Por último, quienes se enrolaban en esta tesis, agregaban que aquellos que negaban la validez del asentimiento general anticipado partían de una débil valoración de la autonomía de la voluntad de la mujer casada, a quien aun veían, en la faz de los negocios, carente de la libertad decisoria, por las posibilidad de verse influenciada o manipulada por su marido, circunstancia que no podía admitirse ante los nuevos paradigmas sociales y matrimoniales regidos modernamente por el principio de igualdad jurídica. Entre los doctrinarios del notariado que defendieron la posibilidad del asentimiento general anticipado se destacan dos figuras colosales como las de Pelosi y Gattari.[27]

En el otro extremo, encontramos a la corriente doctrinaria mayoritaria, que negaba validez al asentimiento general anticipado,[28] alegando principalmente que un acto de esta naturaleza implicaría modificación de las normas de orden público que regulan el régimen de comunidad de bienes del matrimonio –siendo aplicable lo dicho durante la vigencia del CCCN al régimen consagrado por el actual artículo 469 y ss.–. Además, se frustraría el propósito tuitivo de la ley, facilitando el despojo del cónyuge no titular o la concreción de decisiones contrarias al interés familiar, toda vez que de hecho quedaba anulada la facultad de contralor que, a tal fin, se acordaba al consorte asintiente.

En ese mismo orden de ideas, se sostuvo que la admisibilidad de un poder general de administración y disposición, otorgado a favor del cónyuge para que disponga de todos los bienes, propios o gananciales, del otro (cónyuge poderdante), no puede conllevar a la aceptación del poder general otorgado para prestar asentimiento a los actos de disposición de los bienes gananciales del consorte (apoderado), ya que, mientras en el primer caso existe la obligación de rendir cuentas entregando al mandante lo producido, en el segundo caso, siendo el cónyuge disponente (y apoderado) el titular de los bienes objeto del negocio jurídico, lo percibido le pertenece y podría sustraerlo con toda facilidad del patrimonio común, no existiendo acción apta para ejercer control alguno.

Por último, merece destacarse lo resuelto en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 1971), donde la postura aprobada por mayoría consideró que

> … no es válido el asentimiento general y anticipado dado por uno de los cónyuges para los actos del otro, comprendidos por el artículo 1277 del Código Civil, y, por lo tanto, tampoco lo es ningún otro acto que bajo cualquier forma, incluido la del mandato a favor del otro cónyuge o de un tercero, equivalga a dicho asentimiento general anticipado.

2.3.2. Requisitos del asentimiento conyugal en el Código Civil y Comercial

Siguiendo la posición mayoritaria, el artículo 457 CCCN, que reproduce íntegramente al artículo 449 del proyecto de reforma de 1998, constituye la partida de defunción del asentimiento general anticipado, como se verá a continuación. El citado artículo, literalmente dispone:

27. Carlos Pelosi defendió su postura a favor del asentimiento general anticipado en el trabajo citado (cfr. notas 3 y 25). Por su parte, Carlos N. Gattari hizo lo propio en su obra *Práctica notarial*, v. 15 (ver Gattari, Carlos N., *Práctica notarial consolidada*, t. 4, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp. 3932 y ss).

28. Ver al respecto recopilación de argumentos en este sentido realizado por Sambrizzi, Eduardo A., ob. cit. (cfr. nota 3), pp. 146 y ss. (con citas de Belluscio, Borda, Vidal Taquini y Azpiri, entre otros).

> Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos.

En consecuencia, siempre que se otorgue el asentimiento conyugal deberá especificarse: a) el acto en sí y; b) los elementos constitutivos del mismo.

Cuando el asentimiento es concomitante al acto o posterior al mismo, el presente artículo no genera hesitación alguna, pues en ambos casos el cónyuge no titular puede tomar acabado conocimiento del acto jurídico con todos sus detalles, de modo que las controversias se suscitarán en caso de que se pretenda prestar el asentimiento conyugal de manera anticipada.

2.3.3. Asentimiento conyugal anticipado

Con relación al primer requisito, la norma no acarrea mayores inconvenientes interpretativos, toda vez que se refiere a la necesidad de indicar la naturaleza jurídica del acto respecto del cual existe conformidad de parte del cónyuge no titular (por ejemplo, compraventa, permuta, dación en pago, donación, constitución de derecho real de hipoteca, etc.).

Ahora bien, el segundo requisito a determinar, consistente en los "elementos constitutivos" del acto, puede generar algunas dudas, dada la amplitud de la fórmula, cabiendo preguntarse si es preciso que se especifiquen todos los elementos del acto jurídico en cuestión o solo aquellos de mayor relevancia.

Al respecto, entendemos que una interpretación teleológica de la norma lleva a considerar que los elementos constitutivos que deberán estar presentes al momento de asentir son aquellos que el cónyuge no titular debe conocer a los fines de hacer una valoración adecuada del acto atendiendo al interés familiar (en el caso asentimiento exigido por el art. 456) o sus intereses patrimoniales fundados en la gananciali dad (en el caso del asentimiento exigido por el art. 470). En definitiva, los elementos constitutivos sobre los cuales ha de versar el asentimiento conyugal son aquellos que le permitan al cónyuge no titular tomar conciencia del acto jurídico principal y sus consecuencias, para así poder ejercer el contralor que la ley le acuerda, atendiendo a los distintos intereses por ella protegidos.

Desde esta perspectiva, evidentemente al cónyuge no titular no le interesa saber quién es el comprador del inmueble en el que está radicada la vivienda familiar pero sí el precio y la forma de pago. En este orden de ideas, resultan sumamente ilustrativas las reflexiones vertidas por Lamber al comentar el artículo 457:

> Compartimos que debe establecer (sic) en el acto de asentimiento el acto para el que se confiere –p. ej., compraventa, donación, etc.–, pero deja a lugar a una interpretación abierta la frase "elementos constitutivos" […] No todos los elementos constitutivos son relevantes para decidir el asentimiento conyugal.[29]

Finalmente, el citado autor concluye:

> Por ello bastarán solo esos elementos básicos que permitan apreciar la lesión o no al interés familiar, no siendo exigible todos los elementos del acto jurídico, y en caso de duda se deberá estar siempre al elemento más favorable al que prestó

29. Lamber, Néstor D., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 420.

asentimiento. Por ejemplo, si no se dice que puede ser de ejecución diferida o a plazo, debe entenderse de cumplimiento inmediato y completo, es decir, pago del precio de contado.[30]

Ahora bien, las tratativas previas encaminadas a la concreción de alguno de los actos jurídicos que requieren asentimiento suelen ser dinámicas y en ocasiones se dilatan por mucho tiempo e incluso pueden fracasar total o parcialmente, de manera tal que las expectativas de realizar determinado negocio bajo ciertas pautas pueden extinguirse definitivamente o luego ser reflotadas o modificadas y terminar concretándose un acto jurídico diverso al originariamente planeado.

Previendo esto es que puede parecer adecuado fijar parámetros mínimos, que constituyan una directriz que le marque al cónyuge disponente ciertos límites dentro de los cuales el consorte no titular está conforme con el otorgamiento del acto; de esta forma podría armonizarse el derecho de contralor que compete al cónyuge asintiente con la libertad que necesariamente debe tener el cónyuge titular a la hora de tratar las condiciones del negocio.[31]

Sin embargo, el derecho no puede ser analizado prescindiendo de la realidad que pretende regular, lo que nos lleva a manifestar nuestros reparos en cuanto a considerar cumplimentadas las exigencias del artículo 457 indicando solo parámetros mínimos, pues las condiciones económicas argentinas suelen ser cambiantes, caracterizadas desde hace ya varios años por una marcada inflación y depreciación monetaria, razón por la cual lo que hoy parece ser un precio razonable para la venta de un bien inmueble, pasado unos años será poco menos que irrisorio.

Si la prohibición del asentimiento general anticipado fue propugnada por la doctrina y jurisprudencia, y finalmente consagrada en el derecho positivo a través del artículo 457, para evitar la desprotección de los intereses del cónyuge no titular y/o los del grupo familiar, parece adecuado cerrar la puerta a indeterminaciones que pudieran poner en situación de indefensión a las personas que se pretende resguardar.

Ante estas dudas, e incluso frente a situaciones en las que el cónyuge no titular se ve en la obligación de ausentarse por un tiempo más o menos prolongado, cabe preguntarse cómo hacer para que el cónyuge propietario de la vivienda familiar o del bien ganancial, que tiene pensado negociarlo en el corto plazo, pueda eventualmente entrar en tratativas y realizar alguno de los actos jurídicos alcanzados por el artículo 456 o 470. Ejemplo: ambos cónyuges están de acuerdo en mudarse de casa, pero no saben aún si les convendrá vender la vivienda familiar y con el producido comprar otro inmueble o realizar una permuta con otra casa.

En hipótesis como la planteada, entendemos que podrá acudirse a otorgar un mandato con representación, a través de la figura del poder, para que el propio cónyuge disponente (salvo lo dispuesto en el art. 459) o un tercero, preste el asentimiento conyugal en nombre y representación del cónyuge no titular.[32]

30. Ibídem.

31. En esa tesitura se ha afirmado: "Las enunciaciones deben demostrar los parámetros mínimos tenidos en cuenta por el cónyuge que presta su asentimiento, lo cual también queda suficientemente acreditado, por ejemplo con la mención de vender en un precio no menor a determinada suma de dinero, o si no se abonase de contado" (ibídem).

32. Sobre la diferencia y relación entre mandato y poder, ver Zinny, Mario A., "Mandato, apoderamiento y poder de representación", en *Revista del Notariado*, N° 903, 2011, pp. 15-27.

2.3.4. Poder para dar asentimiento conyugal y mandato entre cónyuges

Caben hacer dos observaciones preliminares: por un lado nada impide que el asentimiento conyugal sea prestado a través de un representante, de hecho tiene tratamiento legislativo específico; en consecuencia, el acto de apoderamiento con tal fin es perfectamente válido (art. 358, 375 inciso b) y 459) y, por otro lado, y tal como lo adelantáramos al comienzo del presente, no es lo mismo otorgar asentimiento conyugal anticipado que apoderar a una persona para que, en nombre y representación del cónyuge no titular, preste asentimiento en los casos que la ley lo requiera.[33]

Partiendo de la base de la distinción entre ambos actos jurídicos, entendemos que las reglas aplicables al poder para asentir no son las mismas que las que rigen respecto del asentimiento propiamente dicho.

En tal sentido, adviértase que en el artículo 375 inciso b) se regula específicamente el poder para prestar asentimiento conyugal, estableciendo que entre los actos respecto de los cuales son necesarias facultades expresas de representación se encuentra el "otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere".

De la norma transcripta surge que el único requisito que debe llenar el poder para prestar asentimiento es la identificación de los bienes sobre los cuales ha de versar.

No parece apropiado extender los recaudos del artículo 457 CCCN al acto de apoderamiento en cuestión, pues el mencionado artículo regula los requisitos que debe reunir el acto de asentimiento considerado en sí mismo, que en la hipótesis que estamos planteando será otorgado precisamente por el apoderado.

Es decir, los recaudos del 457 deberán ser observados recién en el momento en que el apoderado, en ejercicio de las facultades de representación, concurra a prestar el asentimiento que se le ha encomendado[34]; será el apoderado el que, según las circunstancias negociales concretas, otorgue el asentimiento respecto del acto jurídico principal, siempre que el mismo convenga a los intereses de su mandante o de su grupo familiar.[35]

A ello cabe agregar que si el poder para asentir debiera llenar los mismos requisitos exigidos para prestar el asentimiento, no habría en definitiva diferencia entre ambas figuras, pues el acto de apoderamiento configuraría en realidad el asentimiento conyugal anticipado,[36] además de enfrentar al interesado a una serie de variantes

33. En este sentido, se ha dicho que "el consentimiento o asentimiento *a priori* no debe ser confundido con el poder y, por lo tanto, deberá tener una redacción acorde con su objeto y finalidad" (Pelosi, Carlos A., ob. cit. [cfr. nota 3], p. 52).

34. Este es el criterio seguido por la escribana Susana V. Sierz en *Nuevo Código Civil unificado. Instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015, p. 221.

35. En idéntico sentido, se ha sostenido que "será válido el poder otorgado para dar el asentimiento con relación a determinados bienes, facultando al representante a decidir sobre la oportunidad en la que se brinde este asentimiento con relación al negocio jurídico especialmente determinado en cuanto a sus elementos, en cumplimiento del artículo 457 del Código Civil y Comercial" (Dallaglio, Juan C., "La representación voluntaria", en Kiper, Claudio M. [dir.] y Daguerre, Luis O. [coord.], *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 91).

36. Sería como exigir que en un poder otorgado para afectar un inmueble al régimen de propiedad horizontal se dejaran ya cumplimentadas las exigencias del artículo 2056.

que resultan imposibles de prever, tal como dijéramos más arriba.[37] De hecho, es de advertir que el apoderado estará en mejores condiciones para defender los intereses del cónyuge no titular, pues recién otorgará el asentimiento una vez impuesto de los detalles del negocio jurídico, contando con información más completa que aquella con la que posiblemente cuente el cónyuge que decide prestar un asentimiento de manera anticipada.

En el mismo orden de ideas, no debe perderse de vista que el mandatario debe actuar siempre procurando satisfacer los intereses de su mandante, de manera que la confianza es la base del contrato de mandato, circunstancia que justifica la admisión de actuar a través de un representante, aun en materia sensibles como la que estamos analizando.[38]

Completando la regulación del otorgamiento de asentimiento a través de representantes voluntarios, el artículo 459 se encarga de regir específicamente el mandato entre cónyuges. El mentado artículo establece:

> Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones.
>
> Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.

El artículo transcripto consagra una regla que, desde el punto de vista de los cónyuges sujetos al régimen de comunidad, resulta permisiva, autorizando el mandato entre ellos, configurando esto una excepción a la inhabilidad consagrada en el artículo 1002 inc. d), pero, respecto de los cónyuges que han optado por el régimen de separación de bienes, constituye una limitación a su total libertad de contratación recíproca.

Se prevé expresamente la posibilidad de que una persona otorgue poder a su cónyuge para que este, en su nombre y representación, otorgue todos los actos patrimoniales de su competencia, eximiendo al apoderado de rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos, salvo pacto expreso en contrario.

Si bien en ello es claro el artículo, lo referente a la posibilidad de que el apoderado se preste a sí mismo el asentimiento ha sido unos de los temas que más controversia ha generado.

En efecto, algunos intérpretes han entendido que la prohibición contenida en el artículo bajo análisis se extiende a todos los casos en que es necesario el asentimiento conyugal y no solo cuando se trata de disponer de los derechos sobre la vi-

37. En igual sentido, se ha dicho: "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" (Cerniello, Romina I. y Goicoechea, Néstor D., "Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación" [online], en *Revista del Notariado*, N° 922, 2016 [http://www.revista-notariado.org.ar/2016/06/aproximacion-al-regimen-patrimonial-del-matrimonio-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/]).

38. Recuérdese que entre las obligaciones legalmente impuestas al representante están las de fidelidad y lealtad (art. 372 inc. a CCCN).

vienda familiar, argumentando que, como el artículo 470, última parte, remite a las disposiciones de los artículos 456 a 459, por una especie de doble remisión, la prohibición se torna operativa en todos los supuestos. Es decir, como el artículo 470 (referente al asentimiento que gira en la órbita del régimen de comunidad) hace remisión al artículo 456 (atinente a la vivienda familiar y aplicable tanto al régimen de separación de bienes como al de comunidad) se concluye que la prohibición contenida en el artículo 459, al aplicarse a los casos alcanzados por el artículo 456, se aplica también al asentimiento regulado en el artículo 470.[39]

No concordamos con este modo de interpretar la norma, pues entendemos que el artículo 459 CCCN ha buscado limitar la prohibición a los supuestos en los que el asentimiento conyugal es exigido para resguardar los derechos sobre la vivienda familiar o sus muebles indispensables, no así en los casos en que el asentimiento conyugal se torna exigible por imperio del artículo 470. Tomando las consideraciones hechas por los autores que se enrolan en la corriente contraria, que basan su posición en la remisión hecha por el artículo 470 in fine, entendemos que precisamente por esa remisión es que el legislador, sabiendo que iba a operar tal envío, es que se encargó de aclarar, en el artículo 459, que la prohibición se limita a los supuestos del asentimiento conyugal exigible en atención a la protección de la vivienda familiar y sus muebles indispensables. En igual sentido se ha afirmado, con relación al artículo 459 aquí analizado: "Expresamente prohíbe la facultad de darse a sí mismo el asentimiento en los casos del art. 456, es decir para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, de los muebles indispensables de ésta o transportarlos fuera de ella."[40]

39. Se ha afirmado: "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, 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" (Cerniello, Romina I. y Goicoechea, Néstor D., ob. cit. [cfr. nota 37]).

40. Ver Alterini, Jorge H. (dir.) y Alterini, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 215. En igual sentido, Dallaglio, Juan Carlos, ob. cit. (cfr. nota 35), p. 95: "Pero el mismo artículo prohíbe que este apoderamiento a favor del otro cónyuge tenga por objeto dar el asentimiento conyugal en los casos de disposición de la vivienda familiar y de los muebles que la componen". Este es el criterio consagrado también en el Digesto de Normas Técnico-Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor (título I, capítulo VIII, sección 2ª, art. 1, inc. c). En idéntica tesitura: "En lo que respecta al mandato entre cónyuges a los fines del asentimiento conyugal, el artículo 459 es claro: se impide a uno de los cónyuges expresar el asentimiento en representación del otro cuando se trata del supuesto especial previsto en el artículo 456, es decir, disponer de la vivienda familiar" (Herrera, Marisa y Molina de Juan, Mariel, en Kiper, Claudio M. [dir.] y Daguerre, Luis O. [coord.], *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 333).

De haberse querido hacer extensiva la restricción a todos los casos en que se exige el asentimiento del cónyuge no titular hubiese alcanzado la primera parte de la oración: "Pero no para darse a sí mismo el asentimiento", pues precisamente por la remisión ya destacada hubiera alcanzado tanto a los supuestos del artículo 456 como a los del artículo 470. Pero al incluir la aclaración "en los casos en que se aplica el artículo 456", parece lógico interpretar que se ha buscado establecer una valla a la prohibición, limitándola únicamente a los casos del asentimiento previsto para protección de la vivienda familiar y sus muebles indispensables.

Consideramos que al momento de otorgar el poder para que el cónyuge se preste a sí mismo el asentimiento, será el poderdante quien deberá manifestar que el inmueble objeto del mandato no es su vivienda familiar, no siendo admisible que sea el apoderado el que, al momento de ejercer la representación, haga tal manifestación, pues entendemos que dicha declaración hace a la legitimación subjetiva del poderdante que deberá verificarse en acto de apoderamiento.

En lo referente a este mandato entre cónyuges, la norma además se encarga de aclarar que no es posible pactar la irrevocabilidad en este tipo de poder, para evitar dejar al cónyuge no titular en una situación de desprotección. Al respecto, cabe distinguir este pacto de irrevocabilidad prohibido en el mandato entre cónyuges del caso en que se configura el supuesto fáctico previsto en el artículo 380 inciso c),[41] de manera tal que cumplidos los requisitos para otorgar un poder irrevocable es perfectamente válido el poder que en tal carácter otorgue el cónyuge no titular para asentir, siempre que el apoderado no sea su propio consorte.

Cabe destacar que en el proyecto de 1998, el artículo 451 CCCN regulaba el mandato entre cónyuges, admitiendo en los mismos términos que el actual 459 la posibilidad de que un cónyuge le otorgue al otro poder para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero para poder darse asimismo el asentimiento debía aplicarse el artículo 449 que regulaba los requisitos del asentimiento en iguales términos literales que el actual artículo 457.

2.3.5. Evolución histórica a la luz de los proyectos legislativos

Sobre el poder para asentir y mandato entre cónyuges, parece oportuno hacer un breve análisis de la evolución histórica experimentada en los últimos proyectos de reformas al Código Civil, pues consideramos que podemos extraer pautas útiles de interpretación para las normas actualmente vigentes.

El proyecto de reforma del año 1987, en su artículo 1886, al mencionar los actos para los cuales eran necesarias facultades expresas de representación, incluía, en su inciso 5°, el prestar asentimiento conyugal, supuesto en el cual se exigía identificar precisamente al acto y el bien a que se refiere.

En el mismo sentido, el proyecto de 1993 también exigía facultades expresas para prestar el asentimiento conyugal, pero solo requería la identificación del bien (art. 679 inc. 6). Por su parte, el artículo 507 era textualmente idéntico al actual 457

41. Art. 380 CCCN: "Extinción. El poder se extingue: […] c) por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa".

(el asentimiento debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos) y, con relación al mandato entre cónyuges, el artículo 509 autorizaba a que se confiriese entre ellos para el ejercicio de los actos que el régimen matrimonial atribuía, pero no para darse a sí mismo el asentimiento del mandante en los casos en que la ley lo requería, es decir, se establecía una prohibición absoluta.

Por su lado, el proyecto de 1998, regulaba el tema que aquí nos ocupa, básicamente, en los artículos 366, 449 y 451.[42] De la conjunción de estos tres artículos puede deducirse que –tal como se dijera más arriba– el asentimiento debía versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos, en tanto que en el poder para asentir, en principio, solo debían identificarse los bienes a que se refiere, pero cuando el poder fuera otorgado a favor del cónyuge para prestarse a sí mismo el asentimiento, se debían llenar los recaudos del 449.

Del análisis de los proyectos puede advertirse la siguiente evolución: en un primer momento (P. 1987), se exigió la identificación, no solo de los bienes sino también del acto, al momento de otorgarse el acto de apoderamiento. Posteriormente (P. 1993), se eliminó la exigencia de identificar el acto al momento de apoderar, limitándose únicamente a exigir la identificación de los bienes sobre los cuales habría de versar el asentimiento. Agregándose sí, al momento de asentir, la necesidad de especificar el acto y los elementos constitutivos (art. 507), prohibiéndose, en todos los casos en que se exigía asentimiento, la posibilidad de otorgar poder al cónyuge para que este se lo prestara a él mismo. Es decir, se podía apoderar a un tercero pero no al cónyuge del poderdante a los fines de prestar el asentimiento conyugal. Por último (P. 1998), repitió el criterio de 1993 en el sentido de conformarse con la individualización de los bienes al momento de apoderar y de exigir la individualización del acto y sus elementos constitutivos al momento de asentir. No obstante esa coincidencia de criterio con el citado anteproyecto, se apartó de la prohibición absoluta en materia de mandato entre cónyuges, admitiendo la posibilidad de otorgarse poder para que el apoderado se prestara asentimiento a sí mismo (art. 451), exigiéndose en ese caso –y solo en tal caso– que se cubrieran los recaudos del 449, es decir, especificar el acto en sí y sus elementos constitutivos. En consecuencia, el proyecto de 1998 discriminaba, en cuanto a poder para asentir se refiere, dos casos: 1) cuando el apoderado era un tercero, es decir, no era el cónyuge del poderdante, alcanzaba con la especificación de los bienes sobre los que debía versar el asentimiento y; 2) cuando el apoderado era el propio cónyuge del poderdante, se requería, además, se identificara el acto en sí y sus elementos constitutivos.

El actual CCCN, tomando esos antecedentes y caracterizado por un mayor respeto a la autonomía de la voluntad de los individuos, en nuestra opinión adopta –comparativamente– el sistema más flexible o permisivo. Efectivamente, al igual que los proyectos de 1993 y 1998, al momento de otorgar el acto de apoderamiento para

42. Art. 366 P. 1998: "Facultades expresas. Son necesarias facultades expresas para: […] i) otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, debiendo identificarse los bienes a que se refiere".
Art. 449: "Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos".
Art. 451: "Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero para darse a sí mismo el asentimiento del poderdante en los casos en que se requiere se aplica el artículo 449. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones.- Salvo convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos".

asentir, solo exige la determinación de los bienes (art. 375 inc. b) y, del mismo modo, recién al momento de asentir requiere la individualización del acto y sus elementos constitutivos (art. 457).

En materia de mandato entre cónyuges, se acepta ampliamente tal contrato, incluso el destinado a permitir que el apoderado se preste a sí mismo el asentimiento conyugal (sin requerir el cumplimiento de los recaudos del 457, a diferencia del P. 1998), prohibiendo exclusivamente ese mandato cuando se trata de asentir respecto de los actos de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar o los muebles indispensables de esta.

3. Conclusión

- En el CCCN el asentimiento conyugal constituye una herramienta de control, atribuida al cónyuge no titular, tendiente a resguardar dos bienes jurídicos distintos, aunque muchas ocasiones interrelacionados, a saber: por un lado, los eventuales derechos gananciales del consorte no titular (artículo 470) y, por otro lado, la vivienda familiar (artículo 456).
- Como consecuencia de ello, el artículo 470 solo resulta aplicable a los cónyuges sometidos al régimen de comunidad y solo respecto de los actos jurídicos que tuvieren por objeto alguno de los bienes gananciales enumerados en la norma. El artículo 456, en cambio, se inserta dentro de un régimen primario, inderogable, aplicable con independencia del régimen patrimonial matrimonial y sin distinguir entre bienes propios y gananciales.
- La consecuencia jurídica establecida en caso de omisión del asentimiento conyugal es la nulidad relativa del acto, fijándose un plazo de caducidad de seis meses para intentar judicialmente la pretensión nulificante, contado el mismo desde que el cónyuge preterido tomó conocimiento del acto susceptible de impugnación o desde la extinción del régimen matrimonial, lo que ocurra primero.
- El artículo 457 exige que el asentimiento conyugal verse sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos, impidiendo de esta manera el otorgamiento de asentimientos conyugales generales.
- Con relación al acto jurídico principal, el asentimiento conyugal puede otorgarse concomitantemente, o bien con anterioridad o posterioridad al mismo.
- Si se otorga con posterioridad se configura un acto confirmatorio que convalida el acto viciado de nulidad relativa.
- Si el cónyuge decidiera otorgar el asentimiento conyugal de manera anticipada deberá dar cumplimiento a los requisitos del artículo 457. Al respecto cabe destacar, por un lado, que no es necesario que se especifiquen absolutamente todos los elementos del acto, sino aquellos indispensables para la adecuada valoración del impacto que el negocio pueda tener en los intereses patrimoniales del cónyuge asintiente y/o el interés familiar y, por otro lado, que no resulta suficiente consignar parámetros mínimos o de referencia.
- El asentimiento conyugal puede ser otorgado a través de un representante convencional, supuesto en el cual alcanza con que el poder indique los bienes sobre los cuales ha de versar.

- En caso de que el poder haya sido otorgado a favor del cónyuge del poderdante, este puede prestarse a sí mismo el asentimiento, salvo que se tratara de actos de disposición de derechos sobre la vivienda familiar o sus muebles indispensables, supuesto en el cual el apoderado necesariamente deberá ser un tercero.

4. Bibliografía

Alterini, Jorge H. (dir.) y Alterini, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015.

Azpiri, Jorge O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012 (3ª ed. act. y ampl.).

Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 6, Buenos Aires, Astrea, 1992.

Cerniello, Romina I. y Goicoechea, Néstor D., "Aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación" [online], en *Revista del Notariado*, Nº 922, 2016 [http://www.revista-notariado.org.ar/2017/03/asentimiento-conyugal-anticipado-y-poder-para-asentir/].

Churriarin, Mariano L. y Moia, Ángel L. en Kiper, Claudio M. (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Cichero, Néstor, "El asentimiento del cónyuge en la venta de inmuebles gananciales", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 63, pp. 475 y ss.

Cifuentes, Santos (dir.) y Sagarna, Fernando A. [coord.], *Código Civil. Comentado y anotado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2011.

D'Antonio, Daniel H. y Méndez Costa, María J., *Derecho de familia*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001.

Dallaglio, Juan C., "La representación voluntaria", en Kiper, Claudio M. (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Fernández de León, Gonzalo, *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, Abecé, 1961.

Gattari, Carlos N., *Práctica notarial consolidada*, t. 4, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012.

Herrera, Marisa, Kemelmajer de Carlucci, Aída R. y Lloveras, Nora (dirs.), *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2014.

Herrera, Marisa y Molina de Juan, Mariel, en Kiper, Claudio M. (dir.) y Daguerre, Luis O. (coord.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Kemelmajer de Carlucci, Aída R., *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995.

Lafaille, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2ª ed. [actualizada por Alberto J. Bueres y Jorge A. Mayo].

Lamber, Néstor D. en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

Medina, Graciela [comentario a los arts. 454-474, y 638-647], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014.

Pelosi, Carlos A., "Artículo 1277 del Código Civil. Cuestiones relativas al consentimiento", en *Revista del Notariado*, Nº 700, 1968, pp. 738-767; y en Alterini, Jorge H. (dir.) y Alterini, Ignacio E. (coord.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 51 y ss.

Sambrizzi, Eduardo A., *Tratado de derecho de familia*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2010.
Sierz, Susana V., *Nuevo Código Civil unificado. Instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015.
Zinny, Mario A., "Mandato, apoderamiento y poder de representación", en *Revista del Notariado*, N° 903, 2011, pp. 15-27.

Inhibiciones*

Osvaldo Solari Costa

RdN 923

RESUMEN

Se realiza un breve análisis de los aspectos más relevantes de la inhibición general de bienes, especialmente su naturaleza, su alcance, su registración y publicidad, su vinculación con la capacidad del sujeto inhibido y el tipo de bienes sobre los cuales recae, así como el ámbito territorial sobre el cual se expande. Se aborda asimismo la ausencia de inhibición como requisito para el ejercicio de determinadas profesiones.

1. El primer aspecto que se puso en discusión fue la naturaleza de la inhibición general de bienes. Considero que, principalmente y en base a lo establecido por el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional,[1] se trata de una **medida procesal de jurisdicción local y que recae sobre bienes registrables**. Se circunscribe a la jurisdicción sobre la que tiene incumbencia el registro respectivo.

2. El segundo tema analizado por los integrantes de la institución se refirió a si la inhibición afecta exclusivamente el patrimonio de las personas inhibidas o también incide en la capacidad de las mismas. En mi parecer, **la medida no genera una incapacidad en la persona del inhibido,**[2] sino que ocasiona una falta de legitimación activa procesal –no sustantiva– o, en todo caso, una interdicción o una restricción a la disponibilidad de cierto tipo de bienes, con respecto a ciertos acreedores.[3] A pesar de lo afirmado, no podemos dejar de remarcar la importancia de tomar precauciones

* Opinión en base al esquema de preguntas preparado por la Mesa Directiva de la Academia Nacional del Notariado, tras las reuniones del Consejo Académico durante, especialmente, el año 2010.

1. Art. 75, inc. 12, CN: "Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina, así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados".

2. "La inhibición no crea una incapacidad de la persona, lo que es cuestión de la ley de fondo…", Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Ediar, 1957, p. 507. Por su parte, Podetti expresa que "en primer lugar, en su acepción propia, no es una medida contra la persona, como generalmente se entiende, sino contra los bienes, no es una prohibición o interdicción personal, sino la prohibición o interdicción de transferir, modificar o gravar bienes raíces o derechos reales sobre ellos", Podetti, J. Ramiro, *Derecho procesal civil, comercial y laboral*, t. IV, "Tratado de las medidas cautelares", Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 226.

3. Fenochietto, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, p. 280.

en el ejercicio notarial –que nos apartan de la teoría citada precedentemente–, pues parte de la doctrina procesalista y civilista, así como resoluciones judiciales, consideran que la inhibición genera una incapacidad.[4]

3. Un tema debatido, y que generó algunas discrepancias, fue el vinculado a la normativa del ejercicio de ciertas profesiones donde se exige que, para llevar a cabo la inscripción en la matrícula, el candidato no esté inhibido. En nuestro parecer, ello no es correcto, acorde con la esencia de la cautelar; pero dado que existe la costumbre jurídica de trabar inhibiciones en forma genérica y en el registro inmobiliario, como si fueran un registro general de inhibiciones, deberá aceptarse que las prescripciones mencionadas procuran que el candidato a matricularse no tenga una inhibición general patrimonial, que de ocurrir demostraría la falta de solvencia o aptitud patrimonial para ejercer la profesión.

4. Con respecto al tipo de bienes sobre los cuales recae la cautelar, entendemos que es una medida procesal que **recae sobre bienes registrables,**[5] pero no podemos dejar de remarcar que, como esta opinión no es compartida por un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia, se deberá actuar con suma prudencia en el momento de la resolución de los casos concretos, es decir, ser precavidos al autorizar una escritura que involucre otros bienes que no sean registrables, pues bien podría ocurrir que ante un conflicto posterior se pueda responsabilizar al escribano por no haber pedido informe de inhibición y luego resulte que, por estar inhibido el transferente, el notario fuere responsabilizado por ello.

5. Como se expresó, las inhibiciones constituyen una medida procesal que recae sobre bienes registrables. Derivación de ello es que genera un principio de especialidad vinculado a la materia y al objeto de la registración, con, además, **un alcance territorial restringido**. La inhibición queda, por tanto, limitada a afectar el tipo de bienes sobre los cuales el registro interviene, así como constreñida a la jurisdicción sobre la que tiene incumbencia el registro respectivo –por el tipo de bien–.

6. La anotación de una inhibición general de bienes no se debería aplicar a todos los bienes y derechos, sino solo a los bienes cuya registración corresponde al registro

4. "Dado que la inhibición general de bienes constituye una medida cautelar que se traduce en la interdicción de vender o gravar genéricamente cualquier cosa, inmueble o mueble registrable de que el deudor pudiera ser propietario en el momento de anotarse la medida o que se adquiera con posterioridad " (CNCiv., Sala D, 7/10/2002, "B., M. G. c/ M., J. C." [*Doctrina Judicial,* t. 2003-1, p. 241]).

5. "se traduce en la interdicción de vender o gravar cualquier cosa mueble o inmueble registrable de que el deudor pueda ser propietario [ ] 'impide la disposición de derechos sobre los bienes cuyo dominio conste en los registros públicos y por tanto, a pesar de la amplitud del concepto, solo se aplica a los bienes inmuebles, muebles registrables y a los derechos reales sobre ellos'" Somer, Marcela P., "Medidas cautelares y principios registrales", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, LexisNexis, 22/1/2003, fascículo nº 4, p. 19., con cita de Palacio, Lino, *Medidas cautelares*, pp. 305-306. Véase también Fassi, Santiago, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales. Comentado, anotado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 388; CNCom., Sala D, 13/2/2002, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Rodríguez, Elsa Edith" (*Jurisprudencia Argentina*, 19/6/2002, fascículo 12): "el efecto de tal medida es impedir la libre disposición de los bienes registrables de los que pueda ser titular la persona respecto de la cual se ordena 'por desconocerse la existencia de un bien específico'…".

respectivo. Por ende, los informes que pueda emitir el Registro de un tipo de bien determinado, por ejemplo en registro inmobiliario, deberían limitarse a esos bienes determinados y no a otros que no son de esas características. Por lo tanto, si, por ejemplo, el registro de la propiedad inmueble de determinada jurisdicción asienta la inhibición de una persona, **solo debería tener trascendencia esa inhibición con respecto a esa jurisdicción y solo para los bienes que allí se inscriben** (inmuebles, en el ejemplo).[6] No corresponde, entonces, solicitar informe de inhibición a dicho Registro para operaciones que no se refieran, en el ejemplo citado, a inmuebles, y de esa jurisdicción. También en este caso esta afirmación deberá ser aplicada con suma prudencia pues, como se expresó, opiniones de valor, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, han considerado a la inhibición impediente de la transferencia de todo tipo de bienes e incluso, en algún caso, en jurisdicción nacional.

7. En línea con lo afirmado precedentemente, considero que la inhibición general de bienes anotada en el registro inmobiliario del domicilio del ejecutado **no impide la transmisión o gravamen de bienes registrables ubicados en distinta jurisdicción**, pues la misma se limita a expandir sus efectos solo en la jurisdicción sobre la que tiene incumbencia ese registro. A pesar de esta afirmación, reiteramos que en sede notarial se deberán tomarse las precauciones del caso, pues el criterio expuesto no es compartido parcialmente por la jurisprudencia.

8. Un tema de trascendencia, y que sin dudas genera numerosas controversias, es el de establecer los efectos que produce la disposición de un bien registrable por parte de un sujeto inhibido. En nuestro parecer, y aun cuando esta afirmación es cuestionada, entendemos que **el acto de disposición otorgado por un sujeto inhibido no sería nulo –o, dicho al revés, sería válido–** por no tratarse de una incapacidad, sino de una medida que afecta el patrimonio del inhibido, salvo especiales excepciones, como cuando es una inhibición trabada en un juicio de demencia. **De lo contrario, estaríamos ante una medida que afectaría la capacidad o muerte civil de la persona,**[7] lo que solo puede ocurrir mediante regulación en el código de fondo y no mediante normas procesales. En todo caso, la transferencia del bien por parte del sujeto inhibido **será inoponible al inhibiente**,[8] pero no nula. Reiteramos, en estos temas conflictivos, y aunque se coincida con esta postura, el notariado de todas formas debe tomar precauciones en el ejercicio funcional, pues parte de la doctrina procesalista, al igual que opiniones judiciales, considera que la inhibición genera una incapacidad.

6. Fenochietto, Carlos E., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 279. Alsina, Hugo, ob. cit. (cfr. nota 2), pp. 503 y 508. Expresa Podetti que "si se pretendiera extenderla a toda clase de bienes, se crearía una incapacidad de derecho de una amplitud extraordinaria y como tal contraria a garantías constitucionales y legales. Equivaldría a la muerte civil, durante el lapso de su duración, sin remedio para el deudor sin bienes", Podetti, J. Ramiro, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 230.

7. "La inhibición no constituye una restricción a la libertad personal […] afecta bienes registrables únicamente…", Falcón, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, t. I, Buenos Aires, Astrea, p. 595. En similares términos se expide Podetti, J. Ramiro, ob. cit. (cfr. nota 2).

8. "dicha medida no puede ser dejada sin efecto sin previo traslado a la parte que la solicitó" (CNCiv., Sala D, 7/10/2002, "B., M. G. c/ M., J. C." [*Doctrina Judicial,* t. 2003-1, p. 241]).

9. Se trataría de una incapacidad legal establecida por leyes de fondo, no procesales, solo en los supuestos en que el impedimento a la disposición de bienes provenga de situaciones previstas en los códigos nacionales o leyes complementarias, tales como los dementes o inhabilitados (art. 141 y ss. CCIV), los condenados a más de tres años de prisión o reclusión (art. 12 CP) y los fallidos (Ley 24522).

Inexistencia del estado de propiedad horizontal

El comienzo y fin de la existencia del consorcio, su organicismo y capacidad

Mario G. Szmuch

RdN 924

RESUMEN

Las soluciones a las que se arriba a través de la negación del dogma del estado de propiedad horizontal lucen valiosas a la hora de resolver los conflictos que pudieran suscitarse entre los poseedores y ocupantes de unidades y frente a terceros. La naturaleza jurídica del reglamento de propiedad horizontal, el momento del nacimiento del consorcio, el organicismo interno y externo y la operatividad del consorcio unipersonal, la inoperatividad de la confusión como causal de extinción del sistema de propiedad horizontal, entre otros, son piezas que –a partir de dicha negación– se articulan armoniosamente para brindar soluciones que atienden debidamente el interés de los diversos actores involucrados.

> La ciencia no es sino una perversión de sí misma a menos que tenga como objetivo final el mejoramiento de la humanidad.
>
> Nikola Tesla (1856-1943)

Sumario: ***1.*** *Afectación al sistema de propiedad horizontal.* ***2.*** *¿La afectación es un acto de administración o dispositivo?* ***3.*** *¿Es necesario el asentimiento del cónyuge o conviviente?* ***4.*** *Nacimiento del sistema de propiedad horizontal.* ***5.*** *Cuestionamientos a la teoría del estado de propiedad horizontal.* ***6.*** *Naturaleza del reglamento de propiedad horizontal.* ***7.*** *Ámbito de la teoría contractualista.* ***8.*** *Imposición judicial de la afectación.* ***8.1.*** *Partición en especie.* ***8.2.*** *Usucapión.* ***8.3.*** *Adecuación de conjuntos inmobiliarios.* ***9.*** *Obligatoriedad del reglamento de propiedad horizontal.* ***10.*** *Consecuencias del encuadre* propter rem. ***11.*** *Legitimación para otorgar el reglamento de propiedad horizontal.* ***12.*** *Forma del reglamento de propiedad horizontal.* ***13.*** *Forma y efecto del acto de modificación jurídico-real objetiva inmobiliaria. Similitudes y diferencias con el reglamento de propiedad horizontal.* ***14.*** *Promesa de reglamento de propiedad horizontal.* ***15.*** *Contenido del reglamento de propiedad horizontal.* ***16.*** *Inscripción declarativa del reglamento de propiedad horizontal.* ***17.*** *Efectos* erga omnes *del reglamento de propiedad horizontal.* ***18.*** *Personalidad del consorcio.* ***19.*** *Comienzo de la existencia del consorcio.* ***20.*** *Funcionamiento del consorcio unipersonal.* ***21.*** *Capacidad. Objeto.* ***22.*** *Nombre.* ***23.*** *Domicilio.* ***24.*** *Patrimonio.* ***24.1.*** *¿Puede el consorcio ad-*

quirir unidades funcionales del edificio? ***24.2.*** *¿Puede el consorcio adquirir otros inmuebles?* ***24.3.*** *¿Puede el consorcio adquirir otros bienes registrables?* ***24.4.*** *¿Puede el consorcio ceder créditos por expensas?* ***24.5.*** *Imposibilidad lógica de inscribir unidades funcionales del edificio a nombre del consorcio "en formación".* ***25.*** *Estructura orgánica del consorcio de propiedad horizontal.* ***26.*** *Objeto de la afectación a propiedad horizontal. Variantes.* ***27.*** *Afectación de la superficie al régimen de propiedad horizontal con separación del terreno perteneciente al propietario.* ***28.*** *Extinción del consorcio.* ***28.1.*** *Disolución.* ***28.2.*** *Liquidación.* ***28.3.*** *Extinción.* ***28.4.*** *Desafectación.* ***28.5.*** *Disolución por vencimiento del plazo.* ***28.6.*** *Fusión de consorcios.* ***28.7.*** *¿Extinción por consolidación?*

1. Afectación al sistema de propiedad horizontal

Conforme resulta del artículo 2038 del CCCN[1], el RPH se otorga a los fines de dividir jurídicamente el inmueble por el régimen de PH. El RPH es el acto jurídico por el cual se afecta a dicho régimen un inmueble divisible.[2] Se trata de un acto voluntario que emana del titular del DR, pero excepcionalmente puede ser impuesto por el juez para liquidar un condominio o una comunidad hereditaria.[3]

En general, la doctrina entiende que la afectación a PH –el otorgamiento del RPH– es una condición necesaria pero no suficiente para dividir jurídicamente el inmueble en unidades. Para que esto ocurra, sería necesario, además, según tal doctrina, que se transmita o adjudique una UF. Mientras ello no ocurra, se entiende que el titular del DR afectado a PH no se convierte en propietario de UF, sino que continúa siendo titular del mismo DR sobre el inmueble pero en estado de PH.[4] Este estado

1. A lo largo del presente artículo, se emplearán las siguientes abreviaturas, indistintamente para el singular y el plural: CCCN (Código Civil y Comercial); DR (derecho real); DTR (disposición técnico-registral); PH (propiedad horizontal); RPH (reglamento de propiedad horizontal); RPI (registro de la propiedad inmueble); UC (unidad complementaria); UF (unidad funcional).

2. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales (art. 228 CCCN).

3. Señala Néstor J. Musto que cuando la PH se origina en una partición, si no hay acuerdo unánime para la redacción del RPH, el juez puede ordenar la redacción por un perito y lo pondrá a observación de parte, bajo apercibimiento de aprobación en caso de silencio y si hay impugnaciones a algunas cláusulas las resolverá el juez, ordenando luego su elevación a escritura pública (*Derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 726).

4. Para Fabián M. Loiza, el estado de PH es una "situación de hecho transitoria" que comienza al inscribirse el RPH en el RPI y culmina al perfeccionarse la adquisición de la primera UF ("Constitución del sistema. Reglamento de copropiedad", en Kiper, Claudio M. [dir.], *Propiedad horizontal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 188). El fallo que cita el autor (CNCiv., Sala F, 18/9/1997, "Díaz, María Elisa c/ Polich, Rodolfo s/ Redargución de falsedad" [*La Ley*, t. 1998-C, p. 259]) no sirve de apoyo, a nuestro juicio, a su tesis, pues en dicha causa el inmueble afectado a PH se remató en bloque no por una imposibilidad jurídica de disponer de las UF sino porque la afectación a PH resultó inoponible al acreedor, dado que este trabó embargo antes de que se otorgue e inscriba la afectación, de manera que pudo proceder como si ella no existiera. Papaño, Dillon, Kiper y Causse, si bien entienden que el estado de PH "no altera el dominio" sobre la totalidad del inmueble, el cual continúa sin modificación, ni provoca la división del edificio en las unidades que lo componen, con atribución de un derecho distinto sobre cada uno de los sectores privativos, expresan que el "efecto secundario" del estado de PH es que solo se podrá disponer de las unidades y todo acto de disposición del inmueble solo será posible si previamente se deja sin efecto la afectación al régimen (Causse, Jorge R. y otros, *Derechos reales*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 12). O sea que la predicada "no alteración del dominio" no implica la falta de efecto alguno (modificación del contenido del derecho) sino que el inmueble no sea sustituido aún por las UF. Notamos cierta inconsistencia en negar el nacimiento de los DR de PH, es decir la no división jurídica del edificio, con el solo otorgamiento del RPH y afirmar, a la vez, la eficacia jurídico-real (entre partes y terceros

implica una situación de tensión entre el DR afectado y los DR de PH, por una parte, y entre el inmueble objeto de aquel y las unidades sobre las que estos recaen, por otra.[5] Estando el DR en estado de PH, su titular queda en la disyuntiva de disponer de las UF o sacarlo de ese estado –a través del acto de desafectación–, para volver a poder enajenarlo o gravarlo.

La teoría del estado de PH implica, pues:

1) la subsistencia del DR afectado (dominio, etc.) y del objeto sobre el que este recae (inmueble general), cuya división jurídica estaría latente;
2) una severa restricción en las facultades del titular, que no puede disponer del inmueble si previamente no lo desafecta del régimen de PH;
3) que al adjudicarse o transferirse la primera UF, opera la efectiva división del inmueble por dicho régimen, lo que se traduce en una modificación jurídico-real objetiva, consistente en el cambio del DR afectado (dominio por PH) y la cosa sobre la que recae (inmueble general vs. unidades objeto de los DR de PH).

2. ¿La afectación es un acto de administración o dispositivo?

En general, se entiende que el RPH es un acto de administración. Sin embargo, la afectación, en cuanto restringe severamente las facultades de disposición jurídica del titular del DR, luce como acto de verdadera disposición. La afectación no es la mera redacción del RPH como parece surgir de la letra del artículo 2038 CCCN, sino el otorgamiento de un acto jurídico con trascendencia real, en cuanto –según la teoría del estado de PH– restringe las facultades del titular al colocarlo en la disyuntiva de disponer jurídicamente de las UF o desafectar el inmueble del régimen de PH para volver a poder disponer de él.

3. ¿Es necesario el asentimiento del cónyuge o conviviente?

Si bien la afectación a PH es un acto de disposición, si el inmueble es ganancial, no es necesario el asentimiento del cónyuge no titular, pues no implica una enajenación o gravamen (art. 470, inc. a, CCCN). Además, al no poner en riesgo la vivienda de los cónyuges o convivientes, no debe considerárselo un acto de "disposición de los derechos sobre la vivienda familiar", en los términos de los artículos 456 y 523, razón por la cual tampoco resulta exigible el asentimiento que estos prevén.

---

desinteresados e interesados de mala fe) del título y la tradición posesoria (título y modo suficientes) anteriores a la inscripción de la afectación a PH. Los actos causales anteriores a la inscripción del RPH no serían suficientes para el nacimiento del DR de PH; y la inscripción del RPH integraría el modo para que sea suficiente la tradición posesoria basada en un título suficiente.

5. Laureano A. Moreira (*Contratos sobre departamentos en construcción*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1988, p. 336) y Musto (ob. cit. [cfr. nota 3], pp. 721 § 356 *in fine*, y 723 § 358) opinan en forma aislada que al otorgarse "e inscribirse" el RPH se extingue el dominio y nacen los DR de PH, aunque una sola persona sea la propietaria de todas las UF. En abono de esta tesis, Moreira cita el fallo CNCiv., Sala A, 20/4/1959 (*La Ley*, t. 95, p. 64), con voto del Dr. Llambías.

4. Nacimiento del sistema de propiedad horizontal

La teoría del estado de PH entiende que el nacimiento del régimen se produce al enajenarse o adjudicarse la primera UF, momento en el que se extingue el dominio en estado de PH y también el inmueble sobre el que recae, para dar origen a los DR de PH sobre las UF.

5. Cuestionamientos a la teoría del estado de propiedad horizontal

Dado que, una vez otorgado el RPH, el propietario no puede disponer de su derecho sin antes desafectarlo, nos preguntamos: ¿implica la afectación una desmembración del dominio? No, pues la facultad de disposición no se transmite a nadie y el propietario puede autorrecuperarla mediante el acto unilateral de desafectación. Entonces, ¿es la afectación una "restricción autoimpuesta" que coloca al titular en la disyuntiva de disponer de los DR de PH o desafectar?

Llegados a este punto, notamos que la teoría del estado de PH resulta inconsistente y que, además, como más adelante pondremos de relieve, conduce en los hechos a soluciones disvaliosas. Si el afectante no puede disponer del dominio mientras está en estado de PH pero sí de las UF, ¿por qué negar la existencia de estas y reconocer la de aquel –respecto del cual solo puede otorgar la desafectación–? ¿No es más coherente reconocer la existencia de los DR de PH y negar la del dominio o derecho afectado? ¿Cuál es la utilidad práctica de la teoría del estado de PH? No notamos, además, cuál es el sustento normativo actual de tal teoría.

A nuestro juicio, el sistema de PH se origina –si bien con un funcionamiento atenuado, caracterizado por el auto-organicismo consorcial– al otorgarse el RPH, aun antes de inscribírselo. Esta proposición nos impone revisar la naturaleza jurídica del RPH.

6. Naturaleza del reglamento de propiedad horizontal

La doctrina del estado de PH entiende, en general, que el RPH es un contrato en el que las voluntades son en un tramo paralelas, pues tienden a formar una comunidad en vez de intercambiar prestaciones. Por ello, lo considera un contrato plurilateral de organización, con la particularidad de servir de causa al nacimiento de una nueva persona, cuyos órganos estructura. El RPH otorgado por el único propietario es, según esta teoría, una oferta de contrato, aceptada por los adquirentes al otorgar el título a su DR de PH.

Sin embargo, aun los defensores de la teoría del estado de PH deberían admitir que el RPH es algo más que un contrato, pues, como acto unilateral, conduce *per se* el DR afectado a ese estado. Esto sucede antes de que se transmita o adjudique alguna UF, o sea, antes de que se perfeccione "el contrato de RPH" por la aceptación del adquirente. Antes que un contrato, el RPH es –aun según la teoría del estado de PH– un acto jurídico con transcendencia real, que restringe la facultad dispositiva del propietario, colocándolo en la disyuntiva de ejercer dicha facultad respecto de las UF o desafectar el inmueble del régimen para poder disponer jurídicamente de él,

situación a la que antes de otorgar el RPH "unilateral" (el "no contrato" de RPH) no estaba sometido.

7. Ámbito de la teoría contractualista

Notado que el RPH es un acto jurídico real[6], queda por delante analizar su contractualidad. En línea con la teoría contractualista, el artículo 2038 CCCN establece que el RPH se integra al título suficiente sobre la UF. Pero si, en un edificio afectado a PH, la UF se adquiere por usucapión, no hay, por definición, título suficiente[7] y, sin embargo, el usucapiente está obligado a cumplir el RPH (art. 2046, inc. a).

Al usucapirse el DR de PH, el adquirente se incorpora como miembro del consorcio, pues forma parte del conjunto de propietarios (art. 2044). En este caso, la obligación de respetar el RPH no es la consecuencia de otorgar un título (contrato) sino de adquirir la UF. En este punto, la contractualidad del RPH presenta un escollo difícil de superar, máxime si se tiene en cuenta que i) al ser el RPH un acto formal, también lo es la adhesión al mismo (doctrina art. 1017, inc. a CCCN), y ii) el poseedor usucapiente no otorga acto alguno, sino que simplemente posee (hecho jurídico) y, a causa de ello, adquiere el DR de PH.

Dado que el propietario debe cumplir con las disposiciones del RPH, cualquiera sea el modo por el que haya adquirido el DR de PH (art. 2046, inc. a, CCCN), para superar esta vacío de la teoría contractualista podría interpretarse que el RPH se integra a la normatividad del DR afectado a PH, o sea al estatuto legal del derecho en cuyo seno se gestan los DR de PH, y que por conducto de aquel se trasvasa a estos. De esta manera, el RPH formaría parte del contenido del DR de PH y por ello, publicidad suficiente mediante, obligaría al propietario de la UF cualquiera sea el modo por el que haya adquirido el DR. Mas esta teoría, que llamamos "de la integración" o "incorporación"[8], según la cual el contenido del RPH integra el del DR, parece no ajustarse al principio de estructura legal de los DR (art. 1884 CCCN).

Concluimos entonces que la obligación de respetar el RPH que pesa sobre quien adquirió el DR de PH por usucapión no tiene causa en un contrato ni en la circunstancia de integrar el RPH el contenido del DR. La naturaleza contractual del RPH luce insostenible , al menos respecto del usucapiente.

A esta altura, no nos queda otro camino que reconocer el origen legal de dicha obligación, al menos para quien adquirió vía usucapión[9]. Pero el tema no termina

6. Sobre este tema, ver Allende, Guillermo L., "El acto jurídico real (con acotaciones sobre el acto jurídico familiar y las nulidades)", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 110, p. 1062.

7. El testimonio de la sentencia de usucapión es un título meramente instrumental, simple prueba de la adquisición extradocumental del derecho real, judicialmente comprobada, pero no un título suficiente en el sentido del art. 1892 CCCN.

8. Según Nelson G. A. Cossari, el RPH "forma parte del propio contenido del dominio, o mejor dicho, del derecho de propiedad horizontal de cada consorcista" ([comentario al art. 2038], en Alterini, J. H. [dir.], *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015). Nosotros juzgamos que de la circunstancia de que el RPH se integre al título no se deduce que este forme parte del propio contenido del dominio o del derecho de propiedad horizontal.

9. El DR de PH puede adquirirse no solo por título y modo suficientes sino también por cumplimiento de un legado, prescripción adquisitiva, etc. Expresa Moreira: "La división de un edificio por el sistema de la propiedad horizontal puede originarse de distintas maneras, por aplicación de los modos originarios o derivados de

aquí, pues la obligación de cumplir el RPH no reconoce como única causa la adquisición de una UF por cualquier modo que sea, dado que también rige para todos los ocupantes de las UF (art. 2069 CCCN), sean o no miembros de la persona jurídica consorcio. O sea que, en definitiva, el RPH obliga no solo a los miembros del consorcio sino que, publicidad suficiente mediante, también a quienes no integran el consorcio pero son tenedores o poseedores de UF, sea que hayan accedido a su relación de poder en forma legítima o ilegítima. Tal, a nuestro juicio, la razón por la que se exige la inscripción registral del RPH: para publicidad a los efectos de su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe. En efecto, siendo el RPH una norma que obliga a quienes no lo otorgaron o no lo consintieron formalmente, es preciso que puedan conocerla para que sea legítimo exigirles que la respeten.

El RPH se evidencia entonces como una norma jurídica de origen privado pero con alcances generales, es decir con eficacia *erga omnes*, pues obliga aun a quienes acceden unilateral o ilegítimamente a la relación de poder con la cosa.

En este punto adherimos sin duda a la postura minoritaria que considera que el RPH no es un contrato sino otra especie de norma jurídica, un estatuto o conjunto de normas que obligan incluso a quienes no prestaron su consentimiento.[10]

Refiriéndose a los estatutos de las personas jurídicas privadas, Llambías expresa que la explicación contractualista no es satisfactoria porque median diferencias sustanciales entre el contrato y el estatuto. Este excede el marco propio del contrato, observándose las siguientes diferencias esenciales: 1) en el contrato, las partes contratantes reglan sus propios derechos, en tanto que el estatuto regla derechos ajenos a la o las personas que lo sancionan; 2) el contrato solo puede modificarse por la voluntad de todos los contratantes, mientras que el estatuto puede modificarse por el modo indicado en él o en la ley; 3) el contrato resulta de una tensión de voluntades contrapuestas, cada una de las cuales busca obtener un beneficio exclusivo, mientras que en el estatuto resalta una voluntad colectiva que responde a una finalidad común y no individual; 4) el contrato tiene una vida más o menos efímera, destinada a desaparecer con la extinción de las obligaciones que creó, en tanto que los estatutos están llamados por su propia función a perdurar indefinidamente; 5) el estatuto tiene estructura normativa en cuanto su aplicabilidad es general y abstracta, mientras que el contrato carece de esa estructura, pues su contenido es concreto y se agota su virtualidad en la realización de los hechos previstos por los contratantes; lo típico de la norma es su vigencia indefinida con respecto a quienes indeterminadamente se encuentren en una situación determinada.[11]

En suma, el RPH constituye una ley en sentido material, originada en la voluntad del afectante y sancionada por la ley que habilita a aquel a dictarla; es una ley, un ordenamiento específico de segundo grado, de raíz privada.

---

adquisición de dominio de los inmuebles en general. No existe pues una modalización específica de la propiedad horizontal" (ob. cit. [cfr. nota 5], p. 329).

10. Según Guillermo A. Borda, el RPH no es un contrato, sino el conjunto de normas jurídicas que rigen la "vida interna" del consorcio (*Tratado de derecho civil. Derechos reales*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, 3ª ed., p. 626). Sin embargo, el reglamento no se circunscribe a la "vida interna", pues también se proyecta a terceros interesados, p. ej., acreedores del consorcio, a quienes resulta oponible la personalidad que resulta del ente nacido del RPH.

11. Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, ed. 19, actualizada por Patricio Raffo Benegas, pp. 95-96, nº 1186.

Si bien cuando dos o más personas otorgan el RPH efectivamente están acordando en otorgarlo y en su contenido, no todo acuerdo es un contrato. Se trata, en ese caso, de un acto plurilateral mediante el cual cada uno de los que concurren a su formación declara una voluntad igual a la de cada uno de los demás, para obtener un efecto jurídico igual para todos. Y si es otorgado por una sola persona se trata de un acto individual, pues es obra de una sola persona y basta su voluntad para producir los efectos jurídicos propios. Estos serán, según una u otra teoría, el nacimiento del estado de PH o el de los DR de PH.

Señala Highton que de la doctrina jurisprudencial sentada por los tribunales civiles de la Capital Federal surge la aplicabilidad del sistema de PH a efectos de llevar a cabo una partición en especie, aun en caso de oposición de algún miembro de la comunidad.[12] Esta posibilidad de imponer el RPH choca con la noción misma de contrato y con el principio de libertad de contratación (art. 958). Del lado contrario, la no contractualidad del RPH conjuga perfectamente con la posibilidad que la ley da al juez de imponer la constitución del DR de PH derivada del artículo 2374 CCCN[13]. Podría buscarse un atisbo de consentimiento del condómino, para justificar la imposición judicial del RPH, en el acto por el cual aceptó constituir el condominio, pero tal consentimiento es inimaginable en el caso de la comunidad hereditaria, lo que nos obliga a dar marcha atrás.

Siendo que todo propietario, cualquiera sea el modo por el que adquirió su DR de PH, está obligado a respetar el RPH (art. 2046, inc. a, CCCN) parece superflua la previsión del artículo 2038 de que el RPH se integra al título suficiente sobre la UF. Sin embargo no sería así si se interpreta, como lo hacemos, que el RPH obliga a quien otorgó el título suficiente pero no adquirió aún el DR de PH por faltarle el modo suficiente; en esta situación el *tradens* sigue siendo miembro del consorcio pero, frente a este, antes de verificar el modo están obligados tanto el *tradens* como el *accipiens*.

En definitiva, nuestro cuadro queda así completado:

a) El RPH tiene carácter contractual para quien tenga un título suficiente otorgado a su favor, haya o no adquirido el DR de PH. El título no conlleva el traspaso del carácter de miembro, pues este se adquiere con el modo suficiente. Otorgado el título, el consorcio puede accionar contra el *accipiens* antes de que este haya adquirido el DR de PH (cumplimiento del modo); el artículo 2038 excepciona el efecto relativo del contrato que implica el título otorgado a favor del *accipiens*, en aras de preservar y mejorar el correcto funcionamiento del régimen de PH.
b) Para el usucapiente, en cambio, el RPH no es un contrato. Sí lo es para quien otorgue con el usucapiente propietario un título suficiente para adquirir el DR de PH (el RPH se integra *ex lege* a su título).
c) Para quien está poseyendo u ocupando sin ser titular de un DR tampoco es un contrato.

12. Highton, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, 2ª ed. renovada y ampliada, p. 160.

13. Art. 2374 CCCN: "Principio de partición en especie. Si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta…".

8. Imposición judicial de la afectación

Como *supra* adelantáramos, ciertas situaciones le permiten al juez imponer la afectación a PH. A falta de acuerdo, el RPH será redactado por el perito que se designe en el proceso. Descartada la universalidad de la teoría contractualista del RPH, queda despejado el campo para que opere la excepción que prevé el artículo 1896: el juez no puede constituir un DR o imponer su constitución, "excepto disposición legal en contrario".

8.1. Partición en especie

La decisión de los comuneros (condóminos, etc.) de afectar requiere unanimidad (arts. 1990 y 2325 CCCN) pero si no acuerdan privadamente, por el principio de partición en especie, el juez, a requerimiento de parte y en ciertas situaciones, puede imponer la afectación (arts. 1996 y 2374).[14]

Ha dicho la jurisprudencia que corresponde el rechazo de la división del condominio de un inmueble en PH cuando existe una notable diferencia de metrajes de cada una de las unidades y de los valores asignados por prueba pericial a los mismos, violándose el principio de igualdad en proporción a las partes indivisas de cada condómino.[15] Deberá evaluarse si corresponde o no morigerar esta doctrina a la luz de las normas referentes a la atribución preferencial (arts. 2377, 2381 y cs.). Además, la afectación a PH podría ser el paso previo no a la división en especie sino para subastar las UF sucesivamente y repartir el producido entre los condóminos para liquidar la comunidad con una mayor ventaja económica para los comuneros, especialmente si entre estos hay alguna persona que por ley merezca mayor protección (sujetos con incapacidad, capacidad restringida, discapacidad u otra especie de vulnerabilidad). Además, si el valor de las unidades no es proporcional a las cuotas, el equilibrio puede lograrse mediante la venta de una de las UF resultantes y la distribución del producido obtenido para ajustar la o las diferencias por la adjudicación en especie de las demás UF. El principio de división en especie impone esta solución, aunque la partición no fuera en especie pura sino con saldo, ajustable vía la distribución del dinero procedente de la venta en remate de una o más unidades. Consideramos que en este caso la afectación a PH y división en especie con saldo, tendiente a satisfacer en la medida de lo posible el principio de partición en especie, puede imponerse judicialmente, es decir no requiere el consentimiento de todos los condóminos.[16] Máxime si en el caso concreto entran a jugar las reglas de la atribución preferencial.

8.2. Usucapión

El 23 de diciembre de 1987, la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil, con el voto de la Dra. Conde, sentenció que es posible poseer y adquirir por prescripción "uni-

14. Cfr. nota 3.

15. CNCiv., Sala C, 14/10/1999, "Palopoli, Alejandro José María y otro c/ Palopoli, Marcelo Cayetano y otros s/ División de condominio" (*La Ley*, t. 2000-C, p. 737; *Doctrina Judicial*, t. 2000-2, p. 1040).

16. Ver Papaño, Ricardo J., en Kiper, Claudio M., *Código Civil comentado. Doctrina, jurisprudencia, bibliografía. Derechos reales*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 232.

dades" (partes materiales) de un edificio aún no dividido en PH si están determinadas en un plano de división y en base a ello ordenó realizar los trámites para concretar la afectación.[17]

8.3. Adecuación de conjuntos inmobiliarios

Otro supuesto de excepción en el que la afectación a PH es ordenada por la ley y, consecuentemente, el juez puede imponerla es el de los conjuntos inmobiliarios que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales (art. 2075 CCCN).[18]

9. Obligatoriedad del reglamento de propiedad horizontal

Como ya vimos, no es difícil justificar el carácter vinculante del RPH para quien adquiere el DR de PH con causa remota en un título suficiente, pues aquel se integra a este (art. 2038).[19] La obligatoriedad del RPH para los demás propietarios resulta del inciso a) del artículo 2046, que expresamente los obliga a cumplir con las disposiciones de aquel. Respecto de los poseedores no propietarios, el RPH también es obligatorio, pues de lo contrario no cabe que el artículo 2050 los obligue al pago de los gastos y contribuciones de la PH. Y para los simples ocupantes la obligatoriedad resulta de los artículos 2047 y 2069.

En este punto, ya estamos en condiciones de afirmar que la obligación de respetar el RPH para quienes no tienen otorgado un título suficiente a su favor es *propter rem*, sean propietarios, poseedores u ocupantes.[20] En efecto, esta obligación tiene origen en la ley (tipicidad) y la prestación se origina por existir una conexión con la cosa (propiedad, posesión o tenencia) y en razón de la cosa (mantenimiento, conser-

17. CNCiv., Sala F, 23/12/1987, "Paiuzza, Domingo J. B. y otros c/ Montenegro Cabezas, Francisco A. R. y otros" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1989-I, p. 580; *La Ley*, t. 1989-B, p. 72). El fallo generó el comentario favorable de Lidia M. R. Garrido Cordobera ("Problemática de la prescripción adquisitiva y la publicidad posesoria. Un fallo ajustado a derecho", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1989-B, p. 71); y fue criticado por Claudio M. Kiper ([comentario al art. 2410], en Zannoni, E. A. [dir.] y Kemelmajer de Carlucci, A. [coord.], *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 10, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 334.), y severamente por Fernando F. Prósperi y Domingo N. Rotondaro ("La prescripción adquisitiva frente a la inexistencia de correlación entre la cosa y el derecho real pretendido", en *Revista del Notariado*, N° 818, 1990, p. 1106). Por su parte, el Dr. Guardiola se expidió en abstracto a favor de la factibilidad jurídica (ver su voto en Cám. Civ. Com. de Junín, 27/9/2011, "Oviedo, María de los Ángeles c/ De Giulio, José y otro s/ Prescripción adquisitiva vicenal / Usucapión"). Por nuestra parte, consideramos que la sentencia fue arreglada a derecho y justa, pues declarar adquirido por prescripción el inmueble por una parte indivisa hubiese conducido a un juicio de división de condominio en el que hubiere jugado el principio de partición en especie y eventualmente el de atribución preferencial. Al evitar un segundo pleito, la magistrada con plausible acierto impartió justicia preventiva.

18. Ver nuestro trabajo "Adecuación operativa y programática de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Constitucionalidad, naturaleza y contenido de la obligación de adecuar; ¿quién, cómo y cuándo?", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 2016 (julio), p. 44, cita online AR/DOC/1731/2016.

19. Al señalar la ley que el RPH se integra "al título", de alguna manera expresa también que no integra el contenido del DR de PH (no dice que integre el contenido del DR). Trátase este de un argumento más para desechar la teoría de la "incorporación".

20. Respecto del administrador, la obligación de respetar el RPH surge del contrato de locación de servicio de administración que celebra con el consorcio al aceptar su designación.

vación y reparación de las cosas y partes comunes).[21] Con agudeza se observó que en la *ob rem* la prestación se implica en función de un más ordenado y sistemático ejercicio del derecho de propiedad.[22] Indudablemente los fines de la PH se cumplen mejor otorgando a la obligación de respetar el RPH carácter *propter rem*.

10. Consecuencias del encuadre *propter rem*

Esta propuesta es fructífera en consecuencias, pues si las normas del RPH son *ob rem* –en razón de que su titularidad activa o pasiva viene dada por ser propietario, poseedor o tenedor de una UF–, cabe reconocerles a quienes no sean propietarios, por ejemplo usufructuarios, usuarios, meros poseedores o tenedores de UF, legitimación para exigir su cumplimiento en caso de que no la tengan por el artículo 2069 del CCCN o el artículo 623 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El vocablo *propietario* que emplea el artículo 2069 sería abarcativo, pues, de todo DR que se ejerza por la posesión.[23]

Puede ocurrir que entre el RPH y las "escrituras de transmisión" de las UF transcurra un largo tiempo, por ejemplo por haberse anotado una medida de no innovar. Habiéndose dado las posesiones de las UF, nuestra interpretación permite aplicar las normas de convivencia que resultan del RPH entre los ocupantes del edificio y las que regulan el cobro de las expensas comunes, aunque no se haya transmitido ninguna UF. Aunque no se haya otorgado un título suficiente a los poseedores, quedan obligados por el RPH, no contractualmente sino *ex lege*.

Quienes entienden que el consorcio nace con la primera transferencia o adjudicación de una UF deben calificar la comunidad de poseedores que se origina antes de ello como "consorcio de hecho". Pero si se admite que el consorcio existe desde el otorgamiento del RPH, no cabe esa calificación; bien que los meros poseedores u ocupantes de UF no son miembros del consorcio, pues solo lo son los propietarios de UF, pero igualmente están obligados, *ex lege*, a respetar el RPH.

11. Legitimación para otorgar el reglamento de propiedad horizontal

Están legitimados para afectar a PH el dueño, los condóminos y el propietario superficiario (arts. 2038 y 2120 CCCN). Tratándose de un inmueble ya afectado al régimen de PH, quienes están legitimados para incorporar a este la obra nueva (ampliación objetiva de la afectación) son todos los titulares de los DR de PH, en cuanto titulares del *ius aedificandi* que emana de su derecho. Esto es así incluso en el caso del llamado "derecho de sobreelevar", pues su concesión implica transferir el ejercicio mas no la titularidad del *ius aedificandi*. Por tal razón es que el contrato de construcción que implica el derecho de sobreelevación, suele contener un poder irrevocable a

21. Bueres, Alberto J., "Obligaciones 'propter rem' y sus relaciones con otras figuras", en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Nº 90, 2012, p. 99-127, Nº 18.

22. Ibídem.

23. En este sentido, recuérdese que Vélez Sársfield aludía con la frase "derecho de propiedad" a todos los DR que se ejercían por la posesión (art. 2351 CCIV).

favor del concesionario o constructor para que en representación de aquellos modifique el RPH para efectuar dicha incorporación y transfiera la nueva UF con causa en dicho contrato.

12. Forma del reglamento de propiedad horizontal

El RPH debe redactarse en escritura pública (art. 2038), o sea, la voluntad de quien otorga el acto jurídico de afectación a PH –que implica la redacción del RPH– debe exteriorizarse en escritura pública como requisito de validez. La exigencia se justifica en la certeza que implica esta especie documental, que luce razonable por estar en juego el interés de los terceros a quienes se opondrán los efectos de un RPH que no otorgaron. Además, como el RPH integrará el título y este último debe otorgarse en escritura pública, es comprensible que aquel tenga la misma forma.

El CCCN no da margen para suplir la escritura. Si bien en materia de herencia la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad los comuneros estimen conveniente (art. 2369), la especificidad del artículo 2038 no deja margen alguno. Es nulo el RPH que se otorgue bajo otra especie documental, por ejemplo instrumento privado homologado por el juez de la sucesión o de la división de condominio.

13. Forma y efecto del acto de modificación jurídico-real objetiva inmobiliaria. Similitudes y diferencias con el reglamento de propiedad horizontal

La necesidad de otorgar por instrumento público –que, en la generalidad de los casos, se traduce en una escritura pública– el acto jurídico de modificación jurídico-objetiva del DR inmobiliario es una norma incontestable en nuestro sistema. Si bien no surge de manera específica y expresa, su existencia se extrae fácilmente de diversas normas que confluyen a estatuirla y está plenamente justificada.

Por un lado, nos encontramos con los artículos 1 y 4 a 7 de la Ley Nacional de Catastro 26209. Según el artículo 1, el organismo catastral administrará los datos relativos a los objetos territoriales con, entre otras, la finalidad de registrar la ubicación, límites, dimensiones, superficie y linderos de los inmuebles "con referencia a los derechos de propiedad emergentes de los títulos invocados o de la posesión ejercida". El artículo 4 prevé que la poligonal de límites que deslinda la cosa inmueble "debe surgir de uno o más títulos jurídicos" y el artículo 5 que los límites del inmueble –que constituyen un elemento esencial de la parcela– se establecen en relación a las causas jurídicas que les dan origen. Estas causas jurídicas o títulos son los actos jurídicos que deben instrumentarse públicamente.

El plano de mensura (art. 6 Ley 26209) constituye la pieza cuya registración en el organismo catastral provoca la constitución del estado parcelario (art. 7 Ley 26209). El efecto de la registración catastral del plano no es otro que la constitución de ese estado, mas no la mutación jurídico-real objetiva. La poligonal de límites que deslinda el inmueble debe surgir de un título jurídico (art. 4), el cual debe instrumentarse públicamente conforme se desprende del inciso a del artículo 1017. Si bien

este se refiere a los contratos, la configuración jurídica del objeto del DR inmobiliario es un acto accesorio preparatorio de todo contrato que se pretenda otorgar a su respecto. En efecto, para poder disponer del objeto inmobiliario es preciso, previamente, configurarlo jurídicamente, determinarlo, pues no se concibe el ejercicio de un poder sobre una cosa que no esté determinada.[24]

A su vez tal determinación permitirá matricular el inmueble en el RPI para que se puedan inscribir los documentos por los que se constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre aquel (art. 2, Ley 17801). Para que dichos documentos puedan ser inscriptos deberán estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda (art. 3).

El título a la adquisición del DR inmobiliario, que debe otorgarse bajo la especie de instrumento público que legalmente corresponda, contiene la determinación del tipo de DR y de los elementos de este (objeto y titular). Cualquier acto que implique un cambio en estos **debe instrumentarse públicamente**; esta es la regla que revela la constelación normativa constitutiva del subsistema jurídico-real inmobiliario. El evidente interés general involucrado en la materia justifica plenamente la imposición de esa forma.

Esta es una de las razones por las cuales la ley exige la sanción del RPH: para cambiar el tipo de DR y el objeto sobre el que recae, es decir para pasar del dominio sobre el edificio a la PH sobre las UF. Cambian pues el tipo y la cantidad de DR y los objetos de los nuevos DR. Se parte de una situación inicial de un DR de dominio sobre un inmueble y se culmina con dos o más DR de PH sobre dos o más UF. Anotamos la extinción del dominio y de la cosa sobre la que recae y el consecuente nacimiento por suplantación–subrogación de dos o más DR de PH sobre las UF.

Algo similar sucede cuando en base a un plano de mensura registrado catastralmente el dueño otorga una escritura de división del dominio. Parte de un DR de dominio que recae sobre un inmueble y culmina con dos o más DR de dominio, es decir de la misma especie, que recaen sobre cosas distintas, nacidas por subrogación con el inmueble de origen. Se extinguen el dominio y el inmueble de origen y nacen a sus expensas, por suplantación–subrogación, dos o más dominios y dos o más inmuebles. Materialmente, la situación no cambió pero en el plano jurídico-real operaron la extinción y el correlativo nacimiento de DR y cosas. Esta división del dominio también debe inscribirse en el RPI para ser oponible a terceros.

Luego, uno y otro acto de división (la división del dominio en dos o más dominios y el RPH) si bien tienen un contenido diverso –pues en la PH la mayor proximidad de las UF, la existencia de cosas y partes comunes a dos o más UF y la necesidad de contribuir a su conservación y la personificación del conjunto de propietarios de UF imponen una especial regulación–, desde el punto de vista jurídico-real de suplantación–subrogación de DR y cosas no presentan diferencias. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con la PH, para el dominio que se divide en dos o más dominios no se predica la existencia de ningún "estado". Los nuevos dominios existen aunque la escritura no se inscriba o no se enajene ninguno de ellos. ¿Cuál es la razón para apartar de este esquema al dominio cuando se pretende dividirlo por el régimen de PH?

24. Gatti, Edmundo, *Teoría de los derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 61; Allende, Guillermo L., *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967, p. 19.

14. Promesa de reglamento de propiedad horizontal

La promesa de RPH es una pieza que suele aparecer en la gestación de la PH. El desarrollador inmobiliario con sano criterio, al entregar los departamentos a los promitentes adquirentes –acto anterior a la registración catastral del plano de mensura horizontal que posibilita otorgar el RPH– suele incorporar al acta de entrega un proyecto de RPH que los promitentes adquirentes expresamente se obligan a cumplir. Si bien estos no son quienes suscribirán la escritura de RPH, el afectante queda obligado a otorgar el RPH en base a ese proyecto. (Este esquema estaba previsto en la derogada Ley 19724[25]).

Un supuesto de ineficacia que da lugar a una suerte de promesa de RPH se presenta cuando el instrumento del acto de afectación adolece de algún vicio que apareja su nulidad, por ejemplo la incompetencia del oficial público autorizante o la falta de su firma, caso en el cual si hubiera "enajenado una o más UF" queda obligado frente a los "adquirentes de UF" a cumplir con la formalidad (art. 285 CCCN). Verificado esto, las UF nacen a la vida jurídica (arts. 280 y 1885 CCCN).

15. Contenido del reglamento de propiedad horizontal

El contenido del RPH está en gran medida impuesto por la ley (art. 2056 CCCN) en miras al correcto funcionamiento del sistema que el afectante pretende instituir y para la protección de los terceros. Dado que algunos efectos del RPH son *erga omnes,* juega fuertemente el orden público en protección del interés general (art. 1884)[26]; de allí que la imposición de cierto contenido esté plenamente justificada.

16. Inscripción declarativa del reglamento de propiedad horizontal

La escritura de afectación a PH debe inscribirse en el RPI con fines de publicidad para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe. Mientras no se inscriba, el registro no abrirá las submatrículas de las UF. Pero de esto no se sigue que esa inscripción sea constitutiva del estado de PH (cuya existencia descartamos). Se trata de una cuestión de tracto registral: no inscripto el RPH no se inscribe de manera definitiva ningún acto que tenga por objeto una UF. Mientras tanto, el título que tenga por objeto una UF, que es válido, se inscribe provisionalmente en la matrícula del inmueble general. Es decir que, aunque el RPH no esté inscripto, se puede disponer válidamente de las UF pero los títulos no se inscribirán definitivamente en las respectivas submatrículas[27]. La modificación del RPH también debe inscribirse, con fi-

25. Art. 3 Ley 19724 de Prehorizontalidad: "Al otorgarse la escritura de afectación, el propietario del inmueble debe entregar al escribano la siguiente documentación que se agregará a aquella: […] e) Proyecto de reglamento de copropiedad y administración". Art. 28: "Mientras no se constituya definitivamente el consorcio, se aplicarán en cuanto sean compatibles, las disposiciones del proyecto de reglamento de copropiedad y administración previsto en el artículo 3º, inciso e)".

26. Kiper, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, pp. 647 y ss.; Highton, Elena I., ob. cit. (cfr. nota 12), p. 171, § 23.

27. Art. 111 del reglamento de la Ley del RPI para la Capital Federal (Decreto 2080/1980 - t. o. 1999): "Cuando se realizare escritura de constitución de reglamento de copropiedad y administración simultáneamente con la

nes de publicidad para su oponibilidad a terceros (art. 157 CCCN). Por otra parte, si el surgimiento del estado de PH dependiera de la inscripción del RPH, mientras esto no suceda no podría disponerse válidamente de las UF. Es más, la inscripción del RPH se erigiría, al lado de la tradición posesoria, en modo suficiente para transmitir la primera UF (art. 1892 CCCN)[28].

17. Efectos *erga omnes* del reglamento de propiedad horizontal

Advertimos un triple orden de efectos *erga omnes* que produce la afectación a PH. Por un lado, la negación de la existencia del estado de PH implica que el acto de afectación produce *per se* la extinción del DR afectado. Si su titular no puede disponer del inmueble es porque tanto el DR afectado como su objeto dejaron de existir. Correlativamente, si puede disponer de las UF es porque efectivamente existen y sobre ellas recaen los DR de PH. Es decir que, con el otorgamiento del RPH, tanto el DR afectado como su objeto se extinguen y en su lugar, simultáneamente, nacen los DR de PH y las UF. Tales son los **efectos reales-objetivos**: la suplantación–subrogación del DR afectado y su objeto por los DR de PH y las unidades.

Por otro lado, la obligación de respetar el RPH a cargo de los propietarios, poseedores y ocupantes de UF tiene un componente real, cifrado en que los sujetos de la obligación están determinados por la sola circunstancia de detentar una relación real con la UF: propiedad, posesión o tenencia. Este es un efecto *erga omnes* de índole **real-obligacional**.

También incluimos entre los efectos *erga omnes* del RPH el nacimiento y la oponibilidad de la persona jurídica consorcio, que llamamos efecto **real-institucional**. El consorcio está indisolublemente unido al acto de afectación –que implica la constitución de aquel y que contiene su estatuto–, al inmueble objeto del derecho afectado y a los DR de PH que nacen en reemplazo de este.[29]

Precisamente para oponer estos efectos a los terceros interesados de buena fe es que la ley exige la inscripción del RPH. No para producir el efecto sino para darle mayor alcance o eficacia subjetiva.

---

de transmisión o gravamen de unidades de dominio exclusivo, la solicitud de certificación deberá consignar tal circunstancia, con indicación de las unidades objeto de la venta o gravamen. Los documentos conteniendo los actos arriba expresados deberán ser presentados simultáneamente, salvo el caso de inscripción anterior del reglamento". Lo establecido en este artículo endereza la postura asumida por el RPI porteño en la DTR 3/1972, cuyo artículo 1 dispone: "A partir del día 1º de julio de 1972, toda vez que sea rogada la toma de razón de documento relativo a una unidad funcional, cuando aún no existiere registración definitiva del Reglamento de Copropiedad y Administración pertinente, será rechazada sin más trámite, a mérito de lo expuesto en la presente".

28. Art. 1892 CCCN: "Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. […] La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. […] La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos…".

29. De aquí que la ley prescriba que el consorcio tenga (deba tener) allí su domicilio. No estamos de acuerdo con la posibilidad de constituir el domicilio en otro lado (ver nota 43).

18. Personalidad del consorcio

El reconocimiento de la personalidad del consorcio surge expresa y específicamente de la ley (art. 148, inc. h CCCN). El RPH contiene el estatuto de esta persona jurídica, por medio del cual se estructuran sus órganos de gobierno, administración, representación y fiscalización interna (art. 158).

No debe confundirse el estatuto del consorcio con su acto constitutivo (RPH); hay entre ellos la misma relación que media entre la parte y el todo. El acto constitutivo es más amplio pues contiene otras previsiones ajenas al estatuto como la individualización e identificación del propietario afectante, la designación del primer administrador u otras resoluciones igualmente circunstanciales. El estatuto integra el acto constitutivo en cuanto reciben ese nombre todas las disposiciones que se adoptan genéricamente para regir la vida futura de la institución y que por ello no agotan su virtualidad en la consecución de un objetivo concreto determinado. En suma, el estatuto integra el acto constitutivo y condensa todo cuanto tiene de durable y de estructura normativa.[30]

El consorcio es la única persona jurídica privada de carácter necesario, pues su existencia es consubstancial al régimen de PH. Es inadmisible la configuración del sistema de PH si falta alguno de los términos del binomio "dos o más DR de PH"[31] y "consorcio". La pluralidad de propietarios no es un requisito esencial del sistema pero sí de operatividad de algunas de sus normas de funcionamiento interno. Más aún, del juego armónico de los artículos 1907 y 2055 resulta la subsistencia del binomio pese a la destrucción total del edificio (las UF), a menos que la asamblea por mayoría que represente más de la mitad del valor resuelva la demolición y venta del terreno y los materiales.[32]

19. Comienzo de la existencia del consorcio

El momento del nacimiento del consorcio es un tema discutido. La cuestión excede lo meramente doctrinario pues si se entiende que el ente nace al otorgarse el RPH, puede de ahí en adelante adquirir bienes, contratar dependientes, etc.

Según la teoría del estado de PH, el consorcio no nace con el RPH sino al enajenarse o adjudicarse la primera UF. La literalidad del artículo 2044 le sirve de apoyo al prever que "el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica consorcio". El artículo refiere no a uno sino a varios propietarios y no menciona el inmueble sino las UF.[33]

30. Llambías, Jorge J., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 95, nº 1185 bis.

31. Nos referimos a "los" DR de PH pero no a los "propietarios", pues admitimos la existencia y vigencia del sistema de PH aunque una sola persona sea titular de todas las UF. La afectación a PH parte de "un" inmueble y lógicamente no se concibe la división jurídica de este si de tal operación no resultan por lo menos dos UF.

32. Esto evidencia que, como se expresa en los fundamentos del anteproyecto, la personalidad jurídica es conferida por el legislador como un recurso técnico según variables circunstancias de conveniencia o necesidad que inspiran la política legislativa.

33. Según Mario Zelaya, el nacimiento del consorcio como persona jurídica se reconoce en dos fases: primero, cuando se otorga e inscribe el RPH (que coloca al edificio en estado de PH), y luego, cuando la comunidad está integrada por al menos dos consorcistas –cada uno de ellos titular de su propio DR de PH–, o sea, cuando es posible que funcione el sistema horizontal, tornándose aplicable el régimen de mayorías y minorías, de sec-

Según Moreira, al otorgarse "e inscribirse" el RPH, se extingue el dominio y comienza su aplicación el régimen de PH.[34] Por ello considera que el RPH es un acto de disposición y no de mera administración, al operar una metamorfosis sobre la esencia misma de los derechos que detenta el propietario. A partir de ese momento, el edificio queda dividido en unidades y el titular de dominio se convierte en propietario de UF. Algunas de estas, expresa Moreira, pueden estar alquiladas o gravadas con usufructo a favor de distintas personas, en cuyo caso tendrán vigencia algunas normas del RPH, por ejemplo, las que regulan la convivencia y el pago de las expensas comunes. Otras unidades pueden ser hipotecadas a diferentes acreedores; otras estar ocupadas por intrusos. También puede haber UF embargadas por distintos jueces. Con este panorama, parece difícil negar la virtualidad jurídica de la división del edificio y el nacimiento de los DR de PH, aunque se trate de un solo dueño, y "en los hechos el consorcio de propietarios está latente por carecer de pluralidad de sujetos".[35]

En línea con nuestra tesis negatoria del estado de PH, entendemos que tanto el consorcio como los DR de PH nacen con el otorgamiento del RPH válido[36], antes de su inscripción registral. Esta se impone al solo efecto de la oponibilidad a terceros interesados de buena fe. Mientras el RPH no se inscriba, no se abrirán las submatrículas y los títulos de las UF no lograrán emplazamiento registral definitivo, pero los DR de PH preexisten a esa inscripción y pueden oponerse a todos salvo a los terceros interesados de buena fe. De todas formas, mientras esté vigente la inscripción provisional de dichos títulos en la matrícula del inmueble general, no podrá invocarse contra ellos la inoponibilidad de lo no inscripto. Está claro que, para que nazcan los DR de PH, es preciso que el RPH sea válido[37]. Afectación al régimen de PH, DR de PH y consorcio se erigen en un trinomio fundamental inescindible que da coherencia al sistema.

El artículo 154 CCCN sustenta acabadamente nuestra tesis de que el consorcio nace sin necesidad de inscribir el RPH, por cuanto: a) al permitir a la persona jurídica en formación inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables supone la personalidad; b) la permisión está dirigida a la persona jurídica y ello implica que esta existe; y c) la frase "en formación" implica la falta de inscripción. En conclusión, el consorcio preexiste a dicha inscripción.

Si bien es cierto que mientras una sola persona sea titular de todas las UF no habrá "en los hechos" cosas y partes "comunes", no lo es menos que esta es una ob-

---

tores privativos y de bienes comunes, y de derechos y obligaciones en general ("La propiedad horizontal", en Kiper, Claudio M. [dir], *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación [Ley 26994]*, Santa Fe, Rubinzal-Cuzoni, 2015, pp. 9-94).

34. Moreira (ob. cit. [cfr. nota 5]) cita en apoyo de su tesis el fallo CNCiv., Sala A, 20/4/1959 (*La Ley*, t. 95, p. 64), con voto del Dr. Llambías.

35. Ídem, t. 2 p. 336.

36. Según las conclusiones del Tema 15 ("Propiedad horizontal") de la 39ª Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015): "El nuevo Código no se expide sobre el inicio de la persona jurídica consorcio, sin embargo cabe interpretar que se inicia con el otorgamiento del reglamento aun cuando el inmueble tenga un solo propietario, por aplicación de lo que dispone el artículo 142 del CCyCN relativo al comienzo de la existencia de la persona jurídica en general".

37. En este sentido, Zelaya señala: "… para la adquisición del 'derecho real de propiedad horizontal', es condición imprescindible que el edificio se halle en 'estado de propiedad horizontal', en virtud del previo otorgamiento del reglamento, el cual podrá estar inscripto **o en condiciones de serlo**…" ("Superficie", en Kiper, Claudio M. [dir.] y Daguerre, L. O. [coord.], *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. III, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 171).

servación que no permite atender los problemas de la convivencia en el período que transcurra desde el otorgamiento del RPH hasta la escrituración de las UF y que pone a cargo de los terceros una diligencia exagerada para poder conocer la existencia del consorcio, cual es averiguar si se enajenó o adjudicó alguna UF.[38] Sin embargo, la ley permite a los terceros –como recaudo suficiente– exigir que el representante suscriba y les entregue copia firmada por él del instrumento del que resulta su representación (art. 374), pero no de la escritura de enajenación o adjudicación de la primera UF. Ello quiere decir que es irrelevante para el tercero la enajenación o adjudicación de la primera UF. El administrador opone a los terceros su carácter de representante orgánico del consorcio con el RPH inscripto (doctrina art. 381). Es impertinente, pues, exigirle al tercero que verifique si se enajenó o adjudicó alguna UF para determinar la existencia del consorcio con el cual pretende contratar. A su respecto, el consorcio existe a partir del otorgamiento del RPH (sin perjuicio de que el tercero interesado de buena fe puede invocar la inoponibilidad de lo no inscripto; es decir, no se le podrá oponer la existencia del consorcio si el RPH no está inscripto, a menos que sea de mala fe).

Adviértase que el CCCN, a diferencia de la Ley 13512[39], no prevé un condominio sobre las llamadas "partes comunes" ni que cada titular sea copropietario de estas. Surge del CCCN que las cosas y partes son comunes "a las unidades funcionales" (art. 2040) o propias "con respecto a la unidad funcional", las partes son privativas o comunes "de un edificio" (art. 2037).

Esta clasificación, desubjetivada, es puramente normativa pues las partes no son comunes o propias con relación a las personas sino en orden a la configuración del objeto del DR, que en la PH **es siempre un inmueble propio** (art. 2037) y no las diversas partes que se integran para conformarlo. El objeto de la PH es el todo que resulta de la integración de esas partes. Si bien se habla de cosas o partes del edificio privativas y comunes como si se tratara de propiedades separadas, la realidad es otra; unas y otras forman una unidad, están indisolublemente unidas, y no hay más que un solo bien (art. 2037)[40]. Por lo tanto, no faltan las "partes comunes" por el hecho de que una persona sea la dueña de todas las UF. Las partes "comunes" son tales por estar así referidas en la ley o el RPH, no por pertenecer en copropiedad a dos o más personas. Prueba suficiente de que basta la existencia "normativa" de las cosas y partes propias o comunes para que el régimen de PH esté operativo es que en caso de que la asamblea apruebe la reconstrucción si ocurrió la destrucción total del edificio, los DR de PH no se extinguen (arts. 1907 y 2055), existen aunque "materialmente" no haya partes propias por haber sido destruidas. Además la ausencia de la pretendida copropiedad sobre las partes comunes en el CCCN también se daría en el caso en que las partes sean comunes a "algunas unidades" y estas pertenezcan a un mismo

38. El tercero que pretenda contratar con el consorcio debería requerir además del RPH alguna escritura de transmisión o adjudicación de una UF, pues de lo contrario se expone a contratar con una persona inexistente y el administrador a responder personalmente por invocar una representación inexistente. Además debería verificar que se cumplió el modo suficiente.

39. Art. 2 Ley 13512 de Propiedad Horizontal: "Cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y **copropietario** sobre el terreno y sobre todas las cosas de uso común del edificio, o indispensables para mantener su seguridad…". Art. 10 LPH: "Los asuntos de interés común que no se encuentren comprendidos dentro de las atribuciones conferidas al representante de los **condominios**, serán resueltos, previa deliberación de los propietarios, por mayoría de votos…".

40. Highton, Elena I., ob. cit. (cfr. nota 12), p. 139 § 15.

titular: con el criterio subjetivo no serían "comunes" por pertenecer a un único titular. En definitiva, las partes son "normativamente" propias o comunes (a todas o a algunas unidades) por recibir esa calificación de la ley o del RPH y no por la pluralidad subjetiva pretendida por la teoría del estado de PH.

20. Funcionamiento del consorcio unipersonal

Mientras todas las UF pertenezcan a una sola persona, el funcionamiento interno del consorcio se ve atenuado por el auto–organicismo que dicha situación provoca. La falta de pluralidad subjetiva causa la inercia de algunas normas que regulan el funcionamiento intraconsorcial de los órganos, lo que conduce a una gran concentración de competencias en la asamblea. Así, por ejemplo, la asamblea unipersonal puede autoconvocarse, incorporar al orden del día redactado por el administrador los puntos que desee, resolver en todos los casos por unanimidad y decidir sobre todas las cuestiones (arts. 2058 y 2059). Sin embargo, resultan plenamente aplicables algunas reglas que conectan internamente a los órganos, por ejemplo la que establece la necesidad del administrador de recabar el acuerdo de la asamblea para nombrar y despedir al personal del consorcio (art. 2067, inc. f). Si bien es imposible integrar el consejo de propietarios por faltar el sustrato subjetivo necesario para ello, las funciones que la ley o el RPH le atribuyen no quedan vacantes sino que serán desempeñadas por la asamblea unipersonal. En consecuencia, el administrador debe pedir autorización al propietario de todas las UF para disponer del fondo de reserva ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios (art. 2064, inc. c). La falta de pluralidad de miembros del consorcio no obsta la existencia de dicho fondo, pues este puede haberse recaudado de los poseedores compradores por boleto (art. 2050).

Pero en la esfera externa, el auto–organicismo no opera pues la representación legal del consorcio corresponde únicamente al administrador (arts. 358, 2º párr., y 2065), si bien la asamblea unipersonal puede removerlo en cualquier momento. Pero mientras el consorcio no ponga, a través del nuevo administrador, la revocación en conocimiento de los terceros por medios idóneos, no es oponible a estos, es decir que el anterior administrador obliga al consorcio frente a los terceros, a menos que se pruebe la mala fe de estos en el momento de celebrar el acto jurídico con el anterior administrador (art. 381).

Dentro de este esquema si bien la asamblea es soberana y puede "internamente" desplazar a los demás órganos para resolver las cuestiones atribuidas a estos, en las "relaciones exteriores" no puede ejercer la competencia adjudicada al administrador, pues en ese ámbito el interés preponderante merecedor de protección es el de los terceros.

No notamos que la interpretación de que el consorcio nace al otorgarse el RPH apareje consecuencias desfavorables, sino al contrario:

1) Se ajusta a lo que sucede en la realidad[41], en la que el administrador desde ese momento obra en nombre del consorcio para tramitar la rúbrica de los libros, cumple las obligaciones derivadas de la legislación laboral, previsional y tribu-

41. Según Moreira, los DR de PH nacen al inscribirse el RPH y esta solución contempla más adecuadamente la realidad (ob. cit. [cfr. nota 5], p. 345) pese a que "en los hechos el consorcio de propietarios está latente por carecer de pluralidad de sujetos" (p. 336).

taria (p. ej., obtención de CUIT, registración de empleados), abre la cuenta bancaria para recaudar las expensas y abonar los gastos operativos, etc.
2) Brinda mayor seguridad a los terceros, quienes contratan con el administrador sin necesidad de indagar si se enajenó o adjudicó la primera UF.
3) Abre más vías para facilitar la composición de los conflictos que se susciten, pues legitima al administrador para accionar vía el artículo 2069 contra el ocupante que infringe las prohibiciones establecidas en la ley o en el RPH. Como ejemplo, imagínese el supuesto de un edificio recién construido, cuyo propietario dio la posesión de los departamentos a los promitentes compradores y lo afectó al régimen de PH pero antes de escriturar las UF se anota una prohibición de innovar.
4) Contribuye a la conservación del inmueble pues legitima al administrador para perseguir el cobro ejecutivo de las expensas a los poseedores (art. 2098).
5) Posibilita constituir superficie "sobre construcciones ya existentes aun **dentro del régimen de propiedad horizontal**" con anterioridad a la enajenación o adjudicación de la primera UF.[42]

Las soluciones que derivan de la teoría negatoria del estado de PH se exhiben valiosas; nos preguntamos entonces ¿cuáles son las ventajas que derivan de la teoría afirmativa? y ¿cuál es el sustento normativo de esta?[43]

21. Capacidad. Objeto

El objeto del ente consorcial no puede ser otro que el mantenimiento, conservación y reparación de las cosas y partes comunes. La ley impone dicho objeto y por el orden público que campea en la materia no puede modificarse por voluntad de los miembros. En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, el objeto puede ir un poco más allá y consistir, por decisión de la asamblea, en su reconstrucción (art. 2055). Dado que el objeto del consorcio no puede ser otro que el impuesto por la ley, su mención en el RPH tiene un propósito solo docente.

El accionar del consorcio debe estar enderezado al cumplimiento de esos fines. Este aspecto no debe perderse de vista cuando se pretende aplicar el principio de especialidad a la capacidad del consorcio de PH.[44] De allí que admitamos que el consorcio, con miras a satisfacer su objeto, pueda adquirir UF del mismo inmueble.

El acto otorgado por el administrador en nombre del consorcio no debe evaluarse en sí sino a la luz del fin perseguido.[45] Por tal razón, es aconsejable que conste

42. Zelaya, pese a ser partidario de la teoría del estado de PH, afirma la posibilidad de constituir superficie por parte del titular único del inmueble sometido al régimen de horizontalidad cuando ya hay división jurídica del edificio pero aún no hay titulares del DR de propiedad horizontal que puedan ejercer la facultad de constituir la superficie en los términos del art. 2118 (ob. cit. [cfr. nota 37], p. 171).

43. Según Musto (ob. cit. [cfr. nota 3], p. 723 § 358), "no es indispensable que se enajene –por lo menos– una unidad para que nazca la propiedad horizontal y, aunque el dominio de todas las unidades pueda parecer una situación anómala o de transición, sostenemos que exigir la existencia de al menos una enajenación, importa una **petición de principio**, ya que esa enajenación no se podría realizar si la cosa no está sometida al sistema". [El destacado nos pertenece].

44. Kiper, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 26), p. 580.

45. Art. 144 CCCN: "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

claramente expresado en el acto otorgado y en el acta que contenga la decisión orgánica de otorgarlo.

El ámbito de actuación del representante y la extensión de su competencia frente a los terceros comprende: a) el acto incluido en el objeto consorcial; b) el acto accesorio de otro comprendido en el objeto; c) el acto que tenga por finalidad preparar la ejecución de un acto del objeto; y d) el acto que tienda a facilitar la realización de otro incluido en el objeto o el cumplimiento del objeto en sí.

22. Nombre

Toda persona jurídica debe tener un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada (art. 151). El nombre debe satisfacer los recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva. De allí que el nombre del consorcio suela incluir la ubicación del inmueble. También puede usarse un nombre de fantasía, que responda a la marca empleada para comercializar el producto inmobiliario. Notarios y registradores deben controlar la legalidad de la denominación al otorgarse e inscribirse el RPH.[46]

Si bien en el título del CCCN correspondiente a la PH se alude al ente con la palabra "consorcio" o la frase "consorcio de propietarios", el artículo 148, al enumerar las personas jurídicas privadas, lo refiere como "consorcio de propiedad horizontal", frase que satisface adecuadamente el recaudo de veracidad. Descartamos el uso de la palabra "consorcio" a secas, para distinguir mejor esta persona del contrato de consorcio de cooperación (art. 1470 y sigs.) que si bien carece de personalidad (art. 1442) tiene denominación, la que se forma con un nombre de fantasía integrado con la leyenda "consorcio de cooperación" (art. 1474, inc. d). También descartamos la frase "consorcio de propietarios" por resultar incompleta al no especificar que se trata de una PH ni cuál es el objeto de la propiedad (las UF); además si se afecta a PH la propiedad superficiaria con separación del suelo (art. 2120, 2º párr.), podría erróneamente interpretarse que la palabra "propietarios" alude no solo a los de las UF sino también al *dominus soli*, quien en tal carácter no integra el consorcio.

Por otra parte, para cumplir los recaudos de veracidad y aptitud distintiva, si lo afectado a PH es la propiedad superficiaria con separación del suelo, opinamos que, en la denominación del consorcio, a la frase "consorcio de propiedad horizontal" debe agregarse la calificación superficiaria, o sea "consorcio de propiedad horizontal superficiaria".

23. Domicilio

El artículo 2044 prevé que el consorcio tiene su domicilio –la sede, según el artículo 152– en el inmueble. Entendemos que es imperativo que el domicilio se establezca

---

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".

46. Ver en este sentido el art. 2 *in fine* de la DTR 2/2016 del RPI de la Capital Federal.

allí, pues el artículo 2056, que especifica cuál debe ser el contenido del RPH, no menciona el domicilio como un dato que pueda elegir el afectante. La imposibilidad jurídica de cambiarlo obedece a evidentes razones de seguridad jurídica.[47]

24. Patrimonio

La composición del patrimonio del consorcio debe estar mencionada en el RPH (art. 2056, inc. e).

Las cosas y partes comunes no integran el patrimonio del consorcio sino que pertenecen a los propietarios de las UF; de aquí que las rentas que de ellas provengan no corresponden al consorcio, salvo que el RPH o los propietarios dispongan lo contrario.[48]

24.1. ¿Puede el consorcio adquirir unidades funcionales del edificio?

El CCCN no prevé expresamente para la PH común la posibilidad de que el consorcio adquiera la propiedad de una UF del edificio. Está claro que el consorcio no puede perseguir el lucro como fin, ni para sí ni para sus miembros o terceros. Sin embargo, el reconocimiento de su personalidad implica admitir que tiene aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones en orden al cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (art. 141). En la medida que el acto otorgado por el consorcio no esté destinado a la consecución de fines que le sean ajenos, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona debe imputarse al consorcio (art. 144).

La adquisición, titularidad y ejercicio del DR de PH sobre unidades no resultan *per se* un acto contrario al objeto y fines consorciales. Consideramos que mal puede predicarse la incompatibilidad o inidoneidad sujeto–acto si no se evalúa la finalidad que aquel busca satisfacer con este, pues el acto no es en sí inválido o ilícito ni por sí escapa a una vinculación con el objeto consorcial. Podría pensarse que el consorcio se autofagocita al adquirir las unidades que pertenecen al inmueble respecto del cual está justificada e indisolublemente unida su existencia, mas este pensamiento parece extremista. El caso presenta cierta analogía con la hipótesis regulada en el artículo 220 de la Ley General de Sociedades, que regula la posibilidad de la SA de adquirir sus propias acciones. Pero la intención de la ley de que las acciones no permanezcan en el patrimonio de la sociedad, evidenciada por la imposición de su cancelación o enajenación, se justifica razonablemente en la inutilidad de dicha situación. En el caso del consorcio, la diversa naturaleza del bien de que se trata, el rédito que de él se puede extraer y el débil impacto que el ente consorcial tiene como sujeto en el tráfico jurídico nos alejan de esa solución legislativa. En la medida que el producido del alquiler se aplique a la prosecución del objeto consorcial, la negativa nos resulta poco sostenible bajo una mirada finalista de sostenimiento del sistema y ante la falta de una norma prohibitiva expresa. Además, adviértase que la Ley de Sociedades no restringe la adquisición de sus propias acciones por la SA cuando está en juego el in-

47. Para Kiper, nada impediría que pueda constituirse en otro lado, aunque no le parece muy práctico hacerlo (ob. cit. [cfr. nota 26], p. 580).

48. Ídem, p. 581.

terés social. La prohibición en el ámbito societario apunta a otro objetivo, el de evitar generar confusión en los terceros que contraten con la sociedad que muestra un capital que está aguado al respaldarse en acciones emitidas por ella misma.[49] Esta situación no se da en el caso del consorcio, en el cual el capital no existe como elemento estatutario y los terceros que contratan consideran no el patrimonio consorcial sino el buen nombre del edificio y, a lo sumo, el patrimonio de los consortes, evidenciado por el tipo de edificio de que se trate (ubicación, calidad, etc.).

Cabe admitir que el consorcio pueda adquirir UF por dación en pago para evitar que tenga que sacar a remate los bienes de los deudores para obtener el cobro y sufrir los perjuicios que suele causar el obrar de la "liga". El producido de la posterior venta o alquiler de las unidades permitirá equilibrar las cuentas del consorcio.

Por otra parte, el artículo 2085 CCCN prevé expresamente para los conjuntos inmobiliarios la posibilidad de que el consorcio adquiera una unidad.[50] Consideramos que ello no hace a la diferencia específica entre la PH común y la especial, es decir que rige para ambas especies de PH. Por otra parte, no hay norma prohibitiva expresa que obste la adquisición de UF del edificio sino que, por el contrario, el artículo 154 CCCN contempla la posibilidad de que la persona jurídica en formación pueda inscribir preventivamente a su nombre bienes "registrables".

Para despejar las dudas que en la praxis puedan suscitarse al respecto consideramos conveniente incluir en el RPH una cláusula que expresamente faculte en determinadas situaciones al consorcio a adquirir, enajenar o alquilar UF del edificio.

24.2. ¿Puede el consorcio adquirir otros inmuebles?

No advertimos inconveniente en que el consorcio adquiera inmuebles adyacentes, por cualquier modo que sea, incluida la usucapión, siempre que el acto esté enderezado a la consecución de los fines que justifican su existencia y no choque con la norma del artículo 2041 CCCN.[51] Hacemos extensiva a este supuesto la recomendación efectuada en el último párrafo del subinciso anterior.

24.3. ¿Puede el consorcio adquirir otros bienes registrables?

La respuesta es afirmativa. Reiteramos, el artículo 154 CCCN contempla la posibilidad de que la persona jurídica inscriba a su nombre bienes registrables, incluso antes de la inscripción del RPH. Imagínese el supuesto no descabellado de un conjunto

49. De allí que la ley prohíba a la sociedad recibir de los directores en garantía acciones representativas de su propio capital (art. 222 LGS).

50. Kiper, Claudio M. ob. cit. (cfr. nota 26), p. 583.

51. Según Marcela H. Tranchini, el consorcio puede adquirir otros inmuebles en la medida de su concordancia con sus fines, ejemplifica con la adquisición de un terreno lindero para espacios guardacoches, que beneficia a todas las unidades de un edificio que carece de cocheras ([comentario al art. 2039], en Clusellas, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 57). Creemos que el consorcio puede adquirir la propiedad del terreno en esas condiciones **pero que debe incorporarlo sin demora al régimen de PH en calidad de parte común** (art. 2041, inc. 1, CCCN). Aceptamos que el consorcio mantenga la titularidad del terreno mientras se tramita el plano de modificación de la mensura horizontal a tal efecto y la escritura de reforma del RPH. Mientras tanto, parece que el inmueble está más a resguardo en el patrimonio del consorcio que en el de todos y cada uno sus miembros en condominio.

inmobiliario que se desarrolla en una fracción de tierra de gran tamaño, que requiere de uno o más vehículos para que el personal de seguridad pueda trasladarse más velozmente (art. 2079 *in fine*). En la medida en que el consorcio no tercerice los servicios de, por ejemplo, jardinería o seguridad, deberá reconocérsele aptitud legal para adquirir los bienes no registrables o registrables a emplear para el desarrollo de tales actividades en la órbita espacial circunscripta por los límites del inmueble general. Por el principio de especialidad, el consorcio no puede prestar servicios a otros conjuntos inmobiliarios pero sí atender sus propios requerimientos en una materia indudablemente vinculada a su objeto y los fines de su creación.

24.4. ¿Puede el consorcio ceder créditos por expensas?

Cabe admitir que el consorcio ceda el crédito por expensas para evitar tener que sacar a remate los bienes de los deudores para obtener el cobro y sufrir los perjuicios que suele causar el obrar de la "liga". El producido de la cesión permitirá equilibrar las cuentas del consorcio. La cesión permite al consorcio hacerse más rápidamente de fondos líquidos para la atención de su objeto.

24.5. Imposibilidad lógica de inscribir unidades funcionales del edificio a nombre del consorcio "en formación"

Una de las consecuencias de admitir que el consorcio nace al otorgarse el acto de afectación a PH es que a partir de entonces el afectante pueda transferirle la UF que el RPH mencione como un bien integrante del patrimonio consorcial (art. 2056, inc. e). Sin embargo, la UF no se inscribirá a nombre del consorcio "en formación" pues el registro no abrirá las submatrículas mientras no se inscriba el RPH, momento a partir del cual el ente deja de estar "en formación". Es decir que si bien la UF se transfiere a favor del consorcio en formación, se inscribe cuando deja de estarlo.

25. Estructura orgánica del consorcio de propiedad horizontal

La asamblea y el administrador son los órganos necesarios del consorcio. Puede prescindirse del consejo de propietarios (art. 2058, inc. d *in fine*) pero conviene instituirlo en los inmuebles que cuenten con no poca cantidad de UF.

Desde la afectación a PH, aunque sea otorgada por el único titular, el consorcio debe contar con los órganos de gobierno y de administración integrados. Si bien no es lógicamente posible que aquel no lo esté (asamblea unipersonal) puede ocurrir que el administrador designado en el RPH rechace su nombramiento. En tal caso, tratándose de un administrador profesional, requisito que hoy exigen diversas normas locales (por ejemplo, la Ley 941 modificada por las Leyes 3254 y 3291 de la CABA), debe tomar las providencias conservatorias urgentes (doctrina art. 1324 *in fine*).

26. Objeto de la afectación a propiedad horizontal. Variantes

El dueño y los condóminos pueden afectar a PH el inmueble general. Puede ocurrir que haya construcciones en este que no se afecten a PH por diversas causas:

A) Por violar las reglas del poder de policía de la construcción.[52] Podemos clasificarlas de la siguiente manera:

a) **Construcciones precarias en partes comunes.** Si se incorporaron al edificio construcciones precarias, no se computan en el plano ni se afectan al régimen de PH. Sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, la Municipalidad podrá ordenar demoler lo construido en contravención. En este caso, sugerimos incorporar al RPH una cláusula que regule todo lo atinente a la demolición: quién la hará, quién la costeará, remoción y venta de los escombros, plazos, etc.

b) **Construcciones no precarias en partes privativas.**

b.1) **Que no afectan la funcionalidad.** Si alguna unidad tiene parcialmente construcciones no precarias, efectuadas sin permiso, que no hacen a su funcionalidad, solo se computarán las superficies aprobadas. El alta de dichas construcciones solo se hará por aprobación de la autoridad municipal en cuyo caso deberá presentarse el plano modificatorio de la mensura horizontal.

b.2) **Que afectan la funcionalidad.** Si existen una o más unidades de construcción no precaria, que no posean permiso de obra en su totalidad o tengan construcciones sin permiso que hacen a su funcionalidad, serán registradas en carácter de "proyecto" hasta que se obtenga la aprobación de las construcciones mencionadas por intermedio de la autoridad competente. Obtenida la misma se les dará el alta respectiva.

B) Por conformar un objeto jurídicamente distinto. Si el inmueble que se afecta, parte integrante de otro, está disociado jurídicamente por uno o más derechos reales de superficie, cada una de las propiedades superficiarias constituidas podrá, cumplidos los requisitos de la ley, tener su propia afectación, sin perjuicio de la posibilidad de integrar luego los objetos sobre las que recaen bajo una sola afectación.

27. Afectación de la superficie al régimen de propiedad horizontal con separación del terreno perteneciente al propietario

El propietario superficiario puede afectar la construcción al régimen de PH con separación del terreno perteneciente al propietario, salvo pacto en contrario (art. 2120).

Esta posibilidad suscita las siguientes primeras observaciones:

i. La finalidad de la norma va más allá de legitimar al propietario superficiario para afectar a PH el objeto sobre el que recae su DR. Decimos esto dado que

52. Véase, para el ámbito de la CABA, la Ordenanza Municipal 26134 (15/11/1971, Boletín Municipal Nº 14172, p. 19547). Se sugiere prever en el RPH un poder especial irrevocable para tramitar la incorporación de estas construcciones al régimen de PH y sus consecuencias (cambio de porcentajes de participación en las partes y cosas comunes, en la contribución al pago de las expensas comunes, etc.).

la legitimación surge de otra norma: la que prescribe aplicar a la propiedad superficiaria las reglas del dominio revocable (art. 2128). Ergo, si el dueño revocable puede afectar a PH, también puede hacerlo el propietario superficiario. Entonces la norma del 2120 no debe verse como una simple reiteración de la legitimación que resulta del artículo 2128 sino que habrá de buscarse en ella otro significado.

ii. La norma no emplea la palabra "terreno" a secas, refiere al "terreno perteneciente al propietario". Por propietario entendemos al superficiante, al *dominussoli*. La aclaración que hace el artículo de que el terreno que queda afuera de la afectación es el del *dominussoli* no conduce a que la propiedad superficiaria no deba recaer en parte del terreno del inmueble de origen.

iii. Consideramos que la ley en el artículo 2120 emplea la palabra "terreno" para contrarrestar de cierta manera la previsión del artículo 2041 según la cual el "terreno" debe ser una parte necesariamente común. Lo que el artículo 2120 permite dejar afuera de la afectación no es "el terreno" sino el "perteneciente al propietario". Habrá de considerarse, pues, que hay un terreno "perteneciente al propietario" y otro perteneciente al superficiario.

iv. En caso de que el superficiario otorgue el RPH con separación del terreno perteneciente al propietario, lo que queda fuera de la afectación no es solo dicho "terreno" sino todo lo que jurídicamente forma parte de él (subsuelo, accesiones, etc.); estrictamente, queda afuera todo aquello que conforma el objeto sobre el que recae el derecho real del *dominussoli*, o sea el objeto constituido por el negativo fotográfico del objeto de la propiedad superficiaria, que por ley recibe el nombre de "suelo"[53]. El terreno perteneciente al *dominussoli*, su subsuelo y accesiones integran el "suelo", que es lo que verdaderamente queda afuera de la afectación otorgada solo por el superficiario.

v. El suelo no necesariamente incluye el terreno, pues la propiedad superficiaria puede extenderse desde el subsuelo hasta un nivel superior a la cota cero. Es más, la superficie puede abarcar el inmueble en toda su extensión (art. 2116: puede constituirse sobre todo el inmueble), en cuyo caso el objeto del suelo debe concebirse infinitesimalmente, en el plano de la pura abstracción, como impalpable piel que rodea el cuerpo de la propiedad superficiaria.

vi. En el caso del artículo 2120 que comentamos el objeto de la propiedad superficiaria debe incluir una parte del terreno del inmueble de origen, pues en la PH el terreno es una parte necesariamente común (art. 2041 inc. a). Sin terreno las UF que resulten de la construcción superficiaria no cumplen con el requisito establecido en el artículo 2039: tener "comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común". Esto exige que el objeto de la propiedad superficiaria esté integrado, a nivel de cota cero, por una parte del terreno del inmueble de origen[54]. Sin una parte del terreno los "superficiarios subterráneos" no pueden emerger al nivel cero, ni descender a él los "superficiarios

53. Refieren al suelo y al DR que recae sobre ellos (arts. 2115, último párrafo, 2125 y 2126).

54. Zelaya (ob. cit. [cfr. nota 33], p. 22) entiende que la recepción legal del derecho real de superficie puede dar lugar a una edificación en PH sin terreno. En cambio, Kiper ("Superficie" en ob. cit. [cfr. nota 33], p. 268) expresa "puede darse la situación de que el superficiario […] edifique unidades que cumplan con los recaudos necesarios para poder someterse al régimen de P.H. (*v. g.*: **independencia**, **salida a la vía pública**, reglamento, administración, etc.)…".

aéreos". La posibilidad de constituir una servidumbre de paso sobre el suelo o de ampliar la extensión del inmueble gravado para que el aprovechamiento de la superficie pueda ser útil (art. 2116 *in fine*) no conmueve la necesidad de que las unidades tengan comunicación con la vía pública "directamente o por un pasaje común" (art. 2039). El pasaje debe ser necesariamente común a las UF superficiarias (art. 2041 inc. b).

vii. Si se admitiera que la propiedad superficiaria afectada a propiedad horizontal no tuviera contacto inmediato con el terreno no podría darse cumplimiento a lo prescripto en el artículo 2039 del CCCN: la propiedad de la UF comprende la parte indivisa de a) el terreno y b) las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad.
Si admitimos que la propiedad superficiaria se emplace por encima del nivel de terreno, la estructura que la sostenga no integrará las UF superficiarias violándose así la prescripción de que integren las UF las partes indispensables para mantener su seguridad. Dicha estructura tampoco podría ser parte necesariamente común, infringiéndose el artículo 2041 inciso d[55].

viii. "la construcción" referida en el artículo 2120 es comprensiva de:
   a. "lo construido" que preexista a la constitución de la superficie, cuya propiedad el superficiario adquiera derivativamente, por transmisión efectuada a su favor por el constituyente y
   b. "lo que construya" el superficiario en ejercicio del *iusaedificandi*, cuya propiedad adquiera de manera originaria por la accesión que implica la construcción que *iure proprio* realice en base al derecho de superficie;

ix. Habida cuenta de lo prescripto en el artículo 228, las reglamentaciones locales no deberían exigir que el ancho y largo de la parte del terreno comprendida en la parcela superficiaria para conformar el pasaje común que posibilite la salida a la vía pública sea mayor que la necesaria a tal fin (emplazamiento de la entrada y el hall de entrada del edificio, que comprenda las escaleras y el o los ascensores, o el ancho para la entrada y salida de vehículos si tuviere un estacionamiento).

x. El suelo y la superficie en cuanto objetos distintos[56] pueden tener cada uno su propia afectación a PH, siempre que cada uno cuente con una parte del terreno del inmueble de origen que posibilite el cumplimiento del precitado requisito del artículo 2039. Esta interpretación permite armonizar la posibilidad de afectación a PH que brinda el artículo 2120 con la exigencia de que el terreno sea una parte necesariamente común. Por supuesto que cada afectación incluye solo la parte del terreno que integra su objeto y no la correspondiente al objeto del otro derecho.

xi. Si la construcción superficiaria no cumple el requisito de comunicación con la vía pública directamente o por un pasaje común, no podrá afectarse a PH, por no cumplirse lo prescripto en el artículo 2039. En ese caso habrá que resolver

55. Art. 2041 CCCN: "Cosas y partes necesariamente comunes. Son cosas y partes necesariamente comunes: […] d) los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispensables para mantener la seguridad".

56. No hablamos de objetos "independientes" dado que la propiedad superficiaria nunca logra independizarse del todo del derecho gravado con superficie (nuestro sistema no admite la superficie perpetua y mantiene la fuerza gravitacional y expansiva del dominio). El objeto de uno y otro están destinados fatalmente a unirse.

un problema de funcionalidad, pues de lo contrario se habrían gastado recursos de la economía en un objeto que por no poder accederse a él resultaría inútil. Para esto puede acudirse a alguno de los siguientes expedientes, sin perjuicio de otros:

a. ampliar la extensión del inmueble gravado con superficie en los términos del segundo párrafo del artículo 2116; o
b. gravar con servidumbre de paso el suelo como fundo sirviente, que dure todo el plazo de la superficie. Tratándose el suelo y la superficie de dos inmuebles que si bien vinculados son distintos, si alguno de ellos carece de comunicación suficiente con la vía pública la constitución de servidumbre real es forzosa (art. 2166); o
c. incorporar la construcción al régimen de propiedad horizontal, sea afectando conjuntamente el suelo y el objeto de la superficie, o incorporando la superficie a la afectación a PH preexistente que recaiga sobre el suelo, en ambos casos previa unificación parcelaria[57].

xii. Otro tanto sucede si el suelo queda en toda su extensión material fuera del nivel de cota cero del terreno, pero en esta hipótesis no es de aplicación lo previsto en el inc. a) anterior.

xiii. Si se afecta a PH el inmueble resultante de la unificación parcelaria del suelo y la propiedad superficiaria, el RPH debe ser redactado por el *dominussoli* y el superficiario. Si no arriban a un acuerdo, será impuesto judicialmente. De allí la conveniencia de que el proyecto de RPH esté previsto en el contrato de superficie (téngase presente el carácter *propter rem* de las obligaciones del superficiario).

xiv. La prohibición que el constituyente de la superficie puede imponer al superficiario es de afectar "con separación del terreno perteneciente al propietario", pero no "de afectar". Adviértase: la coma separa las frases "puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal" y "con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario" y la prohibición se encuentra en esta última, no en la primera frase. Si se hubiera querido al-

57. Se trata de un contrato por el cual el *dominussoli* y el propietario superficiario unen las dos cosas colindantes de su propiedad, los objetos sobre los que recaen sus respectivos derecho real, para constituir una nueva cosa con el fin de atribuir a cada uno, en la cosa resultante y como pago de su aportación, derechos de distinto tipo sobre esta, en proporción al valor de cada una de las cosas integrantes.
Es un único acto que conceptualmente puede descomponerse en dos fases que si bien simultáneas son diferenciables: la primera, de aportación, que en razón de la identidad de fin perseguido por los titulares al emitir una declaración de voluntad del mismo contenido jurídico tiene carácter unilateral, y la segunda, en la que los titulares determinan el tipo y la extensión de su derecho en la cosa resultante, teniendo esta fase un matiz más contractual. Esta segunda fase encierra una partición en especie por la cual la propiedad sobre el inmueble resultante se divide cualitativamente en suelo y superficie.
Se trata de un negocio de comunicación de bienes mediante el que los propietarios ponen en común sus respectivos inmuebles. No hay necesidad de que tal comunicación negocial de bienes tenga carácter expreso ya que se entiende tácitamente convenida con la reunión de los inmuebles y la determinación de la participación de cada uno de los aportantes en la nueva finca. No se constituye un condominio pues los derechos que recaen sobre los objetos que se fusionan, si bien compatibles, son de distinta especie, sino una comunidad económica cuya liquidación opera en el momento mismo de su formación.
Juzgamos que no hay necesidad de acudir al rodeo de que el superficiario transmita la propiedad superficiaria al superficiante (para obtener de esa forma la fusión objetiva) para que este, luego de afectar a PH el inmueble resultante de la automática reunión del suelo y la superficie, constituya a favor de aquel, como contraprestación, derecho de superficie sobre las diversas UF que se originen.

canzar con la prohibición a la afectación, la coma debería estar luego de la frase "con separación del terreno perteneciente al propietario". ¿Cuál sería además el interés legítimo del propietario del suelo en prohibirle al superficiario la afectación? No se nos ocurre ninguno, se trataría pues de una prohibición incausada, caprichosa, incompatible con el ejercicio regular del derecho de propiedad del *dominussoli*[58]. En cambio sí habría interés legítimo si está previsto que bajo la misma afectación queden comprendidos el suelo y la superficie (previa su unificación).

La prohibición de afectar con separación del terreno perteneciente al propietario se traduce a nuestro juicio en la obligación del propietario y del superficiario de unificar ambos objetos y afectarlos bajo un mismo régimen de PH, sea que el sistema se constituya sobre ambos o que el objeto superficiario se incorpore a la afectación que recaiga sobre el suelo.[59]

xv. Conforme *supra* expresamos, para que el titular del suelo y el superficiario puedan afectar conjuntamente, o incorporar la superficie a la afectación que recae sobre el suelo, deben reunirse ambos objetos, es decir unificar las dos parcelas a las que refiere el artículo 2125.[60]

xvi. Si no media prohibición de afectar, no puede prohibirse al superficiario transmitir o gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas que resulten de la afectación de la construcción superficiaria. Si se le prohíbe afectar, va de suyo que no podrá transmitir ni gravar las unidades, pues estas no existen.

xvii. Si bien no se puede prohibir al superficiario que puede afectar a PH transmitir o gravar las unidades resultantes, sí se puede establecer opciones de compra o de venta o pactos de preferencia a favor del superficiante.

xviii. Si coexistieran dos derechos de superficie sobre parte determinada, por ejemplo para construir en el inmueble gravado un edificio en torre cada superficiario, el propietario puede imponer la prohibición tanto a su favor como en provecho del otro superficiario, como estipulación a favor de tercero, para asegurar la afectación a PH de todo el conjunto en un solo acto.

28. Extinción del consorcio

En este tema confluyen diversos conceptos que debemos distinguir: la extinción del DR de PH, la disolución, la liquidación y la extinción del consorcio y la desafectación del régimen de PH. Si bien se trata de fenómenos jurídicos diversos, guardan relación entre sí.

58. Cossari opina que el título de la superficie podría también limitar la posibilidad de enajenar o gravar las unidades y requerirse el consentimiento del superficiante para ello (punto b.3 *in fine* de su comentario al art. 2120, en ob. cit. [cfr. nota 8]).

59. Cossari parece admitir la prohibición absoluta al expresar que "La facultad de afectar la construcción a la P.H. existe salvo disposición en contrario en el título constitutivo. No cercenada esta posibilidad, el superficiario no necesita del consentimiento del propietario para enajenar o gravar las unidades. Entendemos que el título podría también limitar esta posibilidad y requerirse el consentimiento para enajenar o gravar" (ibídem).

60. Ver nota 57.

28.1. Disolución

El nacimiento de los DR de PH produce el coetáneo nacimiento del sujeto de derecho consorcio de PH. Las relaciones que genera la afectación a PH no conciernen solo a sus miembros ni se agotan entre estos y el consorcio, sino que implican a terceros, quienes no pueden perjudicarse por el corte instantáneo de esas relaciones. Al cumplirse ciertas situaciones previstas en la ley (art. 163) o el RPH, habrá que realizar operaciones para desarticular las relaciones con esos terceros. La disolución es un momento dentro de la vigencia de la persona jurídica, que no implica un estado sino un hecho instantáneo que conduce al ente a otra etapa, en este caso la de liquidación[61]; no desintegra la persona jurídica sino que la conduce a un estadio tendiente a desatar los vínculos, primero con los terceros y luego entre los miembros, a cuyo término aquella se extingue. La disolución no implica, en el caso del consorcio, que la persona jurídica deje de atender su objeto y los asuntos pendientes, sino que, a partir de ese instante, sus órganos deberán adoptar las medidas necesarias y conducentes a iniciar la liquidación.

28.2. Liquidación

Resulta aplicable al consorcio lo prescripto en el artículo 167 CCCN:

> Liquidación y responsabilidades. Vencido el plazo de duración, resuelta la disolución u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes.
> La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley.
> En caso de infracción, responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto.

La disolución de la persona jurídica no produce la extinción de las relaciones jurídicas en las que funge como titular o sujeto activo o pasivo, pues ello sería fuente de desórdenes sociales y obstáculo insuperable para el tráfico. Dichas relaciones necesitan un destino, que encauza el procedimiento liquidatorio.

La liquidación debe concebirse como un estado. Importa un procedimiento técnico mediante el cual se realiza una serie de operaciones conducentes a conocer y determinar las titularidades activas y pasivas del ente (inventario y avalúo), realizar el activo para cancelar el pasivo y distribuir el remanente que quede. La persona ju-

61. En el trabajo referido (cfr. nota 18), expresamos: "Entiéndase por disolución el evento (acto o instante) dentro del íter de la persona jurídica, que detiene el proceso normal de cumplimiento de su objeto. Como consecuencia del acaecimiento de la causal disolutoria, la actividad específica del ente se ve modificada. El momento disolutivo se produce como consecuencia del acaecimiento de algún condicionante previsto como tal en la ley o el contrato, que opera como referente de un nuevo estado (liquidación […] adecuación) sin implicar la inmediata extinción de la persona jurídica".

rídica en liquidación conserva su personalidad a este efecto. El estado de liquidación debe anoticiarse a terceros; ello se logra, en el caso que el nombramiento de liquidador no deba inscribirse, mediante la utilización de la frase "en liquidación" en la utilización de su nombre (art. 151).

Sin embargo, puede ocurrir que el procedimiento liquidatorio se omita por extinguirse el ente en el momento mismo de su disolución, sin ninguna gradualidad en su desarticulación. Tal omisión determinada por la decisión de los miembros del consorcio extingue igualmente el consorcio pero responden ilimitada y solidariamente su administrador y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación –la lesión de derechos de terceros– y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto (art. 167 *in fine*). Al extinguirse el consorcio se produce una novación legal subjetivo-pasiva de la obligación que estaba a cargo de aquel, con los alcances previstos en el citado artículo (art. 941).

Si el RPH no prevé el destino de las cosas que integran el patrimonio del consorcio al extinguirse este y se omite distribuirlas con arreglo a derecho, los muebles pasan a ser *res nullus*. Respecto de las UF de titularidad del consorcio, la hipótesis es de imposible ocurrencia pues la intervención notarial o judicial en la desafectación obra como freno para que suceda, encausando a los miembros del consorcio a tomar una decisión al respecto.

28.3. Extinción

La extinción de la persona jurídica sucede normalmente como último momento del procedimiento de liquidación, en el que la persona jurídica se desintegra con la distribución *de iure* de los bienes remanentes. Una vez cumplida, el sujeto se extingue por quedar despatrimonializado, es decir, por desaparecer un elemento constitutivo de la personalidad (art. 154, 1er párr.).

Puede ocurrir que por desconocimiento u otra causa los miembros del consorcio otorguen la desafectación omitiendo cumplir previamente el procedimiento liquidatorio. Esto no obsta la extinción del ente pero los responsabiliza ilimitada y solidariamente por los pasivos consorciales (art. 167 *in fine*).

Para que la extinción del ente sea oponible a terceros interesados de buena fe, debe inscribirse en el RPI, lo que se traduce en la desmatriculación de las unidades, la cancelación de la inscripción del RPH y la inscripción del dominio o condominio a nombre de quienes al momento de la extinción son miembros del ente consorcial.

28.4. Desafectación

El artículo 2044 establece que la personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de PH, sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscripta en el RPI. El artículo 2044 no refiere a la disolución del ente sino a su extinción, es decir al instante último de su existencia. Sin embargo la extinción supone la disolución y ambas pueden suceder en el mismo momento, por ejemplo, al otorgarse el acuerdo disolutorio y la desafectación en un mismo acto.

28.4.1. Desafectación y régimen de vivienda

¿Qué sucede si al desafectarse el edificio del régimen de PH alguna unidad está afectada al régimen de vivienda del artículo 244? En general, se entiende que el régimen no puede subsistir, atento a su supuesta indivisibilidad (arg. arts. 245 y 255 inc. c).[62] Nosotros opinamos, por el principio de primacía de la realidad (la parte material del inmueble que constituía la UF sigue siendo la vivienda) y en razón del bien jurídico que reclama protección, que el régimen subsiste por la parte del valor correspondiente al condómino que era titular de la UF afectada.[63] Esto se traduce en que si se remata el inmueble, por ejemplo por división de condominio, la parte proporcional del producido líquido queda afectada por subrogación. No se trata de que uno de los condóminos solicite la afectación sin el concurso de los demás condóminos, pues ello implicaría violar lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 245, sino de la transmisión *ope legis* de la afectación de un DR a otro, manteniendo el asiento material de la vivienda.

28.5. Disolución por vencimiento del plazo

Los consorcios de PH se constituyen normalmente por tiempo indeterminado. Pero si se afecta a PH un dominio fiduciario o revocable o la propiedad superficiaria, al vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición el régimen de PH se extingue aunque no se otorgue un acto de desafectación. En el caso de la disolución, extinción por vencimiento del plazo –si este es cierto–, la extinción es oponible aunque no se cancele la inscripción del RPH, pues el plazo de duración se publicita en el asiento registral del dominio fiduciario o revocable o derecho de superficie[64] de manera que los terceros interesados no pueden alegar buena fe. Distinto es el caso de la disolución–extinción por cumplimiento de la condición o si el plazo es incierto, pues el acaecimiento de la condición o cumplimiento del plazo, en principio, no pueden ser conocidos por los terceros; máxime si el RPI no publicita cuál es el hecho condicionante o determinante del vencimiento del plazo. Si el administrador no es lo suficientemente previsor, el procedimiento liquidatorio quedará omitido merced a su negligencia, sin descartar la de los miembros, lo que se traduce en la responsabili-

62. Sobre la inconstitucionalidad de interpretar que la norma establece una prohibición de afectar al régimen de vivienda por una parte indivisa, ver nuestro trabajo "Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia" [online], en *Revista del Notariado*, Nº 919, 2015, pto. 11.2.7 [http://www.revista-notariado.org.ar/2015/11/sobre-algunos-aspectos-de-la-union-convivencial-la-proteccion-de-la-vivienda-y-los-pactos-de-convivencia/].

63. El art. 245 CCCN dispone que la afectación puede ser solicitada por el titular registral, pero nada obsta que lo haga quien resulta titular por la modalidad abreviada del tracto sucesivo registral (ver art. 16 Ley 17801).
En caso de comunidad (condominio, etc.), la afectación debe ser solicitada por todos los comuneros. El CCCN no exige que haya parentesco entre ellos. En general, se entiende que en caso de comunidad la afectación debe recaer sobre todo el inmueble; sin embargo, esto no es lo que dice la ley, que solo exige que sea "solicitada" por todos. No se advierte cuál es la razón para prohibir la afectación por una parte indivisa si el acto es consentido por todos, máxime teniendo en cuenta que pueden pactar la suspensión del ejercicio de la acción de división por el término de diez años (art. 2000) y el uso y goce exclusivo y excluyente de la cosa por uno de los condóminios (art. 1987).

64. Ver art. 91 del reglamento aprobado por el Decreto PEN 466/1999 para el RPI de la Capital Federal y el art. 22 de la DTR 3/2015 del RPI de la Capital Federal.

dad solidaria e ilimitada de todos ellos. Para darle coherencia al sistema, en cuanto impone la extinción *ipso iure* del régimen de PH, del consorcio y de los DR de PH al producirse el vencimiento del plazo cierto de duración del derecho afectado, entendemos que el acto de desafectación es en este caso innecesario por contar la sujeción a plazo del derecho afectado con suficiente publicidad registral. Es decir la extinción del derecho afectado –en rigor los DR de PH que lo suplantan– y la consecuente automática desafectación están suficientemente publicitados *ab initio*. A fin de facilitar el conocimiento de la situación por los terceros, el plazo de duración del DR de PH debería hacerse constar no solo en la submatrícula cero sino también en todas las submatrículas de las unidades.

28.6. Fusión de consorcios

Podría pensarse que al integrarse la PH superficiaria al suelo afectado a PH, el consorcio de PH de este último absorbe el consorcio de PH superficiaria. Pero la fusión de consorcios de PH no está prevista en la ley (art. 162), por lo que cabe descartar la fusión como causa de disolución. Sin embargo, nada obsta que, una vez cancelados todos los pasivos del consorcio superficiario, el consorcio superficiante adquiera cada uno de los bienes que integran el remanente de sus bienes, en orden a la liquidación de aquel y el cumplimiento de los fines de este.

28.7. ¿Extinción por consolidación?

Una postura entiende que si una persona reúne la titularidad de todas las UF, se extinguen los DR e incluso el sistema en sí, pues ya no habría partes exclusivas y comunes, asambleas, etcétera. Pero ello no implicaría el fin del régimen, por lo que quien devino propietario único puede transmitir las UF y hacer renacer los DR y el sistema de PH.[65] Si se sigue esta línea debe entenderse que la consolidación se produce también si todas las UF son adquiridas en condominio por las mismas personas si coinciden sus porciones indivisas en todas las UF.

Sin embargo la consolidación como medio de extinción de los DR está prevista únicamente para los DR sobre cosa ajena (art. 1907 *in fine*) de modo que siendo la PH un DR sobre inmueble propio (art. 2037) la invocación de la consolidación en función extintiva luce por lo menos de dudosa procedencia. Si bien el artículo 2044 exige que la desafectación sea otorgada por "los propietarios", opinamos que si una persona adquiere todas las UF puede interpretarse que subsiste el consorcio, ya que esta circunstancia no está mencionada como causal de extinción de dicho ente en el segundo párrafo del artículo 2044.[66]

Adviértase que la adquisición de todas las UF por una sola persona es objeto de publicidad registral en las submatrículas, por lo que los terceros interesados no pue-

65. Zelaya, Mario, ob. cit. [cfr. nota 33], p. 83; Highton, Elena I., ob. cit. [cfr. nota 12], p. 687. Asimismo, para Adriana N. Abella y Marina Mariani de Vidal, si una persona reúne en su cabeza la titularidad de todas las unidades, el derecho de propiedad horizontal se extingue, pero el inmueble sigue afectado al régimen de PH y en estado de PH ("Algunos temas de propiedad horizontal en el Proyecto de Código 2012", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 253, p. 870).

66. Kiper, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 26), p. 584; Cornejo, Américo A., "Asambleas de consorcio", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2015-B, p. 617.

den desconocer su acaecimiento y la supuesta extinción del ente que de aquella derivaría *ipso iure*. Sin embargo, aun así la ley exige que la desafectación se inscriba. Juzgamos que el mantenimiento de la personalidad del consorcio resulta necesario en resguardo de los terceros interesados, quienes al no encontrarse con la desafectación inscripta en la matrícula general pueden sentirse con derecho, por ejemplo, a demandar al consorcio, pese a que en las submatrículas de todas las UF conste un mismo titular, circunstancia que podría oponérsele por estar debidamente publicitada (sin perjuicio de lo *supra* expresado respecto de la desafectación de pleno derecho por vencimiento del plazo cierto de duración del derecho afectado). El mantenimiento de la personalidad se impone por el efecto *erga omnes* institucional que la vigencia de la inscripción del RPH provoca (art. 2044), para protección de los terceros interesados. Mientras haya submatrículas, es decir, mientras no se cancele la inscripción del RPH, los terceros de buena fe pueden quedarse tranquilos de que el consorcio existe. La inexistencia del consorcio se traduce en la cancelación del asiento de afectación y en la desmatriculación de todas las unidades; de encontrarse las submatrículas, el consorcio se reputa existente en seguridad de los terceros de buena fe.

La registración de la desafectación carece de efectos constitutivos. El régimen de PH se extingue fuera del RPI, que a su vez es el reflejo administrativo diferido de lo ocurrido fuera de él. Mientras no se desmatriculen las UF y no se cancele la inscripción de la afectación a PH, los terceros interesados de buena fe podrán demandar al consorcio y contratar con este, pues su extinción les resulta inoponible.

Producida la "consolidación", habrán de aplicarse las reglas de funcionamiento del consorcio unimembre *supra* mencionadas. Es decir, el consorcio no pierde virtualidad sino que es dominado por el auto–organicismo que implica la asamblea unipersonal.

Quienes entienden que la consolidación produce la extinción del consorcio deberán responder, entre otras preguntas, ¿cuál es el destino de sus bienes al perfeccionarse la adquisición de la última unidad en caso de que el RPH nada disponga?, ¿cuál es la responsabilidad del adquirente por haber provocado dicha extinción sin haber previamente cumplido con el procedimiento liquidatorio (art. 167)?, y para el caso de que luego se enajene una UF, ¿revive el mismo consorcio o se trata de otra persona? Y en este último caso, ¿es o no continuadora del patrimonio del consorcio anterior?

La fractura del axioma "madre siempre cierta es" frente a la voluntad procreacional*

Horacio Teitelbaum

RdN 925

RESUMEN

El Código Civil y Comercial incorpora una tercera fuente de filiación, generada a partir de las técnicas de fertilización humana asistida. Por su singularidad, claramente distinta de la filiación por naturaleza y filiación por adopción, admite el proceso de gestación por sustitución. Esta constituye una figura jurídica compleja y un método que históricamente ha evolucionado y que es actualmente aceptado socialmente, pero también rechazado por la controversia que suscita. La llave de bóveda de esta alternativa para permitir el acceso a la conformación de familias que de otro modo no podrían procrear radica en la denominada voluntad procreacional de quienes desean ser progenitores, independientemente de quién ha dado a luz sin vocación procreacional. Ante el vacío legal en la materia y hasta la sanción de una ley específica que regule los derechos y obligaciones de los actores que participan en la gestación por sustitución, la expresión en un manifiesto de entendimiento, preferentemente en escritura pública, y acorde con los principios reconocidos por nuestra Carta Magna, los tratados internacionales y la jurisprudencia regional y nacional, neutraliza los conflictos.

> Igual que el legislador convierte la apariencia jurídica en realidad con la varita mágica de la buena fe, también podría convertir los anhelos sociales en realidad jurídica y ello con la varita mágica de la comprensión.
>
> Antonio J. Vela Sánchez.[1]

Sumario: *Abreviaturas utilizadas.* ***1.*** *Introducción.* ***1.1.*** *Panorama legal y perfil de la gestación por sustitución.* ***1.2.*** *Evolución histórica.* ***2.*** *La voluntad procreacional y el consentimiento protocolizado.* ***3.*** *Manifiesto de declaración de voluntad procreacional. Naturaleza jurídica. Artículos 17 y 56. Consentimiento médico. Artículo 59. Voluntad procreacional. Artículo 562.* ***4.*** *Contenido de la*

* Basado en "El colapso del dogma '*mater semper certa est*' frente a la voluntad procreacional. Una nueva incumbencia notarial", trabajo presentado por el autor en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016), distinguido por el jurado de la Jornada con un accésit y publicado en *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Nº 94, 2016, pp. 535-568. La presente versión ha sido revisada y actualizada por el autor para su publicación en la *Revista del Notariado*.

1. Vela Sánchez, Antonio J., *La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo*, Albolote, Comares, 2012.

expresión de la voluntad procreacional y acuerdo de gestación por sustitución. Consideraciones especiales. ***5.*** *Jurisprudencia y estrategias procesales. Diferencia conceptual entre la gestación por sustitución y la adopción.* ***6.*** *Tensiones. Argumentos. Detractores. Asociaciones ilícitas. Intermediación. Tráfico de menores.* ***6.1.*** *Objeción de conciencia.* ***7.*** *Políticas reproductivas.* ***8.*** *Proyectos legislativos 2016.* ***9.*** *Epílogo. Rol del notario, nuevos paradigmas y desafíos.* ***10.*** *Bibliografía.*

Abreviaturas utilizadas

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969 - Ley 23054).
CCCN: Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994).
CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CIDN: Convención Internacional de los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 20 de noviembre de 1989 - Ley 23849).
CN: Constitución Nacional.
CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.
GS: gestación por sustitución.
OMS: Organización Mundial de la Salud.
SAMeR: Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva.
TFHA: técnica de fertilización humana asistida.
TRHA: técnicas de reproducción humana asistida.
RHA: reproducción humana asistida.
VP: Voluntad procreacional.

1. Introducción

Ríos de tinta han corrido sobre esta controvertida y polémica temática. En un afán por evitar reiteraciones, daremos por supuestos algunos aspectos teóricos y partiremos de la base de que la GS reviste una realidad insoslayable que se abre camino muy a pesar de sus detractores y las tensiones que genera. Una simple definición indica que se trata de una TRHA en la cual una mujer –gestante– conviene con otra persona o pareja –comitente o comitentes– en llevar adelante un embarazo de un embrión concebido in vitro, que se entrega una vez nacido a quienes expresaron su intención de ser padres y con el fin de que el o los nacidos tengan solo y exclusivamente vínculo jurídico con los comitentes.

El derecho a constituir una familia y el lícito anhelo de ser padres colisionan con hipótesis de conflictos frente a las cuales el desafío radica en elaborar soluciones que aporten con imaginación y coraje una chispa de esperanza en un asunto de alta sensibilidad. Afrontar en un contexto cambiante, de constante evolución social, respuestas apropiadas y rápidas nos lleva a instalar el debate para aportar a nuestra profesión una arista humana e innovadora, sin temores y reconociendo las diferencias en función de ser progresivamente un tanto más tolerantes.

Centraremos el análisis en las pautas que consideramos primordiales en la elaboración del convenio por documento notarial para plasmar los derechos y obligaciones de los actores involucrados. Estimamos oportuno pasar revista de manera sintética a ciertos factores y conceptos que apoyan la redacción y asesoramiento legal del acuerdo privado que fusiona la voluntad procreacional con los postulados legales

moldeados por la autonomía y libertad de los requirentes. Destacamos que este recurso es posible en el mientras tanto, puesto que es deseable que una normativa específica se dicte para reglamentar los vacíos legales que en forma de abstención pero con integraciones paralelas veremos que admiten la aplicación de la manifestación de la VP y el acuerdo de GS.

1.1. Panorama legal y perfil de la gestación por sustitución

En primer lugar, vale aclarar que el proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (2012) contemplaba la gestación por sustitución en el artículo 562.[2] Al eliminarse, quedó, sin embargo, la estructura que articulaba su implementación, con lo cual actualmente lejos de prohibirse se ha optado por una abstención legal y se filtra su aplicación gracias a la integración de otras normas afines. En definitiva, queda todo sujeto a la discrecionalidad judicial.

Partimos de una creación novedosa para nuestra codificación que es la incorporación de una tercera fuente de filiación generada por los avances científicos y que consiste en las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA, arts. 558-593 CCCN). Dicha incorporación se acompasa con preceptos de raigambre de instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Recordamos que en nuestra CN quedan consagrados el principio de legalidad artículo 19, lo que no está prohibido está permitido, el principio de igualdad ante la ley (art. 16), la protección integral de la familia (art. 14 bis), el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad (CADH, art. 24), el derecho a fundar una familia, el derecho a la salud que incluye la salud sexual y reproductiva, el derecho a disfrutar del progreso científico, y el derecho a la autodeterminación entre otros. Por otra parte, y en sintonía contextual: la Ley de Matrimonio Igualitario 26618, la Ley de Identidad de Género 26743, la creación del INADI, la Ley 26862 sobre Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de RHA y sobre Coberturas de Obras Sociales en Tratamientos de Fertilización y su reglamentación, el Decreto PEN 956/2013, y la CIDN, todo lo cual robustece la puesta en práctica de la GS.

También es coadyuvante el nuevo paradigma de familia que se resignifica en función de la dinámica social y cultural y que acepta cada vez más diversos tipos de familia. Las uniones de hecho, familias ensambladas, monoparentales, heterosexuales, homosexuales o transexuales, conviven bajo un mismo deseo, que es el de fundar una familia. Por último, la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos

2. Proyecto de CCCN del Poder Ejecutivo de la Nación (elevado al Congreso Nacional a través del Mensaje 884/2012; en base al anteproyecto elaborado por la comisión de juristas designada por Decreto 191/2011), art. 562: "El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este código y la ley especial.- La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.- El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio.- Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

Humanos (tribunal regional jerárquico para nuestro país) se ha ocupado de marcar esta tendencia en casos como "Atala Riffo" "Fornerón" y el sonado "Artavia Murillo".[3]

En lo específico, la senadora Laura Gisela Montero ha presentado un proyecto de ley de GS, que consta de veintitrés artículos y recepta gran parte de las fuentes legales, doctrinarias y jurisprudenciales a nivel internacional y nacional.[4]

1.2. Evolución histórica

La irrupción de las TRHA presenta un quiebre histórico al posibilitar la procreación sin sexo. En épocas pasadas se conocieron ejemplos de maternidad subrogada. Tal vez se trate, en realidad, de formas de compensar la infertilidad, estigmatizada antropológicamente como una mala voluntad del destino, o concretar una planificación familiar en búsqueda de la preservación del linaje.

En este sentido, por ejemplo, la solución a la esterilidad en algunos grupos de África hace que se recurra a la hermana fértil para tener descendencia, y en Mali, África oriental, se acepta la práctica de la poliginia por problemas de la mujer y se le permite al hombre tener más de una esposa. La familia hebrea patriarcal admitía recurrir a la adopción ante la imposibilidad de engendrar hijos, la esterilidad era causa justificada de divorcio y se aceptaban la poligamia y los harenes reales para asegurar la continuación de las generaciones. Sara, la esposa infértil de Abraham, ofreció su esposo a su esclava Agar y fruto de este acuerdo nació Ismael, origen de todos los árabes, ismaelitas o agarenos. Un tiempo más tarde, Sara milagrosamente dio a luz a Isaac, uno de los eslabones generacionales del pueblo hebreo. Posteriormente, Bilha, sierva de Raquel, segunda esposa de Jacob, nieto de Abraham, le dio dos hijos (Dan y Neftalí), y Zilpa, esclava de Lea, segunda esposa de Jacob, le dio otros hijos. Los hijos eran considerados, para los parámetros de estos períodos, como hijos de profetas y sus esposas legítimas.[5]

Otro renombrado ejemplo de GS en tiempos antiguos es el previsto en el Código Hammurabi. Creado por el rey Hammurabi de Babilonia en 1728 a. C., consagra-

3. Ver Rodríguez Iturburu, Mariana, "La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad" [online], en *Reproducción*, Buenos Aires, Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, vol. 30, Nº 4, 2015 [http://www.samer.org.ar/revista/numeros/2015/Numero_4/4-ITURBURU.pdf]. [N. del E.: ver a continuación datos completos de los fallos citados: a} CIDH, 24/2/2012, "Atala Riffo y niñas v/ Chile - Fondo, reparaciones y costas" {Serie C, Nº 239}; b} CIDH, 27/4/2012, "Fornerón e hija v/ Argentina - Fondo, reparaciones y costas" {Serie C, Nº 242}; c} CIDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros {'Fecundación in vitro'} v/ Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas" {Serie C, Nº 257}].

4. Expediente S-2574/15.

5. Ver Antiguo Testamento, Gn 16.30. Sara mujer de Abraham, no le había dado hijos, pero tenía una esclava egipcia, de nombre Agar ("Ya ves que Yaveh me ha hecho estéril, llégate, pues a mi esclava, quizás yo obtenga hijos de ella. Tomó Sara, mujer de Abraham, a la egipcia Agar, su esclava y se la dio por mujer a su marido, Abraham. Se llegó él a Agar, que concibió. Agar dio a luz un hijo de Abraham, y este llamo Ismael al hijo que le había dado Agar. Tenía Abraham 86 años cuando Agar le dio a Ismael"). Luego Sara dio a luz a Isaac, hijo primogénito de Abraham. Al ver que no podía dar hijos a Jacob, Raquel tuvo envidia de su hermana y dijo a su marido: "Dame hijos, porque si no me muero". Ella agregó: "Aquí tienes a mi esclava Bilha. Únete a ella, y que dé a luz sobre mis rodillas. Por medio de ella, también yo voy a tener hijos". Tuvo a Dan y Neftalí, y finalmente Dios se acordó de Raquel y dio a luz dos hijos José y Benjamín. La tercera madre subrogada de la Biblia fue Zilpa, esclava de la primera esposa de Jacob, Lea (Jacob uno de los patriarcas hebreos, hijo de Isaac y Rebeca cuyo hermano mellizo era Esau), que dio a Jacob cinco hijos: Gad, Aser, Isacar, Zabulón y Dina. También tuvo hijos propios, Rubén, Simeón, Levi, y Judá.

ba la ley del Talión y el principio de presunción de inocencia; prescribía (arts. 144-147[6]) que la mujer infértil que quisiera tener hijos debía darle a su marido una esclava, sin que pudiera este buscarse una concubina, a menos que no pudiera concebirse un hijo varón. Además, las gestantes que tuvieran hijos tenían ciertas garantías y no podían venderse por dinero. Abundan los casos en el Antiguo Egipto en que se recurría a las esclavas o incluso a relaciones incestuosas para paliar la falta de herederos de los faraones.[7] También parece haber sido un recurso difundido en las antiguas Grecia y Roma.[8] Leyendas indias incluyen mitos al respecto,[9] y lo propio se evidencia en la permisión de las concubinas en China, Corea, Japón y la Europa medieval, donde el tratamiento que se les confiere a los hijos de tales uniones era el de herederos auténticos de sus padres.

A partir de 1920, comienza a utilizarse la inseminación artificial. En 1975, se publica en California, Estados Unidos, el primer anuncio que solicita una mujer para ser inseminada artificialmente. El primer nacimiento in vitro de la humanidad es el de Louise Brown en 1978, en Inglaterra. Ya en 1986, en Estados Unidos, se difunde el conflicto por el nacimiento de *Baby M*[10] entre la madre portante y los comitentes; el marido había aportado su material genético y se había pactado un compromiso de entregar al nacido mediante un contrato por la suma de diez mil dólares. El juez de New Jersey avaló este contrato y entregó la niña al matrimonio, pero luego el Tribunal Supremo declaró la nulidad, aunque mantuvo la tenencia en aras del interés superior de la menor y reconoció a la gestante como madre biológica confiriéndole derecho de visitas.

En la actualidad, la GS se encuentra prohibida expresamente en Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Suecia y Suiza, donde se consideran nulos los convenios sobre GS. Es admitida con fines altruistas y con limitaciones en Australia (Australian Capital Territory ACT, Queensland, New South Wales, South Australia Victo-

6. Código de Hammurabi (1780 a. C.), art. 144: "Si uno tomó una esposa de a una sacerdotisa y esta esposa dio una esclava a su marido y esta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener una mujer más". Art. 145: "Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar otra mujer, tomara esta otra mujer, y la llevara a su casa, pero no será igual que la esposa estéril". Art. 146: "Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esa esclava es elevada a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcara y la tendrá entre sus esclavos. Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata".

7. Amenhotep I, faraón del Reino Nuevo (gobernó en el siglo XVI a. C), no tenía un heredero y tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al futuro gran faraón Tutmosis.

8. En las antiguas Grecia y Roma, Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia, y su esposa estéril, Estratonica, que seleccionó entre las prisioneras a Electra y crió a los hijos de esa unión como los propios "con amor y una generosidad admirable".

9. Leyendas indias que datan de 599 a. C. indican que, debido a una transferencia embrionaria, nació el 24º tirthankara y último buda jainista, Mahavira (en sánscrito, gran héroe), que es gestado por una mujer que no es su madre para mantener el designio de los dioses de pertenecer a la casta que estaba destinado.

10. El 27/3/1986, se produjo el nacimiento de *Baby M*. La madre portadora (Mary Whitehead), quien también era la que concedió el óvulo, se negó a entregar la recién nacida al matrimonio Stern. Un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribir el contrato (por un monto de diez mil dólares) no había sido dado con pleno conocimiento de la situación. El juez de New Jersey entregó la custodia al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. La madre portadora apeló y el Tribunal Supremo del Estado declaró la nulidad del contrato y mantuvo la tenencia a favor de los Stern, ya que le proporcionaba un hogar con mejores condiciones económicas. Luego de varios años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

ria y Western Australia), Brasil, Canadá, Grecia, Israel, México D. F., Nueva Zelanda, el Reino Unido y Sudáfrica. Es admitida ampliamente en Georgia, India (últimamente se restringió a parejas de distinto sexo), Rusia y algunos estados de los Estados Unidos. En el resto de los países no se ha incluido su tratamiento expreso, aunque se practica en razón de un vacío legal o un marco normativo complementario derivado de un esquema y una tendencia favorables para la GS.

2. La voluntad procreacional y el consentimiento protocolizado

Focalizando el análisis en el CCCN, el artículo 560 prescribe que el centro de salud interviniente en las TRHA debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a estos tratamientos. En Libro I "Parte general", Título I "Persona humana", Capítulo 3 "Derechos y actos personalísimos", artículo 59, se alude al consentimiento informado para actos médicos e investigaciones de salud. Este consentimiento radica en una declaración de voluntad expresada por el paciente a posteriori de recibir información clara, precisa y adecuada sobre las TRHA. A su vez, la Ley 26529 de Derechos del Paciente también exige el mismo procedimiento (arts. 5 y cc.). Cuando el artículo 561 CCCN establece la forma y los requisitos del consentimiento, dispone que el contenido emane de las disposiciones especiales e impone su protocolización ante escribano público o certificación sanitaria del lugar. En el Libro V "Transmisión de derechos por causa de muerte", artículo 2279, respecto de la capacidad para suceder, el CCCN innova en cuanto a los derechos de los nacidos mediante TRHA luego del fallecimiento del causante, con los requisitos del artículo 561.

En este punto nos preguntamos cuál fue la finalidad de exigir la protocolización (tal vez, la de conservar en un archivo público determinada información) y si consiste en una simple transcripción de los consentimientos técnicos firmados en los centros de fertilización asistida[11] o si se requiere una orden judicial que así lo disponga, atento la acepción más pura del término *notarial*.[12] Además, los registros de estado civil y capacidad de las personas, según el artículo 562 CCCN, deben receptar este consentimiento, que se ve asociado a la voluntad procreacional. No obstante, estimamos que el concepto de voluntad procreacional tiene vuelo propio y se inspira en otra causa fuente, la intención de ser padres, que es muy distinta del gélido y obligatorio consentimiento médico que prestan en el centro de salud quienes realizan el tratamiento. En rigor, la voluntad procreacional es la llave de bóveda de todo el sistema de las TRHA. Es ciento por ciento deseo, anhelo, sueños, esperanza y se encuentra a años luz de distancia del –a veces indescifrable– consentimiento médico, cuyos términos profesionales, en general, superan la capacidad de comprensión de los pacientes.

11. Algunos Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas aceptan, en lugar de la protocolización, una copia autenticada de los consentimientos firmados en los centros de fertilización.

12. La protocolización pura emana de una orden judicial; aunque por el CCCN ha desaparecido la protocolización judicial de los instrumentos otorgados en el extranjero y la ordenada por el juez de los instrumentos privados (Código de Vélez, arts. 984, 1211 y 3129), el art. 2339 CCCN la menciona para los testamentos ológrafos, y el 302, a requerimiento de parte interesada. La protocolización citada en el art. 562 parece referirse a una transcripción a solicitud de quienes tienen interés legítimo y no a una exigencia judicial que lo ordene.

La SAMeR se encuentra modelando los textos de los consentimientos para una adaptarlos a las nuevas realidades sociales que se imponen, contemplando las figuras de mujeres gestantes, ovodonaciones, parejas de igual o distinto sexo o personas solas. Resulta impensado que los centros de fertilización asistida recepten una completa declaración de voluntad procreacional con los detalles acerca de derechos y obligaciones de la gestante y los comitentes. En consecuencia, la redacción de un documento complementario que plasme esta regulación privada encuentra su forma más adecuada en un convenio celebrado por escritura pública, como pasaremos a desarrollar.[13]

3. Manifiesto de declaración de voluntad procreacional. Naturaleza jurídica. Artículos 17 y 56. Consentimiento médico. Artículo 59. Voluntad procreacional. Artículo 562

Como lo ha destacado la doctrina, en las TRHA la filiación se determina ya no por el elemento genético o biológico sino por la típica fuente de creación del vínculo paterno filial, que es el elemento volitivo. De ahí que en la parentalidad voluntaria su veta se centra en un plan familiar basado en el deseo de engendrar un hijo, criarlo, asumir la responsabilidad parental y adquirir los derechos y obligaciones que de allí se derivan.

La VP, como acto jurídico con componentes socio-afectivos fundacionales, puede ser manifestada en diversos modos en función de las fuentes de filiación. La gran diferencia entre la fuente de filiación adoptiva y las de TRHA radica en que en la primera hay completa asimetría entre lo biológico y la VP expresada luego del nacimiento. En la tercera fuente filial, consagrada por ley en presencia de las TRHA, puede tratarse de una simetría parcial o total asimetría en función de que los aportes de gametos masculinos y/o femeninos sean propios o donados y más tarde transferidos a una mujer portante del embrión concebido in vitro. No obstante, subrayamos que, en presencia de la VP, nos encontramos en un contexto absolutamente diferente, incluso del de la adopción, y para plasmarla la documentación fiable y expresa juega un rol determinante para justificar el emplazamiento filial.[14]

El rasgo fundamental que diferencia la GS de la adopción (la otra fuente legal de filiación, junto a las TRHA y la filiación por naturaleza) es la esencia en que se justifica su existencia: en la adopción, se pretende subsanar la desprotección de un menor de la mejor manera, con la mira en el interés del adoptado; en la GS, se beneficia a los progenitores que buscan tener hijos y por alguna razón no lo logran; el vínculo jurídico de la filiación nace, pues, *ab initio*.[15] Adelantamos también que se-

13. Los consentimientos que utilizan los centros de fertilización no contemplan más que datos técnicos y médicos y deslinde de responsabilidad por tratamientos informados y sus riesgos. Si bien responden a las exigencias de la Ley 26529 de Derechos del Paciente y del art. 59 CCCN, las aristas de índole privada que complementan el proyecto de familia de quienes se someten a las TRHA se documentan optativamente en forma paralela o anterior o posterior antes de la concepción del embrión.

14. Herrera, Marisa, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, a) "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/9/2012 (t. 2012-E, p. 960; AR/DOC/4747/2012); b) "La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/8/2011 (t. 2011-D, p. 1275; AR/DOC/2487/2011).

15. Ver arts. 563 y 564 CCCN.

parar concretamente estas dos fuentes de filiación resulta de insustituible valor para la construcción de la identidad, y así cobra valor el derecho a conocer los orígenes de los nacidos por estas técnicas, máxime en nuestro país, con su historia de hijos nacidos y recuperados durante la dictadura. Por el lado de los hijos de la gestante, es importante que estos entiendan que su madre, que gestó durante nueve meses hijos de otras personas, no ha abandonado a estos a su suerte; y tampoco se trata de confundir a sus propios hijos acerca de tener nuevos hermanos. Asimismo, por el lado de la descendencia de los progenitores que declararon su VP, es necesario que los nacidos por GS crezcan conociendo cómo fueron concebidos y no se les cree un trauma por asociar su origen con una adopción.

En consecuencia, y resignificando el concepto de los artículos 561 y 562 CCCN –al aludir a los hijos nacidos por las TRHA que son también hijos del hombre o mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre– (igual requisito contenía el eliminado art. 562, que preveía la gestación por sustitución y agregaba que el consentimiento debía homologarse por autoridad judicial), pensamos que este se refiere no solo a lo médico (art. 59 CCCN, consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud), sino además al consentimiento en cuanto a conformidad y acuerdo de la VP exteriorizada previamente y reiterada cada vez que se intente una TRHA mientras no sea revocada.

La mínima formalidad es receptarlo por escrito y que sea protocolizado. Es aquí donde emerge la punta del iceberg y se desintegra el postulado "madre siempre cierta es" en los supuestos de las TRHA, y germina una nueva incumbencia notarial con un gran contenido de solidaridad social. No se trata de un contradocumento que contradice el consentimiento previo, informado y libre, prestado en el centro de fertilización; tampoco de una revocación parcial del mismo. Es básicamente un complemento, que viene a cubrir la falla operativa de los centros de salud, que no reflejan en ciertas ocasiones el proyecto familiar completo e integral de sus pacientes. Los formularios prediseñados de los centros pueden mencionar en sus textos que las parejas se someten a ciertos tratamientos, pero la realidad puede llegar a ser más compleja y tan íntima que resulta innecesario revelarla, ya que constituye la esfera de los derechos personalísimos. Por ende, aquí se vislumbra la utilidad de receptar la VP y moldearla en función de ciertas pautas consensuadas por los actores de la GS, fundada en la autonomía de la voluntad, la buena fe, la libertad y la plena capacidad de las partes intervinientes.

Agudizando el prisma de investigación, vemos que los contratos, de acuerdo con la definición del CCCN (art. 979), aluden al acto jurídico por el cual se manifiesta el consentimiento y refiere a relaciones jurídicas patrimoniales. En el Título Preliminar, el CCCN (art. 17) establece que los derechos sobre el propio cuerpo no tienen valor comercial sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y que solo pueden ser disponibles por su titular si se respeta alguno de estos valores. En congruencia con ello, el CCCN, en el Capítulo 3 "Derecho y actos personalísimos" —referido previamente—, artículo 56, prohíbe los actos de disposición sobre el propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad (el embarazo, por regla natural, no la produce). Contempla también la excepción para la ablación de órganos cuando sean requeridos para el mejoramiento de la salud de las personas.

La OMS ha definido la infertilidad como una "enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12

meses o más de relaciones sexuales no protegidas"; y, asimismo, describe que la imposibilidad de procrear por cualquier motivo afecta directamente la salud psíquica, siendo la restricción al acceso a las TRHA una violación a la misma.[16] En este sentido, no debe olvidarse que una gran cantidad de mujeres disfruta el proceso del embarazo, que produce la anulación y exacerbación de ciertas hormonas, y sienten que se elevan a un estado de éxtasis idílico. Tampoco debe olvidarse que si la gestante actúa en forma altruista al colaborar con los deseos de los futuros padres o madres, esto también la coloca en un lugar de satisfacción por el acto solidario y benéfico que está ejecutando.

A partir de todo lo expuesto, convalidamos nuestra opinión acerca de la naturaleza de la GS, que, si bien directa o indirectamente tiene injerencia patrimonial (se modifican las legítimas hereditarias con los nacimientos), se trata más bien de un convenio especialísimo familiar, un negocio jurídico lícito del derecho de familia,[17] un verdadero manifiesto de entendimiento entre los actores gestantes y comitentes. Proponemos, asimismo, la intervención de un notario con el fin de documentar la VP previa al embarazo, de manera que luego, y en base a la buena redacción y al asesoramiento que surjan de la escritura, la homologación judicial se transforme en un mero y sumarísimo trámite que ordene la inscripción de los nacidos a nombre de los comitentes del proceso de la GS.

Valga como ejemplo la propuesta de la comisión promotora de la iniciativa legislativa popular para la regulación de la maternidad subrogada en la península ibérica, la cual propone el contrato ante notario con carácter previo a cualquier tratamiento de fertilización asistida con determinados requisitos. Se propone que se anexe el justificante de la inscripción de la gestante en un registro especial ante el cual, también antes de la transferencia embrionaria, se deberá presentar el contrato. Se establecen como previsiones mínimas la compensación económica que percibirá la mujer gestante por subrogación, la forma y el modo de percepción, las TRHA que se emplearán, la forma, el modo y los responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y la previsión del lugar del parto, la designación de tutor y los detalles del seguro a favor de la gestante.[18]

Otro interesante supuesto es el del Código Familiar del estado de Sinaloa, México (aprobado por Decreto 742) y su regulación sobre la reproducción humana asistida y la gestación por sustitución (Título Octavo "De la filiación", Capítulo V). En sus artículos 282 a 297 regula el proceso y la formalización del contrato; el artículo 287 exige que el instrumento de maternidad subrogada sea firmado por la madre y el padre subrogados, la madre gestante, el intérprete, si fuera necesario, el notario y el director de la clínica o centro hospitalario, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

En nuestro país –como ya hemos expuesto–, a raíz de la abstención legal y como consecuencia del contexto normativo favorable hasta alcanzar la sanción de una ley especial, están más que dadas las condiciones para que se formalicen estos protocolos, teniendo en cuenta ciertos requisitos específicos cuya previsión se considera fundamental y que pasaremos a enunciar.

16. Ver el glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida, preparado por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la OMS.

17. Vela Sánchez, Antonio J., ob. cit. (cfr. nota 1).

18. Asociación por la Gestión Subrogada en España, proposición de Ley de Gestación por Subrogación.

4. Contenido de la expresión de la voluntad procreacional y acuerdo de gestación por sustitución. Consideraciones especiales

Las ventajas que ofrece el documento público notarial lo posicionan como la herramienta más segura para receptar la manifestación de los actores del proceso de GS y allanar la tarea de los magistrados, que, en última instancia, resuelven en base a lo redactado. La plena fe que bautiza todas las declaraciones vertidas ante el escribano goza de una irrefutable verdad impuesta por la ley en cuanto a que fueron pronunciadas. El escribano se encuentra, de por sí, habituado a elaborar su propio juicio acerca de la capacidad de los otorgantes y si detecta algún vicio en la voluntad, como violencia psíquica, explotación o lesión, se abstendrá de intervenir. Por esencia, también su tarea de asesoramiento se incorpora como rasgo típico que lo diferencia de otros funcionarios o profesionales encomendados por ley a dar fe pública. Y, por último, la certeza de la fecha y lugar en que se formaliza el acto jurídico queda, al igual que la documentación, preservada de contingencias externas.

Al no haber un criterio unánime en cuanto a la aceptación del acuerdo de GS, estimamos conveniente separar primeramente la expresión clara, precisa y contundente de la VP (elemento volitivo único y particular en el contexto de las TRHA, y que dará lugar al emplazamiento filial de quien o quienes no aportaron su material genético) de otras cláusulas de la regulación del proceso de gestación. Más allá de que a continuación se redacte el acuerdo de GS con la mujer gestante, hoy el CCCN recepta el principio de integración en su artículo 389. Si el contenido del acto jurídico puede ser fragmentado, la nulidad de una disposición no afecta las otras disposiciones válidas si son separables. El juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente pueden considerarse perseguidos por las partes. Incluso el consentimiento de la gestante y su capacidad al conferirlo están protegidos por imperio del artículo 388, última parte, ya que no puede invocarse la nulidad relativa por falta de capacidad a sabiendas cuando hay dolo, hoy entendido este último como la producción de un daño con la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724 CCCN, última parte).

Cuestión aparte es la relativa a un potencial vicio de lesión que puede irradiarse en ambas direcciones (hacia el gestante o los comitentes) por compensaciones desproporcionadas (art. 332). Dicha posibilidad se descarta a priori en virtud del acuerdo de voluntades y la manifestación recíproca documentada de la evaluación pormenorizada de los motivos contemplados que movilizan a los actores de la GS para afrontar este proceso. También entendemos prudente, ante la ausencia de legislación y más allá de la existencia de una jurisprudencia que hasta la fecha es orientada hacia una dirección unánime favorable –aunque puede variar–, el relevamiento de responsabilidad y la cláusula de indemnidad en relación con el profesional interviniente (arts. 1719-1720, 1725, 1768).

Una mínima referencia al marco normativo, sobre el que las partes declaran tener conocimiento, parece suavizar y desdramatizar las relaciones jurídicas a que se someten. Además, presenta jurídicamente la GS en su peculiaridad y novedad y pone en evidencia la articulación de normas que la posibilitan, aunque podemos inferir que el artículo 8 CCCN supone el conocimiento del derecho. Es importante reafirmar el marco normativo que subyace a la viabilidad del proceso de la GS: la CN, en

sus artículos 14 bis y 19, en cuanto al derecho a formar una familia y las normas concordantes de tratados internacionales sobre derechos humanos (de jerarquía constitucional [art. 75, inc. 22]) que versan sobre los derechos a procrear, a la voluntad procreacional, a la no discriminación, al acceso a las TRHA, y sobre las convenciones sobre protección de los derechos de los menores. Todo ello, en definitiva, apuntala y sostiene la estructura de la GS.

El resumen de por qué se resuelve acceder a este proceso, narrado por la gestante y los comitentes-futuros progenitores, y que da pie a la figura clave de la VP, también contribuye a tener un panorama que será valorado por la autoridad judicial. A su vez, también asumen un rol relevante la relación entre los actores en cuanto al conocimiento previo o los lazos de amistad que los vincula y la misión asumida por la gestante de solidariamente contribuir a formar una familia. Otros detalles no menos importantes pesan a la postre en la obtención rápida de los respectivos DNI, en el mejor de los casos sin judicialización alguna: por ejemplo, si es la primera vez o no que la gestante se somete a la GS, si tiene a su vez sus propios hijos, si posee un nivel educativo que hace presumir que no hay aprovechamiento por parte de los comitentes, y, en suma, si se reconoce a efectos de la inscripción registral la copaternidad o paternidad del único o ambos comitentes. Paralelamente, se dejará plasmado qué tipo de fertilización se aplica, aunque surja también del consentimiento médico. A renglón seguido es necesario aclarar el carácter oneroso del acuerdo, que le confiere una característica conmutativa al convenio. Cada una de las partes se obliga de forma que exista responsabilidad por incumplimiento (p. ej., en el caso de la gestante, de interrumpir deliberadamente el embarazo o, en el de los comitentes, de no abonar las compensaciones pactadas).

No somos ajenos a la discusión que existe sobre si se trata de un verdadero altruismo[19] o más bien de una compensación económica que tiende a cubrir gastos del proceso de GS y el lucro cesante. Sin embargo, la retribución pactada se da en los límites de no producir un enriquecimiento desmesurado de la gestante ni una explotación o lesión subjetiva de la misma; es más, de hecho, este frágil equilibrio será evaluado si la justicia lo estima pertinente.

Si la gestante es casada o se encuentra en pareja de hecho, será prudente recabar también el consentimiento del cónyuge o conviviente o pareja (arts. 575 y 585 CCCN). Partimos de la libertad que cada uno tiene para contratar o reglar sus derechos. Por ende, dada la especial tónica del protocolo o manifiesto de entendimiento en el marco de las TRHA y la finalidad de enfrentar la infertilidad de los comitentes, aunque no se preste esa conformidad de la pareja de la gestante, opinamos que no se afectan los compromisos conyugales de fidelidad, convivencia y contribución en los gastos del hogar (art. 431 CCCN).

19. Ver "Un fallo inédito en Argentina avala un caso de alquiler de vientres en Mendoza" [en diario *Los Andes*, Mendoza, 31/12/2015] [http://www.losandes.com.ar/article/fallo-local-a-favor-del-alquiler-de-vientre]: el juez Carlos Neirotti, del Primer Juzgado de Familia, declaró "Hice lugar a todo, reconociendo que quienes manifestaron voluntad procreacional son los padres y considerando que no iba en contra de la moral y los derechos del niño. Incluso, recomendé que, aunque no estuviera demostrado en este caso, debería estar remunerado el servicio de gestación. Porque más que un alquiler de vientre, es pagar la prestación. Actualmente no figura esto, pero sí están previstos los gastos normales de la persona que queda embarazada, los honorarios que recibe la clínica por la práctica y los de los abogados. Incluso la pareja recibe el chico, entonces, ¿por qué la mujer gestante no recibiría nada? Aunque esté previsto que no se lucre, no lo encuentro reñido con la moral".

La entrega inmediata del nacido se pacta salvo indicación médica y será objeto de arreglo un régimen de comunicación o su ausencia respecto de la gestante y los nacidos.

Dadas sus características, el acuerdo se suscribe de forma irrevocable, de manera que los progenitores, si no asumen la paternidad, estarán incursos en el delito de abandono de personas, y si la gestante no quiere entregar al nacido o existe de los comitentes de recibirlo, entra en funcionamiento el Estado como garante y protector del derecho de los menores. Ante la reclamación de la filiación del nacido por la gestante, los comitentes progenitores también podrán iniciar acciones legales de impugnación de la maternidad por falta de posesión de estado. Se sugiere que se exprese que los comitentes aceptan que se harán cargo de su responsabilidad parental ante la posible discapacidad física o psíquica del nacido y que la gestante asume el riesgo y las consecuencias del embarazo y del parto.

La contratación de un seguro de vida y obra social parecen ser una justa contemplación para el bienestar de la gestante.

Complementariamente, y sin agotar la enumeración –que casuísticamente puede ser muy amplia–, se puede considerar: la designación de un tutor por eventualidad de muerte de los futuros progenitores, supuestos de crisis familiar o ruptura de los comitentes (el juez determinará el derecho de comunicación según lo que sea más conveniente para los menores, más allá de quién haya aportado el material genético, lo cual no deberá producir preferencia alguna en virtud de la naturaleza de la GS y la VP), el suministro de leche humana a los nacidos sin contacto físico durante un lapso estipulado para evitar el apego, el pago de las compensaciones en caso de nacimientos prematuros o interrupción de embarazo, el mantenimiento del pago de la obra social luego del parto por un periodo, etc.

5. Jurisprudencia y estrategias procesales. Diferencia conceptual entre la gestación por sustitución y la adopción

En el plano internacional y nacional, encontramos precedentes que anticipan una tendencia favorable al entorno de las TRHA y la GS. Algunas decisiones produjeron impacto mediático y fueron dadas a conocer por la trascendencia que se supone implican. Señalamos, de todas formas, que no todos los casos se judicializan y un gran número se invisibiliza bajo la figura de la adopción, por decisión de los magistrados o de sus progenitores. Ya comentamos la confusión que puede producir en los nacidos y los hijos o familia de la gestante el considerar que un menor fue dado en adopción para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales no brindadas por su familia de origen, cuando en realidad en las TRHA justamente el respeto por el derecho a la identidad tiene como fuente de origen una situación muy distinta.

Remarcamos una vez más e insistimos sobre la diferencia conceptual: la adopción y las TRHA constituyen dos fuentes distintas de filiación; la gestante no es madre ni los nacidos son hermanos de los hijos de una mujer que en forma altruista y solidaria ayudó a conformar una familia. Pretender emplazar a los nacidos bajo esta mentira es exponerlos a que puedan incluso solicitar una revocación de su adopción (arts. 629 y 633 CCCN). No hay desamparo, abandono o situación de necesidad de los nacidos, tampoco hay una adopción de integración respecto del copadre o coma-

dre que no aportó su material genético. Es tan simple como que existió una voluntad procreacional de traer descendencia familiar al mundo y comprometerse en términos de un proyecto de vida.

En primer lugar, y atento a que la GS viene de la mano del acceso a los avances científicos de la fertilización artificial, la CIDH, en "Artavia Murillo",[20] consagró como parte de los derechos humanos el derecho a la vida privada y familiar, la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación. La Corte prescribe que el Estado debe adoptar con la mayor celeridad posible el uso de prácticas de fertilización in vitro (FIV), regular su implementación, incluir programas en su atención de salud, cursos de educación y capacitación, y garantizar los derechos reproductivos y la no discriminación.

Otro referente es el caso "Fornerón",[21] en el cual la CIDH se pronunció sobre un concepto amplio de familia, puesto que la CADH concibe que aun las familias monoparentales pueden brindar cuidado, sustento y amor a los menores, más allá de una figura materna o paterna, todo lo cual no obsta el bienestar necesario y el desarrollo de niños y niñas. Asimismo, la CIDH amplió la idea que antecede en "Atala Riffo" y sostuvo que asumir en base a presunciones y estereotipos la capacidad e idoneidad parental en la crianza de los menores no es apropiado para asegurar el interés superior del niño.[22]

En nuestro país, de los quince casos sobre GS sometidos a la justicia, la totalidad obtuvo sentencia favorable; en la gran mayoría, las gestantes son mujeres vinculadas al entorno intrafamiliar (abuelas, hermanas, cuñadas, primas); y en los restantes casos, las portadoras son conocidas de las parejas comitentes. Los argumentos que se esgrimen consisten en invocar los ejes que venimos desarrollando: marco jurídico supranacional, VP, filiación por TRHA, derechos personalísimos a la identidad y a conocer los orígenes, autonomía de la voluntad, derecho a fundar una familia, no discriminación, derecho a la dignidad, derecho de inscripción de nacimiento urgente y el interés superior de los nacidos.[23] De hecho, visto desde el prisma de los comi-

20. CIDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros ('Fecundación in vitro') v/ Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas" (Serie C, Nº 257).

21. CIDH, 27/4/2012, "Fornerón e hija v/ Argentina - Fondo, reparaciones y costas" (Serie C, Nº 242).

22. CIDH, 24/2/2012, "Atala Riffo y niñas v/ Chile - Fondo, reparaciones y costas" (Serie C, Nº 239).

23. a) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil Nº 86 de la Capital Federal, 18/6/2013, "N. N. o D. G., M. B. M. s/ Inscripción de nacimiento" (*La Ley*, 1/7/2013, t 2013-D, p. 195; *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, octubre 2013, p. 39, y noviembre 2013, p. 87; *La Ley*, 11/11/2013, t. 2013-F, p. 182; cita online AR/JUR/23081/2013).
b) Juzg. de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, "B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ Ordinario" (*La Ley Litoral*, abril 2014, p. 324; cita online AR/JUR/89976/2013).
c) Trib. Colegiado de Familia Nº 7 de Rosario, 2/12/2014, "XXX s/ Maternidad por sustitución" (*Revista Derecho de Familia y de las Personas*, diciembre 2015, p. 237; cita online AR/JUR/90178/2014).
d) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil Nº 102 de la Capital Federal, 18/5/2015, "C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/ Impugnación de maternidad" (*La Ley*, 25/6/2015, t. 2015-C, p. 522; *Revista Código Civil y Comercial*, julio 2015, p. 91).
e) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil Nº 86 de la Capital Federal, 25/6/2015, "N. N. O. s/ Inscripción de nacimiento" (*Revista Derecho de Familia y de las Personas*, diciembre 2015, p. 218, y febrero 2016, p. 218; cita online AR/JUR/24326/2015).
f) Juzg. de Familia Nº 1 de Mendoza, 29/7/2015, "A. C. G. y otro s/ Medida autosatisfactiva" (*El Derecho*, t. 264, p. 409; *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, diciembre 2015, p. 197; cita online AR/JUR/28597/2015).
g) Juzg. de Familia Nº 1 de Mendoza, 15/12/2015, "C. M. E. y J. R. M. s/ Inscripción nacimiento" (cita online AR/JUR/58729/2015).

tentes, doce de los fallos tratan sobre parejas de diverso sexo y solo dos tratan sobre comitentes homoparentales varones o parejas de la diversidad.[24] En la mayoría de los casos, se utilizó material genético de comitentes en parejas homosexuales o se utilizaron donaciones anónimas de óvulos por tratarse de esterilidad médica o estructural (copadres varones). Es de destacar que en tres oportunidades se ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 562 como última alternativa.[25]

Con respecto a las estrategias procesales utilizadas para reclamar la filiación, se ha recurrido, en forma previa al nacimiento o con la gestación en curso, a una acción declarativa de certeza, información sumaria o declarativa de filiación y también al recurso de amparo para obtener la inscripción de los nacimientos en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas sin judicialización sino por vía administrativa y presentando el consentimiento por vía protocolizada en forma extendida, más allá de lo firmado en la clínica de fertilización. Todas estas herramientas procesales son posibles en virtud del artículo 19 CCCN, que postula la concepción como el comienzo de la existencia de la persona humana, y los artículos 1710 y 1711, sobre el deber de prevención del daño y acción preventiva. También, ocurrido el nacimiento, se han articulado medidas autosatisfactivas urgentes[26] e impugnaciones de la maternidad.

Además, es razonable considerar los recursos de apelación ante sentencias desfavorables, los recursos extraordinarios ante la CSJN y ante la CIDH, incluso las decisiones favorables pero recurridas por fiscales de Cámara o por el propio defensor de menores. Este último baluarte, cuya legitimación se articula en forma principal cuando los derechos de los representados están comprometidos (art. 103 CCCN), se ocupa de la protección del interés superior de los recién nacidos. Un aspecto primordial es el derecho a la inscripción urgente de sus partidas de nacimiento y la obtención de sus documentos de identidad (arts. 7 y 8 CIDN) y el acceso a la salud y a las prestaciones médicas de las obras sociales. En suma, toda dilación injustificada que

---

h) Juzg. de Familia Nº 9 de Bariloche, 29/12/2015 (cita online AR/JUR/78613/2015).

i) Juzg. de Familia Nº 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015, "H., M. y otro s/ Medidas precautorias" (*La Ley*, 2/5/2016, t. 2016-C, p. 89; cita online AR/JUR/78614/2015; *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, junio 2016, p. 131; *Revista Código Civil y Comercial*, mayo 2016, p. 147); declara la inconstitucionalidad del art. 562.

j) Trib. Colegiado de Familia Nº 5 de Rosario, 27/5/2016, "S. G. G. y otros s/ Filiación" (*La Ley Litoral*, agosto 2016, p. 2; *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, octubre 2016, p. 57; *Revista Código Civil y Comercial*, noviembre 2016, p. 113; cita online AR/JUR/37971/2016); la jueza Vittori autorizó de manera previa al embarazo la implantación de embriones desarrollados en el útero de una mujer para que dé a luz a los hijos de una pareja estéril, destacando la resolución de la CIDH que pone de resalto el derecho a fundar una familia.

k) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil Nº 7 de la Capital Federal, 15/6/2016 (inédito).

l) Juzg. Nac. 1ª Inst. Civil Nº 4 de la Capital Federal, 30/6/2016 (sentencia no firme).

m) Juzg. de Familia Nº 2 de Moreno, 4/7/2016, "S. P., B. B. c/ S. P., R. F. s/ Materia a categorizar" (*La Ley Online*, AR/JUR/42506/2016).

n) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil Nº 8 de la Capital Federal, 20/9/2016 (inédito).

o) Juzg. de Familia Nº 7 de Lomas de Zamora, 30/11/2016, Exp. Nº LZ-52635-2016, "B. J. D. y otros s/ Materia a categorizar (277)" (inédito).

24. Cfr. nota 23: j) y l).

25. Cfr. nota 23: i), l) [recurso extraordinario concedido] y o).

26. La medida autosatisfactiva consiste en un requerimiento urgente, peticionado para lograr un despacho favorable en forma inmediata e impostergable por peligro en la demora. Se despacha *in extremis* y enfrenta una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. No depende de la interposición simultánea o posterior de una pretensión principal. Debe tratarse de una situación de urgencia, infrecuente y de fuerte probabilidad que se cause un perjuicio grave o lo incremente. Exige un pronunciamiento judicial concomitante, inmediato y actual.

exceda la protección de los menores y se pierda en laberintos de cuestiones jurídicas abstractas que vulneran el concreto derecho de los menores constituye denegación de justicia; es, por lo menos, perjudicial y el Estado, como mínimo, debería abstenerse de intervenir o poner obstáculos dilatorios.[27]

Afortunadamente, celebramos la tendencia jurisprudencial positiva que avanza fuertemente, derribando prejuicios y estructuras intolerantes, aunque también insistimos con que la falta de legislación produce incertidumbre, ante la cual el Ministerio Público, los defensores de menores, los fiscales y los jueces pueden oponerse y generar un derrotero recursivo desgastante que en última instancia culminará con la aprobación de una realidad imparable.

6. Tensiones. Argumentos. Detractores. Asociaciones ilícitas. Intermediación. Tráfico de menores

Pasaremos revista a algunos de los argumentos en contra, sin citar –no por menos importantes– los relativos a la religión:

- Los convenios de GS son nulos de nulidad absoluta, atentan contra la dignidad de la persona, son inmorales y de objeto ilícito, son contrarios a las buenas costumbres, recaen sobre cosas que no están en el comercio.
- La onerosidad del convenio es sinónimo de explotación de la parte más débil, la gestante; además, el nacido tiene derecho a nacer en una familia en donde la madre sea quien lo gestó.
- Se produce una cosificación de la mujer portadora y se crea un clima proclive al mercado negro de alquiler de vientres; no se conocen las proyecciones psicológicas y emocionales que a mediano y a largo plazo pueden provocar estas prácticas en las mujeres que se someten a ellas.
- Se incentiva un turismo reproductivo propicio para el tráfico de menores y asociaciones ilícitas intermediarias que especulan y lucran con la desesperación de quienes tienen el deseo de ser padres.

Confiamos haber neutralizado en líneas anteriores algunos de los postulados citados, con fundamentos jurídicos. Agregamos aquí, con respeto por las diferentes opiniones y discrepancias, que se debe abrir en este difícil y complejo tema un canal de debate para superar el abismo de la intolerancia. Por sobre todo –y no es una "frase hecha"–, está el interés superior del niño, reconocido inclusive por los más acérrimos detractores.

Los nacidos en este contexto no existirían si no se hubiera soñado que era posible, aun con lo que implican los obstáculos legales, económicos, psicosociales y fácticos. La dignidad del nacido no se vulnera porque sea criado, mantenido y educado por alguien que no lo gestó. Muchos menores son abandonados no físicamente pero

27. Herrera, Marisa, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/9/2012 (t. 2012-E, p. 960; AR/DOC/4747/2012). A propósito de la gestación social, las autoras expresan: "en los supuestos de matrimonios o parejas compuestas por dos hombres o en los casos de hombres solos, atento a que, por razones biológicas, tienen incapacidad de concebir y gestar […] la gestación por sustitución representa la única opción de tener un hijo genéticamente propio; los principios de libertad, igualdad y no discriminación, especialmente después de la sanción de la ley 26618, conducen, pues, a la autorización de la práctica…".

sí afectivamente por sus padres biológicos y excelentemente formados integralmente por sus parientes, tíos, tías, padrinos, madrinas, vecinos, abuelos, etc.

Respecto de la cosificación de la mujer y la degradación del nacido, todavía no hay estudios que revelen daños colaterales, pero sí se ha confirmado que la estabilidad emocional de los niños depende de la historia previa, la personalidad de quienes lo crían, lo protegen y le brindan afecto y amor para su desarrollo. Justamente por tal motivo, en todas las decisiones judiciales, el Ministerio Público de Menores comprueba con asistentes sociales las condiciones de los hogares en que se proyecta la vida familiar. El argumento moral supera la extensión de este ensayo, por lo que nos limitamos a recordar que la libertad de las personas en cuanto a no producir daño demostrable pone al Estado en una posición abstencionista, posibilitando la autonomía de la voluntad.

La prohibición de la GS –de legislarse– generaría, paradójicamente, un mercado negro y clandestino, mafias intermediarias y un turismo reproductivo solo accesible para los más pudientes. Este panorama también es factible en la etapa del vacío legal de la GS; por tal razón, es preferible reglamentar y legislar para controlar y evitar las prácticas abusivas y maliciosas.

Por último, respecto de las gestantes que optan voluntariamente por colaborar en las conformaciones de familias, antes de suponer que son explotadas por situaciones vulnerables, se debería apartar este prejuicio, por ser discriminatorio y subestimar la capacidad de decisión de las mujeres.

6.1. Objeción de conciencia

Destacamos que los profesionales, médicos, letrados, notarios que se oponen axiomáticamente a la GS y a las TRHA encuentran justificación en la teoría de la objeción de conciencia. Expuesto de manera simple, este derecho consiste en no ser obligado a realizar acciones contra sus propias convicciones. La libertad de conciencia se opone a los principios morales o religiosos; en definitiva, se rechaza algo externo por una razón íntima, personal. Legalmente se evalúa si el sujeto se encuentra eximido del cumplimiento de las normas legales por resultar un imperativo contrario a las propias convicciones. ¿Es lícito que un juez, un médico o un profesional del derecho se excusen de intervenir en un proceso de GS alegando objeción de conciencia?

La CN garantiza la libertad de culto y de conciencia y establece que las acciones privadas de los hombres que no perjudiquen a terceros (arts. 14 y 19) pertenecen al fuero íntimo de las personas. En este sentido, cabe destacar los seis criterios elaborados por la CSJN respecto del servicio militar obligatorio en "Portillo":[28] no subordinación a meras consideraciones de conveniencia, debe tratarse de convicciones éticas, debe ser sincera, merece tutela aunque sea minoritaria, no debe contradecir otro derecho, y, en lo posible, debe conciliar el respeto de los deberes legales con las convicciones del objetor. Sin embargo, en el plano de la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva, rigen otros parámetros. La objeción de conciencia puede generar un obstáculo o complicar decisiones personales y resulta, a veces, indirectamente discriminatoria para grupos que padecen la llamada "infertilidad estructural". Por ende, con respecto a esta franja social vulnerable, la negativa a brindarle atención

28. CSJN, 18/4/1989, "Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 Ley 17531" (*Fallos*, t. 312, pp. 496-526).

resulta incompatible con los principios constitucionales que acogen el derecho a la salud, a la no discriminación por razones de sexo o clase social y atenta para que se les impongan a terceros creencias religiosas o éticas. Varias provincias reconocen estas situaciones conflictivas y eximen a los objetores con la condición de la obligación de derivarlos en forma urgente.[29]

En suma, los límites para los objetores que intervienen en las GS pueden resumirse en: los riesgos que las asociaciones o profesionales pueden producir en los requirentes; el impacto discriminatorio en función de la erosión de la confianza (art. 1725 CCCN);[30] la objeción no puede encubrir un intento de disimular una concepción ética o religiosa; la objeción debe ser genuina y sincera y no promovida por el interés en alivianar carga de trabajo o vulnerar derechos básicos de los actores de la GS. En pocas palabras, debe existir un equilibrio entre el derecho a la objeción de conciencia y la conciencia de los requirentes, que es también digna de protección.

7. Políticas reproductivas

Markens,[31] estudiosa de la materia en los Estados Unidos, compara la evolución de las respuestas legislativas sobre la GS en dos zonas de su país, California y Nueva York. Estos estados representan la riqueza y la diversidad cultural y social, aunque tienen frente a la misma problemática social distintos enfoques legales. La autora concluye que una posible explicación radica en la influencia de los respectivos contextos legislativos y las culturas políticas preexistentes. Por medio de la comparación,

29. La objeción de conciencia en el plano de la salud sexual y reproductiva afecta derechos personalísimos no solo de las mujeres sino de aquellos que acuden a las técnicas de fertilización y no son atendidos por discriminación. Las leyes 25673 y la 26130 reconocen y regulan el derecho a la objeción, obligando a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata. No obstante, la Ley 26150 de Educación Sexual Integral, que crea el Programa Nacional de Educación Sexual Integral en el Ministerio de Educación de la Nación, no prevé la objeción. Varias provincias han legislado sobre la regulación de la objeción en el marco de la salud sexual y la procreación responsable:
Provincia de Buenos Aires: por Ley 13066 prevé el respeto por los objetores, y el Ministerio de Salud prescribe la declaración del objetor con suficiente antelación para permitir el reemplazo y garantizar las prestaciones del derecho a la salud sexual y reproductiva.
Mendoza: la Ley 7456 de Contracepción Quirúrgica prescribe en su art. 5 que "se respetará la objeción de conciencia de los profesionales y ante esta situación, los servicios de la red de asistencia estatal provincial proveerán los medios para la realización de todo el proceso de las prácticas médicas enunciadas en el artículo 1".
Neuquén y *Salta*: reconocen en sus normativas la objeción de conciencia sin grandes detalles.
Santa Fe: Ley 11888.
San Luis: Decreto 129/2003.
Chaco: Ley 5409.
CABA: la Ley 1044 recepta la objeción de conciencia con distintos requisitos y modalidades.
Ver Alegre, Marcelo, "Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva" [online], en *despenalizacion.org.ar*, Buenos Aires, CEDES-FEIM, hoja informativa Nº 10, 2009 [http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/hojas_informativas/10_alegre.pdf].

30. Art. 1725 CCCN: "Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente".

31. Markens, Susan, *Surrogate motherhood and the politics of reproduction*, Berkeley, University of California Press, 2007.

se pone de relieve que las tendencias institucionales se acomodan a factores internos y externos religiosos, migratorios y de políticas de tasas de natalidad y demográficas. La familia como valor tradicional, cuyo ideal es repetidamente el foco de ansiedad y conflicto social, es también puesta en jaque por tasas de infertilidad crecientes, leyes de aborto restrictivas según los estados y una constante difusión mediática fluctuante y ambigua respecto de la GS.

Apreciaciones similares pueden aplicarse fácilmente a nuestro país, al encontrarse en la actualidad distintos proyectos de ley, entre los que se destaca el de la senadora Montero. Sus brillantes fundamentos resumen la evolución de la GS desde el ángulo doctrinario y jurisprudencial a nivel internacional y nacional. En sus completos veintitrés artículos, divididos en títulos sobre disposiciones comunes, requisitos de las partes, autorización judicial, equipos multidisciplinarios, homologación del acuerdo, registro de gestantes, efectos de la resolución judicial, derecho a conocer, efectos de la falta de autorización judicial y las incorporaciones al Código Penal, se aprecia un detallado marco normativo que ubica a la GS en un nivel integral y cuidado respecto de todos los agentes intervinientes.[32]

8. Proyectos legislativos 2016

El tema de la GS despierta una vez más un interés social y periodístico y se instala en la agenda parlamentaria como una necesidad de regular un proceso de cambio en las conformaciones familiares cada vez más aceptada, ya sea a nivel homoparental o de una persona sola o parejas infértiles. En este sentido, recientemente, el 30 de agosto del 2016, se presentaron dos propuestas legislativas sobre GS en la Cámara de Diputados de la Nación: a) 5700-D-2016[33] y b) 5759 D-2016[34], avalados por la Federación Argentina Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y por la Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Humana Asistida (organismo compuesto por la SAMeR, Concebir ONG, Sumate a Dar Vida ONG, Abrazo por dar vida ONG, 100 % Diversidad y Derechos ONG).

Los proyectos presentan algunas diferencias significativas:

a) El proyecto 5700 centra su finalidad en una GS de carácter solidario (gestación solidaria), una TRHA que consiste en el compromiso que asume una gestante de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja (comitentes) sin que se produzca vínculo de filiación. Se formaliza mediante un instrumento, documento legal suscripto con el centro médico autorizado y posteriormente protocolizado ante escribano o autoridad sanitaria. Este acuerdo se asimila al consentimiento previo, informado y libre de las partes para someterse a las TRHA y es constitutivo e indispensable para reconocer la GS. La gestante, entre otros requisitos, debe tener como máximo treinta y cinco años de edad

32. Expediente S-2574/15.

33. Proyecto de ley 5700-D-2016; firmantes: Araceli Ferreyra, Silvia Horne, Leonardo Grosso, Remo Carlotto, Lucila de Ponti.

34. Proyecto de ley 5759-D-2016; firmantes: Analía Rach Quiroga, Juliana Di Tullio, Sandra Mendoza, Analuz Carol, Verónica Mercado, Luana Volnovich, Guillermo Carmona, Juan Pedrini, Luis Basterra, Inés Lotto, Gabriela Estevez.

al momento de suscribir el instrumento, y el contacto con el o los nacidos debe concluir, salvo pacto en contrario, al momento del nacimiento. Se propone modificar el artículo 562 CCCN, que hemos mencionado y que presenta un escollo para la filiación en la GS. Contempla una cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, medicamentos y diagnóstico, ropa y transporte en el procedimiento de gestación solidaria, y propugna un trato igualitario sin distinción de orientación sexual, identidad de género o condición social de los actores gestantes y comitentes. Prevé que durante las primeras catorce semanas de gestación el/los comitentes podrán decidir la interrupción voluntaria del embarazo que cursa la gestante.

b) El proyecto 5759 plantea un proceso judicial previo que condiciona el inicio de la GS. Está dividido en etapas y se realiza con la intervención de un equipo interdisciplinario que se expide a favor o no de la autorización peticionada. Se exige una relación afectiva previa entre los comitentes y la gestante. Se remarca el aspecto no lucrativo de la GS. No hay límite de edad de la gestante, pero sí un examen de aptitud psíquica y física; se le exige además haber concebido un hijo, no aportar sus propios gametos, tener una residencia ininterrumpida en el país de al menos cinco años y no haber participado en más de dos GS. Por el lado de los comitentes, se requiere que al menos uno aporte sus gametos, salvo razones médicas. El acceso a la GS es subsidiario; no se puede acceder sino por razones de infertilidad médica o estructural. Se obliga a contratar un seguro médico a favor de la gestante, la filiación se predetermina en la sentencia que autoriza la GS, se regula la compensación económica de la gestante, se incorpora como figura penal punible la intermediación que ignore la autorización judicial, y se incluye un registro de gestantes.

9. Epílogo. Rol del notario, nuevos paradigmas y desafíos

Las necesidades de adaptación y de desestigmatizar la GS –sin negar la divulgación de sus avatares– nos posicionan ante un horizonte más despejado. Si aceptamos que una cuestión socialmente conflictiva se va instalando progresivamente como una realidad ineludible, mejor que resistirla es darle cabida y encauzarla para evitar su clandestinidad.

Hemos expuesto los límites y las razones por las que pensamos que el notariado está a la altura para ofrecer su valor agregado y colaborar en la creación de familias, a la vez que en ser contralor en el proceso de la GS y la expresión de la VP.

Quien esté dispuesto a colaborar en la concreción de anhelos y deseos de personas que buscan ser padres y no pueden lograrlo sin recurrir a estas técnicas y acuerdos tiene argumentos jurídicos e ideas más que suficientes para cumplirlo. Cada cual tendrá sus principios y valores; solo nos preguntamos e invitamos a la reflexión de por qué se permite la donación de esperma y de óvulos, la adopción de personas solas, el matrimonio igualitario, el reconocimiento de la identidad autopercibida de género, y se observa con desconfianza recurrir a la gestación por sustitución por infertilidad o la donación de la capacidad de gestar como respuesta a la cristalización de proyectos de familia en el sentido más amplio del término. Un niño deseado y amado tiene potencialmente mejores recursos emocionales para progresar

en la vida y ser útil a la sociedad. La ilusión y los proyectos parentales para la constitución de una familia son parte de los derechos humanos.

En definitiva, nos preguntamos –citando a Calderón de la Barca en *La vida es sueño*–:

> ¿Qué es la vida? Un frenesí.
> ¿Qué es la vida? Una ilusión,
> una sombra, una ficción,
> y el mayor bien es pequeño;
> que toda la vida es sueño,
> y los sueños, sueños son.

10. Bibliografía

Alegre, Marcelo, "Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva" [online], en *despenalizacion.org.ar*, Buenos Aires, CEDES-FEIM, hoja informativa Nº 10, 2009 [http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/hojas_informativas/10_alegre.pdf].

Curti, Patricio y otros, (conferencias y exposiciones en las Jornadas "Desafíos contemporáneos de las técnicas de reproducción asistida", organizadas por la Universidad de Palermo [Buenos Aires, 8 y 9 marzo 2016]).

Dawkins, Richard, *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*, Barcelona, Salvat, 1993.

Herrera, Marisa, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/9/2012 (t. 2012-E, p. 960; AR/DOC/4747/2012).

— "La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/8/2011 (t. 2011-D, p. 1275; AR/DOC/2487/2011).

— "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 20/9/2010 (t. 2010-E, p. 977; AR/DOC/ 6229/2010).

Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución" [online], en *microjuris.com. Inteligencia jurídica*, 19/9/2012, MJ-DOC-5971-AR | MJD5971 [https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/12/10/esconder-o-enfrentar-otro-argumento-a-favor-de-la-regulacion-de-la-gestacion-por-sustitucion/].

Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y derecho" [online], en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, Nº 3/2012 [http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf].

Markens, Susan, *Surrogate motherhood and the politics of reproduction*, Berkeley, University of California Press, 2007.

Rodríguez Iturburu, Mariana, "La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad" [online], en *Reproducción*, Buenos Aires, Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, vol. 30, Nº 4, 2015 [http://www.samer.org.ar/revista/numeros/2015/Numero_4/4-ITURBURU.pdf].

Teitelbaum, Horacio, "Gestación por sustitución. Abstención legal y ambigüedades constructivas" (trabajo presentado en las XXXIX Jornadas Notariales Bonaerenses [Mar del Plata, 2016], reconocido con el Cuarto Premio), en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 978, 2014, pp. 849-862.

Vela Sánchez, Antonio J., *La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo*, Albolote, Comares, 2012.

Estatuto de disciplinamiento y capitulaciones*

Karen M. Weiss

Gastón A. Zavala

RdN 926

RESUMEN

Análisis de la materia en el Código Civil y Comercial. Las convenciones matrimoniales son actos jurídicos familiares patrimoniales típicos, formales, facultativos y registrables, sujetos a la condición del matrimonio válido y a otras condiciones suspensivas. La escritura pública es el instrumento adecuado para convenciones matrimoniales, uniones convivenciales, y para quienes hayan capitulado o casado en el extranjero, trasladen su domicilio a la argentina y opten por este derecho. La protección de la vivienda habitual de la familia no requiere registro ni publicidad jurídica. No es causa de observación del título del inmueble la falta de asentimiento si el cónyuge o conviviente titular manifiesta que no constituye vivienda familiar. Es factible otorgar el asentimiento anticipado siempre que se consignen en el acto los elementos constitutivos. Se diferencia el asentimiento para el otorgamiento de actos que afecten a la vivienda del que enajene un ganancial. El poder especial entre cónyuges para dar el asentimiento respecto de bienes gananciales se encuentra admitido. Se posibilita la autorregulación de intereses patrimoniales para las uniones convivenciales a través de la celebración de un pacto escrito. La convención prenupcial y matrimonial no realizada por escritura pública es inválida. Se considera adecuado que antes del trámite de divorcio, los cónyuges bajo el régimen de comunidad cambien al régimen de separación y liquiden la comunidad sin necesidad de quedar atados a la indivisión post comunitaria. La división del patrimonio poscomunitario puede realizarse de manera perfecta.

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Orden público y autonomía de la voluntad.* ***3.*** *Eficacia en el país de las convenciones celebradas en el extranjero.* ***4.*** *Estipulaciones capitulares.* ***4.1.*** *Críticas.* ***4.2.*** *Convenciones atípicas.* ***4.3.*** *Objeto.* ***4.4.*** *Capacidad.* ***4.5.*** *Pluralidad de regímenes.* ***5.*** *Régimen patrimonial primario.* ***5.1.*** *Deber de contribución.* ***5.2.*** *Inejecutoriedad de la vivienda.* ***5.3.*** *Asentimiento.* ***6.*** *Régimen patrimonial de las uniones convivenciales.* ***7.*** *Forma instrumental de las convenciones y la función notarial.* ***8.*** *Registración y publicidad. Publicidad formal. Técnica publicitaria.* ***9.*** *Contratación entre cónyuges y excónyuges.* ***10.*** *Divorcio y régimen de comunidad.* ***11.*** *Disolución de la comunidad* inter vivos *y* mortis causa. ***11.1.*** *Principio general.* ***11.2.*** *Indivisión poscomunitaria.* ***11.3.*** *Incidencia de la porción legítima here-*

* Trabajo presentado por los autores en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016), distinguido con un accésit por el jurado de la Jornada y publicado en *Revista Notarial* (Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 94, 2016, pp. 403-469).

ditaria. ***11.4.*** *Partición privada de bienes gananciales.* ***11.5.*** *Inscripción registral de la partición.* ***12.*** *Eficacia del acuerdo particionario conyugal previo al divorcio.* ***13.*** *Bibliografía.*

1. Introducción

La unión en matrimonio y la simple convivencia conllevan una noción sociológica fundamental, generadora de un sinfín de efectos económicos, culturales y normativos que caracterizan la sociedad contemporánea. La sanción de la Ley 26618 modificó los requisitos del acto jurídico matrimonial, que tradicionalmente debía celebrarse entre hombre y mujer (art. 172 CCIV), *aggiornándolo* a contrayentes sin mención de género.

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, el Código o CCCN) reitera que el consentimiento conjunto de ambos contrayentes es indispensable para la existencia del matrimonio y destaca, dentro del capítulo "Principios de libertad e igualdad" del matrimonio, que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de sus integrantes y los efectos que este produce, y concluye con la aclaración que puede ser constituido por "dos personas de distinto o igual sexo" –debió decir *género*–. Este encuadre liberador de los requisitos y efectos personales del matrimonio, incluso de la familia, evidencia un desajuste con la regulación conservadora que se mantuvo en cuanto a sus efectos económicos. Para Basset, debería eliminarse toda regulación, asignar plena libertad a los cónyuges y establecer un sistema de separación cuyo único gravamen a las libertades individuales de disposición estuviera dado por la protección de los derechos de los niños.[1]

El Código evoluciona en esta temática frente a su antecedente de 1869.[2] En su metodología normativa del segundo libro (destinado a las relaciones de familia) diagrama un título destinado al matrimonio, otro al régimen económico y otro a uniones convivenciales (además de otros cinco títulos que componen el libro). Se destierra el desafortunado concepto de sociedad conyugal. Brinda la posibilidad de optar entre dos regímenes patrimoniales tasados para el matrimonio y se contempla un estatuto patrimonial de base, aplicable a cualquiera de los estatutos económicos o de disciplinamiento que rija al matrimonio. Este régimen imperativo fija las contribuciones para la satisfacción de las necesidades económicas de la familia y genera una comunidad de intereses patrimoniales que limita la autonomía de la esfera de acción de los cónyuges de diversas formas.

Podemos definir el régimen patrimonial matrimonial como el conjunto de relaciones jurídicas de orden –o de interés– patrimonial que el matrimonio establece entre los cónyuges y entre estos y terceros.[3] Con la sola celebración del matrimonio,

1. Basset, Úrsula, "Régimen patrimonial del matrimonio", en Laferriere, Jorge N. (comp.), *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 235-240.

2. El cambio era necesario; la sociedad contemporánea a Vélez Sarsfield, el contexto económico y las relaciones laborales y comerciales son diametralmente diferentes a las actuales.

3. Para Santiago C. Fassi, el régimen patrimonial matrimonial es el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales emergentes del matrimonio (*Regímenes matrimoniales*, t. 22, p. 242). En igual sentido, Bellusccio, Augusto C., "Regímenes matrimoniales", en AA. VV., *Enciclopedia jurídica*, t. XXIV, Buenos Aires, Omeba, 1967, p. 410.

ante la ausencia de convención matrimonial, de manera subsidiaria rige el régimen de comunidad. En el Código Civil, este estatuto era imperativo, la voluntad de los cónyuges no incidía en su estructura ni en la fecha de entrada de vigencia; solo se circunscribía a dar nacimiento al régimen o en la decisión de ponerle fin a la relación matrimonial que lo sustentaba (sin perjuicio de los supuestos de excepción para cambiarlo).

Sin importar el régimen económico que se adopte, dos son los tipos de relaciones esenciales que deben preverse: las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de estos con terceros. Es esencial satisfacer internamente los requerimientos fundamentales de orden económico que provoca la unión matrimonial: la contribución a los gastos comunes (sostenimiento del hogar, educación de los hijos, etc.) y la gestión de los bienes de cada uno de los cónyuges. En las relaciones con terceros, lo prioritario es mantener un adecuado equilibrio entre el interés patrimonial de cada cónyuge (o el de ambos) y el de quienes han establecido con ellos relaciones jurídicas de orden patrimonial.[4]

2. Orden público y autonomía de la voluntad

Lejos del criterio restrictivo e imperativo sentado por Vélez Sarsfield, el X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998) consideró que

> La autonomía de la voluntad no se contrapone con el orden público en el derecho de familia, sino que este último resulta un límite preciso y útil para la realización eficaz de aquella.

No se menoscaba el orden público ni se afecta la seguridad jurídica por el solo hecho de dársele cabida a la autonomía de la voluntad y permitir optar por un determinado régimen patrimonial que se ajuste a las aspiraciones de los con- trayentes, siempre que no se alteren ciertos límites y principios (protección de la familia, hijos menores de edad o incapaces, derechos de terceros).[5] Admitida la posibilidad de elección, se abre el interrogante sobre si él supone una inflexible y única regulación jurídica o no.

La compatibilidad se presenta según que la ley posibilite elegir entre dos o más regímenes alternativos específicamente regulados hasta contraer nupcias, impidiéndoles luego cambiarlo o establecer modificaciones; hacer combinaciones entre los regímenes tipo para introducir variaciones o para pactar un régimen distinto a los ofrecidos por la legislación local; o una vez casados, mutar de un régimen a otro, sin introducir alteraciones. La última de las variables expuestas, que conjuga el consentimiento personal-matrimonial con el interés público, es a la que adhirió el Código de 2014.

La faz pública se encuentra en la determinación de la estructura legal que diagrama el Estado y en la que podrá posicionarse patrimonialmente cada matrimonio, especificándose en cada uno de ellos los derechos, los deberes, las cargas comunes,

4. Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 377.

5. Según Aquiles H. Guaglianone, "el orden público matrimonial se empequeñece o agranda, se debilita o fortalece, según la legislación de que se trate" y el grado de orden público del derecho matrimonial está en relación inversa con el campo de actuación de la autonomía de la voluntad (*Régimen patrimonial del matrimonio*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 18).

etc. que imperarán, y, a través de la justicia, evaluar el cumplimiento al marco de ejercicio. La autonomía de la voluntad oscilará entre los contrayentes, permitiéndoles escoger entre un estatuto económico matrimonial u otro o simplemente no optar por ninguno, para quedar enmarcados dentro del legal supletorio; y entre los cónyuges, permitiéndoles variar de régimen por considerar que se equivocaron en su decisión u omisión inicial o porque las circunstancias económico-matrimoniales que valoraron con anterioridad se modificaron y consideran entonces oportuno mutar de régimen.

Los cónyuges son los más capacitados para planear su futuro, organizarlo y proteger su patrimonio familiar. El Estado no puede contemplar en su espectro jurídico la vida interna de cada matrimonio ni prever su organización o administración hogareña o si uno solo o ambos cónyuges serán los que aporten bienes para el mantenimiento del hogar, ni evitar que ellos lo determinen. No obstante, sí puede imponer límites, que van desde el respeto al orden público, las buenas costumbres, la igualdad de los cónyuges, hasta la elaboración de un estatuto patrimonial primario en protección de la familia y su hogar. Medina[6] expresa:

> … estaríamos en presencia de un sistema jurídico perverso si sólo se legislara para la mayoría y se impidiera a la minoría arbitrariamente la regulación de sus derechos.

El estatuto económico del matrimonio debe adecuarse a la laxa disciplina que la ley le impone a la institución, pero el tono de imperatividad de sus normas debería sincerarse con la realidad de que el matrimonio civil, declinante por obra misma del legislador, no puede estar regulado respecto de sus aspectos económicos, como en los tiempos de su esplendor.[7]

3. Eficacia en el país de las convenciones celebradas en el extranjero

Hasta la sanción de la Ley 26994, la República Argentina era el único miembro del Mercosur (y uno de los pocos en América) que vedaba la autonomía de la voluntad para escoger un estatuto de *disciplinamiento* matrimonial. El esquema de Vélez Sarsfield (según Ley 2393) necesitaba una adecuación de las normas de derecho internacional privado para evitar conflictos entre soberanías legislativas distintas que ya se habían suscitado.[8]

6. Kanefsck, Mariana y Medina, Graciela, "Autonomía de la voluntad y elección del régimen patrimonial matrimonial", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1999-III, p. 958 (en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters, ver id. 0003/000113).

7. Ver Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 585; Mazzinghi, Jorge A., "Necesaria adecuación del régimen de bienes a la actual disciplina del matrimonio civil", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 902, 1989, p. 189; conclusiones de las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987); y proyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la comisión designada por Decreto 468/1992.

8. Goulart (expresidente de Brasil) y su cónyuge celebraron capitulaciones prematrimoniales, pactando separación de bienes. Ella, casada, adquiere un inmueble en Argentina y lo vende siendo viuda. El registrador capitalino denegó la inscripción definitiva de la escritura de venta por no considerar el inmueble como propio de la viuda (art. 6 Ley 2393), lo que fue confirmado por la Sala F de la CNCiv. en fallo del 2/2/1982 (*El Derecho*, t. 99, p. 676). Werner Goldschmidt califica la resolución como visualmente acertada, pero duda si el resul-

La Ley 23515 incorporó un punto de conexión fundamental (art. 163 CCIV) y unificó en el primer domicilio conyugal todo el régimen de bienes del matrimonio, incluyendo las convenciones matrimoniales. Así, fueron aplicables en nuestro país las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero y también se posibilitó que esas convenciones fueran celebradas aquí si el primer domicilio conyugal fijado en país extranjero las admitía y allí fuera aplicable la convención formalizada.[9]

El Código sancionado en 2014 sigue con el lineamiento del artículo 163 del Código Civil, en consonancia con los Tratados de Montevideo de 1889 (Ley 3192)[10] y de 1940 (Decreto-ley 7771/1956): el artículo 2625 CCCN establece que el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal, también aplicable para las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio, y que las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración.[11] Si los cónyuges deciden cambiar su domicilio a este país, puedan hacer constar en "instrumento público" (no se especifica cuál) su opción de aplicar el derecho argentino. Pensamos que la escritura pública cumple acabadamente con la garantía que la norma requiere de que el ejercicio de esta facultad no afecte el derecho de terceros. Ese primer domicilio es el hecho que condiciona la aplicabilidad del régimen convenido, sin importar que luego muden el lugar de residencia del matrimonio, sea ocasional o constante. En virtud de esto, un matrimonio celebrado e instalado en nuestro territorio y que luego se radicase en otro país que tuviese un régimen único podría celebrar convención matrimonial y cambiar de régimen económico.

El Tratado de Montevideo de 1940 aclara como límite al régimen de bienes convenido aplicable de fuente foránea según el primer domicilio conyugal, todo lo que sea de estricto carácter real que esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes. Esto no implica una contradicción, sino que conjuga el estatuto patrimonial matrimonial con aspectos de los bienes inmuebles distintos de aquellos que considera el régimen económico, y respeta la normativa local cuando estuviese en contradicción con la ley extranjera aplicable (p. ej., la determinación de la calidad de los inmuebles, la capacidad para adquirirlos, el modo de transferirlos, solemnidades que deben acompañarlos, etc.; así, no podrían constituir en nuestro país un derecho real no reconocido por nuestra ley).[12]

---

tado es satisfactorio ("Derecho internacional privado referente al régimen de bienes en el matrimonio", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 99, p. 676).

9. Jorge A. Mazzinghi destaca esta particularidad y califica de saludable la modificación ("Convenciones matrimoniales. Régimen legal aplicable", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2004-D, p. 1300, AR/DOC/1510/2004). En igual sentido, ver Rapallini, Liliana E., "Régimen internacional del patrimonio conyugal en el Código Civil argentino", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 951, 2005, pp. 619-628).

10. Tratado de Montevideo (1889), Ley 3192; el art. 40 establece que "Las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes […] en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación"; mientras que el art. 41 prevé que dichas relaciones serán regidas por la ley del domicilio conyugal que los contrayentes hubieren fijado, de común acuerdo, antes del matrimonio.

11. Art. 2625 CCCN: "En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal". Debió decir "que no hicieran opción de régimen", ya que la convención prematrimonial puede contener otras previsiones.

12. Si los contrayentes celebran capitulación matrimonial en el extranjero, optan por el régimen de comunidad y, además, convienen por ejemplo la asignación de bienes post mórtem, de conformidad a la ley extran-

Con respecto a la forma de las convenciones, continúa vigente el principio "*lex loci regit actum*", por lo que se aplica la ley del lugar del otorgamiento del acto, por ser un acto jurídico, mientras no se viole el orden público internacional.

4. Estipulaciones capitulares

4.1. Críticas

Vélez Sarsfield consideraba que en esta nación nunca se habían visto contratos de matrimonio, que no aparecían como necesarios y podían conservarse las costumbres del país. Eligió regular las convenciones matrimoniales con los contratos ordinarios (sección tercera del libro II del CCIV).[13] Pensamos que si no hubo costumbre a favor de las convenciones, es porque el marco legal no lo permitía.

La distribución de la riqueza de los cónyuges no debe ser una cuestión a resolver por la ley; se trata de otorgarles a las partes el derecho a convenir otra solución que resguarde la independencia de cada uno y no lo convierta, al momento de la ruptura, en un acreedor del patrimonio formado por las ganancias del otro.[14] En el mismo sentido que el régimen anterior, los futuros esposos solo pueden celebrar las convenciones que expresamente se permiten[15] y no pueden prever cómo se solucionarán sus relaciones en caso de ruptura o fallecimiento (el art. 447 CCCN es determinante). Si los futuros esposos realizan una convención sobre otro objeto relativo a su matrimonio distinto a los autorizados por el artículo 446 CCCN, aquella se verá afectada de nulidad, aunque relativa (arts. 279, 386 y 388), ya que la sanción es en protección del interés de los esposos.[16]

Las convenciones matrimoniales son actos jurídicos familiares, patrimoniales; acuerdos o pactos que en algunas ocasiones podrán constituir un contrato (los enumerados en los incs. c] y d] art. 446) o, simplemente, consistir en una declaración de los futuros esposos con respecto a los bienes que cada uno lleva al matrimonio o las deudas que tuvieran (incs. a] y b], art. 446). Más allá de las restricciones legales, su naturaleza jurídica y su esencia están vinculadas a las estipulaciones contractuales, y, en función de la definición del artículo 957 CCCN, pueden caracteri-

---

jera. Se plantea el interrogante si en nuestro país es factible declarar la nulidad parcial de la última estipulación. Consideramos la invalidez parcial (por lo dispuesto en el art. 389); la aplicación del régimen legal argentino limita como objeto de las convenciones "únicamente" los establecidos en el art. 446. No puede verse afectado el orden público interno.

13. El sistema del CCIV limitó las convenciones al inventario de bienes propios, reserva de administración por la esposa, donaciones del marido a la mujer y donaciones entre esposos para después de su fallecimiento. Nada más podía pactarse y menos aún luego de celebrado el matrimonio (arts. 1218 y 1219). Vélez estructuró la sociedad conyugal como una suerte de contrato obligatorio; lo cierto es que siendo un régimen imperativo, no se aviene con la idea de contrato.

14. En España, los cónyuges tienen la obligación de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimiento de la actividad económica que desarrollan. Es causal de disolución de la sociedad de gananciales su incumplimiento reiterado. (Ver Código Civil de España, arts. 1381 y 1393).

15. Basset, Úrsula C., ob. cit. (cfr. nota 1): "Dado que en las diversas subcomisiones se trabajó en forma separada, la regulación del matrimonio y sus consecuencias personales no responde en absoluto al perfil de matrimonio que subyace a la regulación de los efectos económicos. El desajuste es evidente."

16. En el mismo sentido que lo establecía el Código Civil en los arts. 953, 1044 y 1218.

zarse como contratos. De allí que se les apliquen las normas generales en materia contractual.[17]

4.2. Convenciones atípicas

Las convenciones atípicas o no previstas por el sistema jurídico están prohibidas en el nuevo Código al decidirse por un sistema opcional restrictivo (similar al *numerus clausus*), ya que las convenciones antes del matrimonio únicamente pueden versar sobre determinados objetos (art. 446).

4.3. Objeto

El régimen vigente amplía –parcialmente– el objeto tradicional de las convenciones matrimoniales. Los futuros cónyuges pueden pactar:

a) *La designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio*. Es un medio para preconstituir la prueba en relación con el carácter de los bienes inventariados y así evitar cuestionamientos futuros.[18]

b) *La enunciación de deudas*. Es otra forma de acreditar su existencia y así, al momento de la extinción de la comunidad, se transforma en el derecho de recompensa que tiene el cónyuge si una deuda personal del otro fue solventada con fondos gananciales (arts. 489, 490 y 468).

c) *Las donaciones que se hagan entre ellos.* Este tipo de donaciones se rige por las normas relativas al contrato de donación y solo tienen efecto si el matrimonio se celebra.[19] La convención pre matrimonial es la oportunidad que tienen los contrayentes para hacerse donaciones, ya que luego de celebrado el matrimonio, rige para ellos la prohibición del artículo 1002, inciso d), si quedan sujetos al régimen de comunidad. Esta limitación no rige si su régimen es el de separación.
Si el matrimonio no se celebra, todas las donaciones contenidas en la convención o fuera de ella pero en miras al futuro matrimonio podrán considerarse pagos sin causa y el donatario deberá restituir lo donado y sus accesorios. Las donaciones que, en razón del matrimonio futuro, les efectuaran los terceros también llevan implícita la condición de que el matrimonio se celebre y sea válido (art. 452); si no se celebra, deberán restituírsele al tercero los objetos donados.

17. Su efecto vinculante, el principio de buena fe, la posibilidad de someterlas a condiciones o plazos. O también hacerles aplicables las normas sobre ineficacia y, en su caso, declarar la nulidad parcial si alguna estipulación transgrede el objeto reservado para las convenciones, y si esta es separable del resto, manteniendo incólume el resto de la convención matrimonial.

18. Principalmente, en el proceso de liquidación de la comunidad, sobre la calidad propia de los bienes, en especial si son bienes no registrables (dinero, joyas, obras de arte), en la cuantificación de las recompensas, etc. De conformidad con el art. 466 CCCN, se presumen gananciales los bienes al momento de la extinción de la comunidad, salvo prueba en contrario.

19. El art. 451 CCCN refiere a las donaciones efectuadas en la convención; el 452, a las donaciones efectuadas por terceros o entre novios fuera de la convención, con respecto a los efectos de las mismas frente a la celebración o no del matrimonio. Consideramos que la referencia del art. 451 es innecesaria, ya que el art. 448 aclara que las convenciones matrimoniales solo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio y en tanto no sea anulado.

El plazo de validez de la oferta de donación que un tercero haga a uno de los novios o a ambos se fija en un año; transcurrido, queda sin efecto si el matrimonio no se celebra. La oferta puede ser revocada antes de ser aceptada.

d) *La opción que los futuros esposos hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos*. Los contrayentes solo pueden optar como estatuto regulador de sus relaciones patrimoniales por el de separación de bienes; si no celebran capitulación prematrimonial quedarán sujetos al régimen de comunidad.

4.4. Capacidad

Para celebrar las convenciones prematrimoniales y matrimoniales, la capacidad se determina por la aptitud nupcial y la general para otorgar actos de administración y disposición. Los sujetos de la convención matrimonial son los esposos mayores de edad con vínculo vigente.[20] Como acto bilateral, es suficiente que uno de los cónyuges sea incapaz para impedir su celebración.

Los menores de edad pueden contraer nupcias con autorización de sus representantes legales si tienen más de dieciséis años o con dispensa judicial si falta la mencionada licencia o si no han alcanzado la citada edad (art. 404, 645 CCCN). El artículo 28 del Código es el que limita los actos que el menor emancipado puede realizar: enumera aquellos que no puede llevar adelante ni aún con autorización judicial, y entre ellos se encuentra el de hacer donaciones de los bienes que hubiere recibido a título gratuito (inc. b). Los menores que han sido autorizados judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención ni optar por el régimen de separación de bienes (art. 450 CCCN).

El anteproyecto disponía que todas las personas menores de dieciocho años debían solicitar autorización judicial para contraer matrimonio, pero en el trámite parlamentario se introdujo la modificación que estableció las dos categorías de autorizaciones (art. 404 CCCN) según que el menor de edad no haya cumplido los dieciséis años y que para casarse requiere dispensa judicial, del menor de edad de dieciséis o diecisiete años, que podrá contraer nupcias con la sola autorización de sus representantes. Este último supuesto no se encuentra contemplado en la restricción del artículo 450, por lo que cabría interpretar que podrían celebrar convenciones matrimoniales optando por el régimen alternativo o efectuar donaciones al contrayente.[21]

No obstante este criterio, la doctrina mayoritaria considera que la prohibición de efectuar la opción por el régimen patrimonial y efectuar donaciones en la convención matrimonial es para todos los menores de edad que hayan contraído matrimonio, con autorización judicial o parental. Dichas prohibiciones –taxativas– rigen

20. La edad de los contrayentes es una limitación tenida en cuenta por la mayoría de las legislaciones del derecho codificado, aunque con variantes. En algunos países, se impide la opción a los menores sin distinción; en otros, se les permite optar por intermedio de su representante, con homologación judicial; mientras que otros ordenamientos le impiden la opción a los menores de determinada edad. Ver Medina, Graciela, "El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 1/11/2012, AR/DOC/5230/2012.

21. El CCIV (art. 1222) permitía que los menores de edad pudieran hacerse donaciones en las correspondientes convenciones matrimoniales, concurriendo a su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesitaba para contraer nupcias.

hasta alcanzar la mayoría de edad y si los menores hubieran obtenido la autorización judicial para casarse siendo menores de edad y se casaran luego siendo mayores, la restricción no operaría.[22] Ninguna limitación se ha previsto para los mayores de una determinada edad, partiendo de la base de que la capacidad es la regla en materia de derecho civil.[23]

4.5. Pluralidad de regímenes

Tanto el proyecto de reformas como el proyecto de Código Civil mantuvieron como régimen legal el de comunidad de ganancias. En el primero, se permitió elegir entre el de separación de bienes y el de participación en las ganancias; en el segundo, la única opción es por el de separación de bienes.[24] Podemos tomar diferentes criterios para clasificar los distintos regímenes patrimoniales, y podrá serlo por la inmutabilidad, según la normativa, la propiedad o gestión y administración de los bienes. Nos limitaremos aquí a los siguientes.

4.5.1. Comunidad de ganancias

El espíritu societario lo anima. Se caracteriza por una masa de bienes que pertenece a los esposos, quienes participarán de la buena o mala fortuna del matrimonio. En este régimen, se forma una masa de bienes que, al momento de la disolución, se dividirá entre los cónyuges o entre uno y los herederos del otro. Hay una expectativa común sobre los bienes adquiridos. La titularidad sobre los bienes se vincula al régimen de administración y disposición. No se trata de copropiedad o condominio sobre ellos, y, según su extensión, determina distintos tipos de comunidad.

El principio de administración separada, establecido por el artículo 469 CCCN, retrasa la formación de la masa común hasta que se liquide la comunidad. Es allí donde los cónyuges actualizan sus expectativas comunes sobre los bienes que la componen. Según la extensión de la masa común (los bienes que integran la comunidad, el porcentaje a dividir a su finalización y la administración), se describen

22. En caso de que los menores, no obstante la prohibición, hubieran optado por el régimen de separación de bienes, la opción devendrá nula, los esposos quedarán sujetos al régimen de comunidad, y una vez llegados a la mayoría de edad, podrán confirmar el acto. La única convención que pueden celebrar es para casos de avalúo de bienes y deudas.

23. Si la capacidad de personas de edad avanzada se reduce por disposición judicial por insuficiencia o debilitación de sus facultades psíquicas, podrá ser interdicta y la sentencia que la declare determinará la extensión y límites de la interdicción; especificará los actos que pueda realizar por sí o con asistencia de apoyos, considerando el sistema de incapacidad gradual.

24. Las reformas previas han agregado capas legislativas al texto originario del CCIV, muchas veces incoherentes entre sí y cuya compatibilización ha sido una tarea doctrinaria y jurisprudencial bastante ardua. Los regímenes matrimoniales vigentes son el resultado de los mayores cambios en relación a cualquier otro período histórico. La mayoría de las legislaciones contemporáneas sigue el principio de libertad de convenciones matrimoniales, y como excepciones tenemos con régimen obligatorio único a Bolivia, Rusia, República Federal de Yugoslavia, Hungría y otros países socialistas del este; o Portugal, que impone como régimen de separación a los matrimonios *in articulo mortis*; o por la edad de los contrayentes, como en el caso de Brasil, cuando el hombre tiene más de sesenta años o la mujer más de cincuenta. En todos los países existe uno de dichos regímenes que asume un predominio respecto de los restantes, y termina por constituirse en cada país, en un régimen nacional, dominante y tradicional.

diferentes tipos de comunidad: universal,[25] restringida de muebles y ganancias[26] y restringida de ganancias,[27] que es el vigente en nuestro país.

4.5.2. Separación de bienes

Existe independencia patrimonial entre los cónyuges. El matrimonio no modifica la propiedad de los bienes (no hay masa común partible) y no da a los consortes expectativas comunes sobre ellos. Cada uno conserva la propiedad de los bienes que poseía antes de la celebración de las nupcias y de los que adquiera con posterioridad por título gratuito u oneroso. La administración y disposición es libre, salvo disposición de la vivienda familiar, que forma parte del estatuto primario. Ambos cónyuges tienen exclusiva responsabilidad por las deudas contraídas, excepto las cargas del hogar y ciertos casos de responsabilidad común; no hay calificación de los bienes, ni derechos sobre los bienes del otro, ni derecho a las ganancias.[28] Es el sistema que más se acomoda a la plena capacidad de la mujer, a la igualdad de aptitudes de los esposos para producir bienes sin la colaboración del otro.

El fallecimiento de uno de los cónyuges no altera el patrimonio del supérstite; de la misma manera, el divorcio no involucra división patrimonial. Nuestro régimen sucesorio se encarga de otorgarle al supérstite un reconocimiento a la cooperación, el esfuerzo común y la solidaridad al incluirlo como heredero de los bienes propios del causante o permitir mejorarlo vía testamentaria.

4.5.3. Participación de ganancias

Durante la vida del matrimonio, cada cónyuge mantiene la libre administración y disposición de sus bienes, al igual que en el régimen de separación; pero, al momento de la disolución y a los efectos de equiparar las ganancias obtenidas, quien tuvo menos ganancias tiene un crédito contra el otro, hay un reparto de ganancias.[29] Es el

25. Este régimen abarca todos los bienes que llevan los cónyuges al matrimonio y los que adquieran después, sin importar el origen. Hay responsabilidad común por las deudas que ellos contraigan. La proliferación de divorcios lo hace actualmente injusto e inaplicable.

26. Los bienes muebles llevados al matrimonio, los frutos de los bienes propios y las ganancias o adquisiciones que realicen los cónyuges durante el matrimonio, son comunes. Los bienes propios son los inmuebles que cada cónyuge lleva al matrimonio y las adquisiciones gratuitas que realicen durante la unión. Se forman tres masas de bienes: los bienes inmuebles propios de la mujer; los bienes inmuebles propios del marido; y los comunes o gananciales formados por los bienes muebles llevados al matrimonio o adquiridos luego y los inmuebles que no sean propios. Los bienes comunes se dividirán al terminar la comunidad entre los esposos, sin atención a su origen.

27. Todas las ganancias o adquisiciones a título oneroso que realicen los cónyuges durante el matrimonio y los frutos de los bienes propios son comunes. Son bienes propios los que sean llevados al matrimonio (sean muebles o inmuebles), o los adquiridos con posterioridad a título gratuito (herencia, legado o donación), o por permuta con otro bien propio o adquirido con el producido de la venta de un bien propio o por causa anterior al matrimonio. Hay tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer, y los gananciales.

28. En muchas legislaciones se han atenuado las consecuencias de la separación a los efectos de proteger el patrimonio familiar común, restringiendo el poder de disposición o el destino final de estos bienes. Nació en el derecho romano, luego se desarrolló en los países del *common law*. Hoy es el régimen opcional en algunos países y en otros el legal básico.

29. Se valúan los bienes aportados al matrimonio, se comparan con los bienes del patrimonio al momento de la disolución y la diferencia entre esos valores da como resultado la pérdida o ganancia de cada uno durante el matrimonio, equiparándose las ganancias obtenidas.

sistema que más prestigio ha adquirido en los últimos años, pero no se ha impuesto, por las dificultades que plantea el cómputo de los patrimonios inicial y final.

4.5.4. La opción de mutabilidad del régimen

El Código vigente[30] establece que los contrayentes pueden elegir exclusivamente uno de los regímenes previstos. No pueden modificar el que eligen, crear uno o substraerse a régimen alguno.[31]

Las convenciones son facultativas. Pueden modificarse antes de la celebración del matrimonio, en cualquier momento que consideren y las veces que lo deseen, siempre que se ajusten a las disposiciones preestablecidas. También pueden dejarlas sin efecto y casarse sin convención alguna.

Los cónyuges pueden cambiar el régimen patrimonial matrimonial aplicable (comunidad o separación) luego de la celebración del matrimonio (art. 449 CCCN), pero debe transcurrir al menos un año desde esa fecha (no desde la fecha de la convención matrimonial anterior que incluyera la elección del régimen de separación de bienes, porque el artículo mencionado señala que dicho plazo se cuenta desde la aplicación del régimen, y ello ocurre recién cuando el matrimonio es celebrado) o desde la aplicación del elegido si fuera con posterioridad. Los efectos de las convenciones se producen desde la celebración del matrimonio y siguen su suerte. El cambio de régimen tiene como consecuencias inmediatas la extinción y el cese del régimen anterior, debido al reemplazo por el nuevo.

Las convenciones están sujetas a la primera condición, que es la celebración del matrimonio válido. También pueden establecerse condiciones distintas siempre que no sean prohibidas, contrarias a la moral o las buenas costumbres, o que dependan exclusivamente de la voluntad del obligado (art. 344 CCCN). Se tendrán por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona (p. ej., elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil, o cambiar o no de género –esta última no esté incluida expresamente–). Las condiciones podrán ser suspensivas o resolutorias.[32] Los futuros esposos pueden acordar sujetar el régimen de comunidad o el de separación de bienes a un plazo, que no podrá ser menor a un año, ya que es el mínimo de vigencia de cualquiera de esos regímenes.[33]

30. En el CCIV, los pactos prenupciales no podían ser modificados luego de celebrado el matrimonio (art. 1219). Los motivos de esta inmutabilidad eran evitar que el marido abusara de su autoridad para imponer a su mujer que durante el matrimonio lo favoreciera con beneficios o ventajas; para seguridad de los terceros que efectuaban donaciones *propter nuptias* teniendo en mira la vigencia de un determinado régimen matrimonial elegido en el contrato original; y para que estos no vieran alterada la garantía de sus créditos por cambios sobrevenidos.

31. En el derecho español, está permitido modificar, sustituir o pactar cualquier disposición relativa al mismo. En el régimen francés, análogo y anterior al español, los consortes pueden convenir estipulaciones especiales que deroguen el régimen.

32. Consideramos aplicables cláusulas como en España, donde se aceptan las condiciones suspensivas o resolutorias o los plazos, por ejemplo: si se tienen o no hijos, si uno de los cónyuges llega a ejercer profesión u oficio, etc.

33. En la doctrina española, Castan Tobeñas enseña que "no parece haber inconveniente para admitir la validez del término inicial o final […] si los cónyuges han acordado determinado régimen por cierto tiempo de duración, habrá que entender que antes del vencimiento del plazo estarán obligados a pactar de nuevo, y si no lo hacen, que regirá el legal; por el contrario, si acuerdan antes de casarse que el régimen que convienen

Pensamos, con Mazzinghi, que una convención podría contener un pacto relativo a la explotación o el destino de un establecimiento luego de la muerte de uno de los cónyuges, en el marco del artículo 1010 (segundo párrafo) y en la medida en que no se vean afectados los derechos de algún heredero legitimario. Aun cuando no fuere una estipulación permitida por el artículo 446, puede ser considerada de naturaleza contractual como un pacto sobre herencia futura permitido.

El acuerdo de cambio de régimen debe ser bilateral y no se permite la imposición del cambio por uno solo de los esposos. No existe límite a la cantidad de veces que los esposos pueden modificar el régimen económico, únicamente que dicha modificación solo puede ser practicada luego de transcurrido el plazo legal. Para una doctrina,[34] debió existir un límite de cambios expreso para evitar la inseguridad jurídica que provocaría frente a terceros acreedores de los cónyuges, opinión que no compartimos.[35] El cambio de régimen no es en sí fraudulento, aunque responda a la motivación de proteger razonablemente el futuro del patrimonio de los esposos. Para que pueda ser calificado de fraudulento, el acreedor debe ser de causa anterior a la convención, salvo que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores y que la convención haya causado o agravado su insolvencia, conociéndolo el otro cónyuge.

Garrido de Palma[36] sostiene que el notario tiene una actuación cautelar, de protección preventiva, que ha de procurar que la modificación del régimen de capitulaciones posnupcias sea en interés genuino de la familia y sin perjudicar los derechos de terceros.

Las causas que podrían llevar a los cónyuges a optar por otro régimen podrían ser: a) alteración de la tipología familiar; b) modificación de la residencia familiar; c) variación de circunstancias profesionales o actividades de uno u otro cónyuge; d) previsión de reveses de fortuna o de riesgos profesionales o políticos en la actividad de uno de ellos y el deseo de que el consorte no los comparta o sufra, separando patrimonios; e) discrepancias en la dirección económica del patrimonio familiar; f) disminución de la capacidad física o mental del cónyuge gestor del caudal común

---

solo regirá a partir de tal año de su matrimonio, ello equivaldrá a acogerse al régimen de gananciales hasta que llegue tal momento". (Citado por Medina, Graciela, ob. cit. [cfr. nota 20]).

34. Sambrizzi, Eduardo A., "Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/11/2014 (t. 2014-F, p. 757, AR/DOC/3941/2014). Roveda, Eduardo G., "El régimen patrimonial del matrimonio", en Rivera, Julio C. (dir.) y Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp. 349-369.

35. En igual sentido, ver Solari, Néstor E., "La elección del régimen patrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial", en *Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Nº 46, 2015, pp. 18-19. Según Aída Kemelmajer de Carlucci, podrían darse varias posibilidades en la legislación: a) plena libertad sin límites en cuanto al número de cambios, con régimen conveniente de publicidad (Dinamarca, Escocia, España, Finlandia, Francia, Israel, México, Noruega, Holanda, Suiza, Turquía, Alemania, Polonia); b) elegido un régimen en la convención nupcial, solo puede cambiarse por el legal supletorio; c) inmutabilidad del régimen oportunamente elegido (Bélgica, Brasil, Uruguay, Japón, Sudáfrica y países de la denominada África negra). ("Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al Código Civil [Decreto 468/1992], en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1993-IV, p. 842 [en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. 0003/011997]).

36. Garrido de Palma, Víctor M., "La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial", en Delgado de Miguel, J. F. (coord.), *Instituciones de derecho privado*, t. 4, v. 1, Madrid, Civitas, 2001, p. 213.

o del que viniera rigiendo el suyo privativo; g) separación de hecho de los cónyuges o su propósito de separarse o divorciarse.[37]

El régimen patrimonial solo puede modificarse por escritura pública y anotarse marginalmente en el acta de matrimonio para producir efectos frente a terceros (art. 449). Justamente, en miras a esa protección de los terceros, se prevé que los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año, a contar desde que lo conocieron. Este plazo de caducidad puede generar una inseguridad importante, ya que no se cuenta desde la anotación marginal sino desde que el acreedor conoció efectivamente la modificación.

5. Régimen patrimonial primario

La igualdad en la solidaridad y la dependencia recíproca dan lugar a la aparición de un régimen primario, también llamado estatuto patrimonial de base o estatuto fundamental, a través del cual se pretende un equilibrio entre la libertad de los esposos y la protección mínima del grupo familiar, cualquiera sea el régimen secundario que hayan elegido. Es posible elegir este último pero prohibido derogar el primero.

Se contemplan una serie de pautas inderogables comunes a todos los estatutos de *disciplinamiento* matrimonial, con las que pretende concretar la protección mínimamente indispensable a la institución familiar. Estas normas, de naturaleza imperativa, permanente y de orden público, prevén un deber de contribución de los cónyuges para afrontar las cargas del hogar y los gastos propios de los hijos; la responsabilidad por la actividad de cada cónyuge, según que la obligación se haya generado o por el beneficio que produjo o pudo producir para la familia, etc.,[38] advirtiéndose que fuera de los casos previstos –excepto disposición en contrario– ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

5.1. Deber de contribución

5.1.1. Objeto

El Código fija cómo contribuirán los consortes a las necesidades económicas de la familia (entendida en sentido restringido a cónyuges e hijos) y del hogar.

- *Hogar*: Debe entenderse como sede de la familia, ya sea que esta resida en una vivienda construida sobre un inmueble propio de uno u otro cónyuge, o una edificación locada de manera constante u ocasional (habitación de hotel o pensión); incluso la residencia en una casa ambulante (circo o caravana).[39]

37. Ver Vallet de Goytisolo, Juan, "Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna" (conferencia en la inauguración del XXV Curso de Perfeccionamiento de la Abogacía, Secretaría de Práctica Jurídica).

38. Tanto el proyecto de código elaborado por la comisión designada por Decreto 468/1992 como el redactado por la Comisión designada por Decreto 685/1995 proponían una regulación fundamental o base.

39. Medina sostiene que el hogar puede ser normal o transitorio; p. ej., cuando se traslada por motivos laborales, de enfermedad o estudio y reside en un lugar que no es el habitual.

- *Hijos*: Se introduce expresamente la asistencia y obligación alimentaria no solo entre los cónyuges sino también hacia los hijos en común o a los hijos menores de edad con discapacidad o capacidad restringida de uno de ellos que convivan en el hogar (art. 676 CCCN). La contribución respecto de los hijos comunes se extiende: a) en el caso de los incapaces, mientras dure la incapacidad; b) hasta los veintiún años, aun cuando no convivan con sus padres y siempre que no cuenten con recursos suficientes para proveérselos a sí mismos (art. 658); y c) hasta los veinticinco años si prosiguen sus estudios o se capacitan en un arte u oficio (art. 663), siempre que no puedan sustentarse de manera independiente. El deber de contribución hacia los hijos de uno solo de los cónyuges cesa si concluye la convivencia en el hogar común[40] y no se extiende al perfeccionamiento o los estudios de los mayores de edad menores de veinticinco años.
- *Familiares*: El estatuto fundamental no comprende la manutención de otros familiares a cargo de uno de los cónyuges. No obstante, según destaca Medina, en el supuesto de que se encuentren en el hogar común transitoriamente, los gastos pueden ser considerados como propios del sostenimiento del hogar.
- *Alimentos*: El artículo 659 CCCN establece una enumeración –que consideramos meramente enunciativa– de las necesidades de los hijos, que incluye la manutención, la educación, el esparcimiento, la vestimenta, la habitación, la asistencia, los gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Pero, ampliándolos a la familia, comprende los bienes y servicios para cubrir las necesidades vitales como el entretenimiento, el transporte, los suministros corrientes, el servicio doméstico, las reparaciones ordinarias.

5.1.2. Forma

Basada en la igualdad entre los esposos, se regula la obligación de los cónyuges de contribuir con todo su patrimonio a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos sin que importe el origen de la deuda o el cónyuge contratante. La forma de la contribución será en proporción a sus recursos.[41]

El pasivo del régimen económico matrimonial tiene dos aspectos: con qué bienes responden los cónyuges frente a sus acreedores (obligación o pasivo provisorio) y quién soportará, en definitiva, el peso de la deuda en la relación interna matrimonial (contribución o pasivo definitivo).

En un principio, la unidad de responsabilidad frente a los acreedores se vinculaba al régimen de unidad de administración en cabeza del marido (art. 1275 CCIV). La Ley 11357 (arts. 5 y 6) introdujo la regulación de la responsabilidad de cada cónyuge frente a sus acreedores, estableciendo su separación en función de la titularidad de los bienes. Cada uno respondía por sus deudas con los bienes propios y ganan-

40. Esta obligación se correlaciona con la obligación alimentaria instituida al progenitor afín que vive con el progenitor biológico que tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente (art. 676 CCCN) y el deber de cooperar en su crianza y educación, realizar actos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones en caso de urgencia. Ver Lamber, Néstor D., [comentarios] en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 407-410.

41. El art. 1300 CCIV establecía que la contribución era proporcional a los bienes de cada cónyuge.

ciales adquiridos y que administraba,[42] sin que los acreedores pudieran extender la responsabilidad a los del otro. Solo en ciertos casos podía extenderse, en forma limitada, a los frutos del patrimonio del que no contrajo la obligación (art. 6) y este no podía impedir la ejecución íntegra de un bien ganancial de su cónyuge,[43] limitación que hoy es superada por la solidaridad en la responsabilidad solo en cuanto a las deudas enmarcadas en el deber de contribución primario.

- *Extensión*: El límite de hasta dónde cada cónyuge responderá con todo su patrimonio en esta solidaridad familiar que impera en el estatuto fundamental frente a los acreedores dependerá de evaluar y determinar una serie de elementos característicos sobre los que no hay uniformidad de opiniones. Medina sintetiza en el fin del gasto su razonabilidad en relación al estándar de vida de la familia, que se trate de necesidades ordinarias y sean gastos usuales.
- *Proporción de la contribución de cada esposo*: Los aportes de uno y otro consorte no se regulan desde el punto de vista económico, ni con la determinación de una cuota, sino con el aporte con el que deben contribuir a diario para el sostenimiento de las erogaciones habituales y propias de la convivencia familiar. Cada cónyuge contribuirá en la medida de sus recursos económicos. Estos aportes pueden ser tanto económicos como mediante el trabajo en el hogar o personal en general (colaborar en la actividad del otro), aunque lo complejo aquí es cuantificar el trabajo personal en el hogar (inciden las capacidades físicas y espirituales y la disponibilidad de tiempo).

5.1.3. Exigibilidad

El deber de contribución puede presentarse en su faz externa (relación con acreedores) o subsistir en la órbita interna de las relaciones entre cónyuges. A diferencia de la legislación anterior, donde cobraba vigencia al tiempo de la disolución de la comunidad, ahora la exigibilidad es constante, ya que el cónyuge incumplidor puede ser demandado judicialmente por su consorte para que cumpla con su deber de contribución (art. 455 CCCN). No se establece el momento en el que puede ser pasible el reclamo, pero las características y naturaleza de la obligación harán a la inmediata y necesaria celeridad resolución judicial.

5.1.4. Responsabilidad solidaria

El artículo 461 CCCN rige el aspecto externo de las deudas de los cónyuges respecto de los acreedores y determina como principio general que "ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro", sea cual fuere el estatuto económico. Pero también incorpora la solidaridad entre los cónyuges para responder con todo su patrimonio cuando las obligaciones sean contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los

42. CNCiv., Sala C, 28/11/1995, "N., R. c/ R., R." (*La Ley*, t. 1996-C, 123; AR/JUR/1744/1995): la responsabilidad por deudas es propia del cónyuge que las contrajo y afecta su patrimonio, sin importar el carácter de los bienes.

43. CNCom., en pleno, 19/8/1975, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Sztabinski, Simón s/ ejecutivo" (*El Derecho*, t. 63, p. 496).

hijos comunes y no comunes que convivan con ellos, además del sustento propio.[44] Como se trata de una excepción al principio general, el criterio de interpretación es restrictivo y no puede extenderse a otros supuestos no contemplados expresamente. Estará a cargo del acreedor probar que la obligación asumida por uno de los cónyuges es para solventar cargas familiares.[45] Es un caso de responsabilidad por deuda ajena y es concurrente; el acreedor no debe agotar los bienes del cónyuge contratante para luego realizar los bienes del otro.[46]

5.2. Inejecutoriedad de la vivienda

La protección de la vivienda habitual de la familia es uno de las novedades del Código; supera el régimen de vivienda del artículo 244, ya que no solo se la protege de los actos de disposición que realice uno de los cónyuges o convivientes, sino que se la ampara de la agresión externa de los terceros acreedores. La razón de la protección es ponderar el derecho constitucional a la vivienda –incluido el matrimonio sin hijos–, presumiéndose el carácter familiar.[47] Esta protección legal no requiere registro previo ni publicidad jurídica alguna.

5.2.1. Aplicabilidad

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o de la inscripción de la unión convivencial, excepto que la deuda haya sido generada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el asentimiento del otro (arts. 456 y 522). Pero si la deuda de uno de los cónyuges se generó con anterioridad al 1 de agosto de 2015 (p. ej., accidente automovilístico ocurrido el 1 de marzo de 2014) y el matrimonio se celebró en 2010, época desde la cual residen en su vivienda familiar, ¿habrá de primar el derecho constitucional a la vivienda o el derecho del acreedor anterior a la entrada en vigencia del Código que refleja especí-

44. Por atención de las necesidades del hogar se entiende asistencia médica del grupo familiar, adquisición de muebles para el hogar, vestimenta para los hijos y los cónyuges, gastos de vacaciones familiares, la obligación contraída para la adquisición del inmueble donde se radica el mismo (el acreedor que no tiene garantía hipotecaria sobre el bien o es insuficiente, puede procurar el cobro de su acreencia de los frutos del otro cónyuge); si hay convivencia. La educación de los hijos abarca pago de aranceles de colegios, profesores particulares, compra de material escolar, gastos por actividades deportivas o recreativas. El término *hijos* abarca los hijos comunes, los de un matrimonio anterior y extramatrimoniales de un cónyuge que integren y convivan con el grupo familiar (ver CNCiv., Sala C, 21/12/1995, "D. la A., M. C. c. R., U" [*La Ley*, t. 1996-D, p. 467]). Con respecto a los ascendientes de uno de los esposos, los alimentos debidos obligarán al cónyuge del deudor cuando exista convivencia de aquellos con el matrimonio. Con respecto a la conservación de los bienes comunes, no hay coincidencia doctrinaria, pero la mayoría opina que se trata de los bienes gananciales de cualquiera de los cónyuges. Ver Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo, *Régimen de bienes del matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 136. En caso de reparación de bienes propios, solo responde el cónyuge que contrajo la deuda, aunque se trate de una carga de la sociedad conyugal.

45. Lamber, Néstor D., ob. cit. (cfr. nota 40), p. 461.

46. El cónyuge no contratante solo discutirá si la deuda encuadra dentro del deber de contribución familiar, ya que no es parte en el juicio según la jurisprudencia.

47. Coincidimos con Medina en que el inmueble puede ser ejecutado por deudas que deriven de tasas, contribuciones, expensas, obligaciones por reformas en el inmueble, ya que se entiende que ambos han asentido la prestación o la mejora o se han beneficiado con ella, porque hacen al sostenimiento del hogar familiar y los cónyuges responden solidariamente con su patrimonio.

ficamente la manda constitucional? A nuestro criterio, el derecho a la vivienda es un derecho constitucional fundamental del hombre, de vital necesidad, de disfrutar de un espacio habitable suficiente para desarrollar su personalidad y que debe ser protegido.[48] La claridad del precepto se empaña con la realidad práctica, que deberá dirimirse en una prudente apreciación judicial entre ambos derechos constitucionales.[49]

5.2.2. Extensión dinámica de la vivienda común

El concepto de vivienda familiar debe interpretarse en sentido amplio, dinámico e integral, resguardando *ministerio legis* el derecho sobre la vivienda y también el derecho a la vivienda. Así, se entiende como vivienda la propia de uno de los cónyuges donde resida el hogar conyugal; el inmueble de propiedad de ambos o alquilado, prestado, usufructuado, entregado como parte de pago de un contrato de trabajo; el mueble, casa rodante o embarcación donde los cónyuges residan habitualmente; el lugar donde cada uno de ellos resida cuando han resuelto no cohabitar.[50]

La singularidad de la protección no reside en que hayan de ser los cónyuges cotitulares de la propiedad o del inquilinato, sino en la indisponibilidad de los derechos de un esposo por voluntad unilateral. De tal modo, el cónyuge arrendatario no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad, traspasarlo, cederlo en los casos que la ley o el pacto lo permiten, subarrendar, etc. Este criterio dinámico de vivienda familiar no alcanza viviendas o residencias alternativas o secundarias, como la casa de fin de semana o de vacaciones.[51]

5.2.3. Cosas muebles

La inejecutoriedad de la vivienda familiar incluye los muebles indispensables (ajuar y mobiliario de uso ordinario siempre que subsista como tal) frente a deudas contraídas luego de celebrado el matrimonio.

5.2.4. Prueba

Las primeras interpretaciones notariales –posición en la que nos enrolamos– sostienen que no es causa de observación del título del bien transmitido la ausencia de

48. En este sentido, Aída Kemelmajer de Carlucci predica que el art. 456 también rige para las obligaciones contraídas antes del 1 de agosto de 2015, porque la vivienda familiar integra el bloque de constitucionalidad (*La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 136).

49. La Corte Suprema de Justicia advierte que en la tensión entre los derechos constitucionales de propiedad y protección de la vivienda, el legislador no se ha desentendido de los derechos de ambas partes de la relación jurídica, además de contemplar el del deudor a no verse privado de su vivienda por causa de la emergencia; procura que, al percibir su crédito, el acreedor sufra el menor perjuicio patrimonial posible en el contexto descripto. (CSJN, 15/3/2007, "Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra y otro s/ ejecución hipotecaria" [*Fallos*, t. 330, p. 855]).

50. Medina, Graciela, ob. cit. (cfr. nota 20).

51. Aída Kemelmajer de Carlucci señala que en la Family Home Protection Act Nº 27 de Irlanda, del 12/7/1976, el término *vivienda* (*dwelling house*) incluye cualquier edificio, vehículo, nave, estructura móvil o inmóvil o parte de ellos, utilizados como vivienda, así como las porciones de terreno, jardines, etc. unidos a la misma y utilizados usualmente con la vivienda. (*La protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 181).

asentimiento si el cónyuge o conviviente titular del inmueble manifiesta que el mismo no constituye vivienda familiar.[52] Si eventualmente el cónyuge no titular cuestionase el acto, estará a cargo del disponente probar que dicho bien prescinde del asentimiento por no verse afectado el interés familiar.

5.3. Asentimiento

El Código prevé un tratamiento diferencial para el asentimiento según las circunstancias: el asentimiento del cónyuge para enajenar o gravar bienes gananciales, el asentimiento del cónyuge o del conviviente para disponer los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de esta o transportarlos fuera de ella, y el asentimiento del cónyuge o del conviviente para desafectar y cancelar la inscripción del inmueble del régimen de vivienda (art. 255 CCCN). Es una declaración de conformidad con un acto concluido por otro, una declaración de voluntad que no forma parte del supuesto de hecho del acto o negocio principal, sino condición jurídica para su validez.

Quien lo presta no codispone, ni asume responsabilidad ni deuda por ese acto; el único que dispone es el titular. Esto se advierte nítidamente en el artículo 456 CCCN *in fine*, cuando distingue que el acto haya sido contraído "por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro". El cónyuge no titular no puede decidir sobre el acto de disposición porque no es parte en el negocio (no se solicita por él certificado de anotaciones personales para disponer), ni podrá exigir la mitad del producido de la venta si se trata de un bien ganancial, pues este ingresará a la masa de administración del disponente. Solo asiente o niega, o se podrá solicitar la venia judicial supletoria por el cónyuge titular.

Se exige el asentimiento para los actos *inter vivos* (no en disposiciones de última voluntad) que pretenda realizar el cónyuge titular del bien.[53] No hay imposición normativa en cuanto a la forma de su otorgamiento (podrá ser por instrumento público o privado, incluso verbalmente [art. 262]), pero se impone la escritura pública cuando el acto que lo requiera deba ser formalizado con esa forma (art. 1017). Puede ser otorgado simultánea o anticipadamente y revocado hasta el otorgamiento del acto de disposición (art. 459, 1er párrafo, *in fine*).[54] El asentimiento anticipado requiere contener no solo el acto para el que se otorga sino también sus elementos constitutivos: precio, plazos para el pago, entrega de la posesión, etc. (art. 457). Junto con la restricción impuesta para que un cónyuge otorgue poder al otro para darse a sí mismo el asentimiento en los casos del artículo 456 (art. 459), se busca evitar el asentimiento general anticipado.[55]

52. 38 Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 2013). 39 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2012).

53. Cám. 1ª Civ. y Com. de La Plata, Sala II, 13/6/1972 (*El Derecho*, t. 44, p. 543); CNCiv, Sala B, 7/5/1996, "M., J. c. P., H. y otro" (*La Ley*, t. 1996-D, p. 732). Los casos de expropiación o de ejecución forzada no quedan comprendidos en la previsión.

54. Se ha admitido el asentimiento tácito si ambos cónyuges comparecen juntos a la escritura de constitución de hipoteca (Cám. Civ y Com. de Rosario, Sala II, 29/8/1969 [*El Derecho*, t. 33, p. 598]).

55. Se sanciona la actitud fraudulenta de un cónyuge que pretende burlar las legítimas expectativas del otro cónyuge a participar en la división por mitades de los bienes gananciales. (Cám. Civ. Com. Minas, de Paz y

5.3.1. Asentimiento y vivienda familiar

Se protege imperativamente la sede de la vivienda familiar con los muebles que lo conforman y se deja de lado la denominación de *hogar conyugal*, por no abarcar las uniones convivenciales. No se permite disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y tampoco se admite transportar el mobiliario fuera de ella. *Disponer de los derechos sobre la vivienda* es más abarcador que *actos de disposición*, dado que engloba tanto actos disposición de contenido real (venta, permuta, constitución de derechos reales de garantía) como actos de disposición de tipo personal (locación, comodato, cesión de boleto).

Es intrascendente para proteger a la vivienda familiar la existencia de hijos menores o incapaces; es suficiente con el matrimonio (sin que importe el régimen económico) o la unión convivencial inscripta y su habitación en el bien. La protección de la vivienda procede sin que importar tampoco que la titularidad del inmueble se encuentre en uno de los integrantes del matrimonio o en la unión o en un tercero. El fin tuitivo integral a la familia se centraliza en la garantía constitucional del derecho de acceso a la vivienda, extendiéndose a cada uno de los muebles indispensables que la integran. Se evita de esta manera que uno de los cónyuges disponga forzosamente del bien sede familiar, eludiendo la restricción a la facultad de disponer impuesta, como también de las deudas reales o simuladas contraídas por uno de ellos con posterioridad a la celebración del matrimonio.[56] Distinto es el supuesto en el que se pretende la desmembración del dominio (constitución de usufructo, uso, habitación o servidumbre); si bien se exige este asentimiento para cuando se pretenda gravar o enajenar el bien, consideramos que es extensivo para estos casos si se afecta la vivienda familiar.

5.3.1.1. Nulidad

En aquellos actos en los que se disponga sin el asentimiento previsto en el artículo 456, el Código prevé la posibilidad de demandar su nulidad o la restitución de los muebles dentro del plazo de seis meses de haber conocido la situación,[57] término de caducidad que no puede extenderse más allá de los seis meses de haberse extinguido el régimen matrimonial.

Preocupa la situación jurídica dinámica en la que quedarán los inmuebles objeto de un acto dispositivo (venta) cuando el vendedor no cuente con el asentimiento previsto en el artículo 456 CCCN, en particular cuando el primer adquirente lo vuelva a transmitir. Este asentimiento está impuesto, no en protección del interés de un cónyuge regido por la comunidad de gananciales, sino en el interés supremo de

---

Tributaria de Mendoza, Sala II, 1/2/2016, "G., A. M. c/ M., H. T. s/ ordinario [microjuris.com, MJ-JU-M96924-AR]).

56. Graciela Medina plantea el interrogante si correspondería requerir este asentimiento cuando uno de los cónyuges va a vender el inmueble con reserva de usufructo, pronunciándose en forma negativa porque si bien el acto encierra un acto de disposición, la reserva de usufructo preserva los derechos sobre el bien (ob. cit. [cfr. nota 20]).

57. El art. 506 del proyecto de 1998 fijaba un plazo de un año. En este caso, tratándose de bienes inmuebles o muebles registrables, transcurridos los seis meses contados desde la venta inicial, creemos que debe considerarse suficiente la publicidad registral prevista en el art. 1893 CCCN y la posesión pacífica otorgada al subadquirente.

la familia. Por ello, se impone la sanción de nulidad por sí sola, que en un primer momento queda bajo el contralor del cónyuge (o conviviente) no titular del bien pero que en los casos de omisión, negativa injustificada o imposibilidad, el Estado asume como potestad y el órgano judicial pasa a desarrollar la función tuitiva.

El artículo 392 CCCN incorpora una protección para ese subadquirente al establecer que 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. La autoridad judicial evaluará si la adquisición de ese tercero se realizó a título oneroso y de buena fe, para conservarlo en su posición, o si el acto fue a título gratuito o conocía que allí se encontraba la vivienda familiar (mala fe), circunstancias por las que no se aplicará la protección del 392.

La omisión de prestar el asentimiento puede ser subsanada mediante la confirmación expresa que otorgue el cónyuge asintiente a través del acto instrumental que reúna las formas del acto que se sanea (art. 394), con expresa mención de la causa de invalidez y de su voluntad de confirmarlo.[58]

5.3.1.2. Venia judicial

En caso de negativa injustificada a prestar el asentimiento o si el cónyuge está ausente, es persona incapaz o se encuentra transitoriamente impedido de expresar su voluntad, y si no está comprometido el interés familiar, se puede solicitar la venia judicial supletoria y el juez se limita a dar su autorización. Esta solo puede ser dada para que el cónyuge titular disponga, pero no es válida para autorizar al no titular a realizar el acto de disposición. La jurisprudencia ha coincidido en que cuando el acto priva al cónyuge o a sus hijos de la habitación, contraría el interés familiar, y la autorización solo procede si se otorga otro hogar de comodidad suficiente según el estándar de la vida familiar.[59] El acto otorgado con esta autorización judicial no requiere ratificación posterior ni suscripción por parte del cónyuge que debió prestar el asentimiento. Es un acto eficaz y oponible al cónyuge.

La distinción que opera entre el asentimiento requerido en relación con la vivienda familiar y su mobiliario y el previsto en el artículo 470 radica en que, en este último caso, el asentimiento se asimila a un control de mérito fundado en las expectativas de la participación común en los gananciales y de la disolución del régimen y prevenir que un cónyuge pueda sustraer sin control alguno y deliberadamente bienes de significativo valor económico del haber común.

5.3.2. Asentimiento y bienes gananciales

Dentro del régimen de comunidad se busca proteger al cónyuge no titular de los bienes, contra los actos del otro que por fraude, ignorancia o impericia tiendan a dismi-

58. Los actos de obligación no provocan por sí mismo la pérdida o gravamen de un derecho, sino que solo obligan a ellos, solo produce relaciones obligatorias. Se ha decidido que si se prevé que sería prestado en el momento de firmarse la escritura, constituye un contrato preliminar en el cual el titular ofreció el hecho de un tercero, sin el cual no puede otorgarse válidamente la escritura. CNCom., Sala A, 23/11/1976 (*El Derecho*, t. 73, p. 229).

59. CNCiv., Sala C, 27/5/1986, "M., J. M c/ M., D. M. (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1986-IV, p. 150).

nuir el patrimonio ganancial en forma no razonable o lo pongan en peligro; a diferencia del supuesto anterior analizado de la protección del interés familiar.

El artículo 470 CCCN se presenta con un principio general, donde aclara que la administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Se requiere el asentimiento del otro para "enajenar 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 (sin perjuicio de la aplicación del art. 1824); c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios; e) las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.[60] El precepto concluye con una remisión global a lo normado en los artículos 456 a 459, lo que apareja incluso la sanción legal de invalidez para los actos que se celebren sin el asentimiento conyugal.

5.3.3. Asentimiento y bienes gananciales

Todo acto de disposición que se refiera a los bienes gananciales enumerados no queda librado a la sola potestad del titular, sino que requiere el asentimiento del cónyuge, aun extinguida la comunidad, ya que durante la indivisión poscomunitaria, si los excónyuges no acuerdan las reglas de disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad (art. 482 CCCN). Se impone en esta etapa la obligación de informar con antelación razonable la intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria.

5.3.4. Asentimiento y poder

¿Puede un cónyuge conferir poder especial al otro para que se otorgue a sí mismo el asentimiento previsto en el artículo 470 cuando dicho poder contiene los elementos específicos y constitutivos del acto? La respuesta merece un análisis integral, aunque anticipamos nuestra respuesta afirmativa.[61]

Literalmente, el artículo 470 CCCN *in fine* remite genéricamente a los artículos 456 a 459. Una lectura apresurada del artículo 459 nos conduciría a considerar la imposibilidad de admitirlo. Pero esta disposición se inicia admitiendo la posibilidad de otorgarse poderes entre ellos para ejercer facultades referidas al régimen matrimonial, permisión que corresponde sostener frente al artículo 1002, inciso d),[62] con

60. Queda cerrada así la discusión de si se requiere el asentimiento para la celebración del boleto de compraventa. La Sala B de la CNCiv. consideró al boleto como un acto de disposición (14/12/1971 [*El Derecho*, t. 42, p. 608]). Pero, en realidad, hay que distinguir el boleto que obliga válidamente al cónyuge otorgante, quien deberá al momento de la transferencia del dominio, obtener el asentimiento, y si no lo obtiene y el tercero desconocía que era casado o falseó su estado, la obligación en este caso se resolverá. De igual forma, si se obligó a obtener el asentimiento, a excepción que hubieran subordinado la transferencia de dominio a la obtención del asentimiento y luego no se obtiene. Si el cónyuge hubiera prestado el asentimiento en el boleto y luego rehúse prestarlo al escriturar, el adquirente puede demandar la escrituración del asentimiento. Si no fue prestado en el boleto y se rehúsa a darlo en la escritura, el adquirente tiene la acción subrogatoria para lograr la venia judicial. Para otros, la acción en este último caso es directa.

61. En igual sentido, ver Lamber, Néstor D., ob. cit. (cfr. nota 40).

62. Jorge H. Alterini argumenta que la restricción del art. 1002 inc. d) no puede ser aplicable para casos expresamente permitidos; fundamenta que en el antiguo régimen el contrato de mandato entre cónyuges era uno

la restricción de que no se admiten para darse el asentimiento a sí mismo "en los casos en los que se aplica el artículo 456". Es decir, fuera de este supuesto, el apoderamiento se encuentra admitido, lo que afirma el artículo 375, inciso b. Se establece la imposibilidad de otorgarse poderes irrevocables entre ellos en este sentido, ya que la facultad de revocación no puede ser objeto de limitaciones; pero en el supuesto de que exista un tercero (p. ej., comprador), se le puede conferir este tipo de poderes en virtud de lo previsto en el artículo 380, inciso c). Finalmente, se concluye, como regla, que el apoderado no está obligado a rendir cuenta de los frutos y rentas percibidos, salvo convención en contrario.

6. Régimen patrimonial de las uniones convivenciales

Se contemplan los efectos jurídicos de las uniones convivenciales, otorgándoles una regulación específica para todo el país y reconociéndoles el carácter de familia a esos vínculos afectivos y jurídicos. De esta manera, las uniones coexisten a la par del modelo matrimonial familiar, que ha dejado de ser la única forma relevante de desarrollo de un proyecto nacional.[63] La unión convivencial se rige por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer (art. 2628 CCCN). Se posibilita la autorregulación de los intereses patrimoniales de los convivientes en base al principio de la autonomía de la voluntad.[64] Quizás el fundamento para justificar la conformación contractual de un estatuto disciplinario patrimonial para una unión *more uxorio* sea la eficacia que esa convención pueda tener para la liquidación de los intereses resultantes de esa unión, ya que es utópico pensar en la continuidad de un régimen que nació y se conformó en base a una unión de sentimientos apartados de toda estructura formal.[65]

---

de los pocos permitidos y que ahora el CCCN lo regula expresamente, sea expreso o tácito, y concluye que se trata aquí de un supuesto de representación voluntaria y no estrictamente de contrato de mandato ([comentario al art. 459] en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015).

63. La base o fundamento de la regulación de esta institución, ha sido la constitucionalización del derecho privado, asegurando el respeto a diferentes opciones de vida. Quienes optan por un sistema de organización familiar de tipo no matrimonial se autoexcluyen de la regulación legal derivada del matrimonio basando su vínculo familiar en la libertad y autonomía de la libertad.

64. La unión convivencial podemos considerarla, por defecto, como la existencia voluntaria de una comunidad de vida estable entre dos personas que no han contraído nupcias de conformidad a la legislación civil. Implica la independencia patrimonial de cada uno, no están regidos por ningún régimen económico típico. En 1997, el Tribunal Supremo de España rechazó la aplicación analógica de las normas fundadas sobre matrimonio y dijo: "no se sabe qué clase de analogía es la que se invoca cuando ninguna obligación pesa sobre los convivientes que, en uso de su libertad, han optado por esta forma de unión, no sujetándose al cúmulo de derechos y deberes que componen el estado civil de casado. Es contradictorio que en el momento en que se disuelva la unión extramatrimonial se quiera la aplicación (ahora beneficiosa) de las normas sobre los efectos económicos de la desaparición de aquel estado cuando el matrimonio también se disuelve".

65. El Alto Tribunal de España, en sentencia del 21/10/1992, cuando permite acudir a alguno de los regímenes económico matrimoniales, exige que quede patentizado por pacto expreso o tácito que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que la Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por pacto expreso o por *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común), los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes algunos bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho.

Tanto las uniones convivenciales registradas como aquellas que no se han registrado tienen la posibilidad de celebrar pactos y, así, diseñar su propio estatuto legal, aunque con limitaciones impuestas (art. 513 CCCN). El principio general se encuentra en el artículo 518, que señala que las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. Estos pactos son contratos (bilaterales, consensuales, formales) destinados a regular las relaciones entre los convivientes. Deben ser realizados por escrito y pueden prever un régimen de administración y disposición conjunta, separada o indistinta, todo lo relativo a la contribución de las cargas del hogar durante la vida en común, la atribución del hogar común, la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común (estos últimos, en caso de ruptura), ya sea por mitades o en forma desigual. Podrán recurrir a las normas prescriptas para la división de bienes de la comunidad como los cónyuges (las que regulan la partición de herencia [art. 508), aplicarlos a todos los bienes, excluir otros de dicha regulación, etc.[66] La enumeración del artículo 514 es enunciativa, por lo que podrán incluir cuestiones que no sean solamente patrimoniales, gastos que sean ajenos a la vida familiar, ocupación de la vivienda común por el no titular luego de la ruptura por un plazo establecido, proporciones en la titularidad de los bienes que se adquieran más allá del origen de la adquisición, compensaciones económicas, crear su régimen económico, etc.

La escritura pública no está prevista como forma impuesta, pero consideramos que es conveniente por sus bondades y necesaria respecto para los pactos que involucren bienes que requieran su registración (los registros públicos requerirán la escritura pública para cumplir con su rogación [art. 3 Ley 17801 y DTR 11/2016 {de la pcia. de Buenos Aires} [67]] y sin ella no podrán producir efectos frente a terceros), o conlleven restricciones a la libre disponibilidad,[68] o derecho de oposición, o asentimiento.

El régimen de estas uniones tiene un desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad mucho más amplio que el régimen matrimonial, ya que podrían pactarse participaciones desiguales. El Código no contempla las consecuencias del incumplimiento de los pactos, por lo que podría ser aconsejable una cláusula que indique que se intimará judicialmente el cumplimiento o se dará por finalizada la convivencia y la unión, o indicar que la parte cumplidora dejará de cumplir sus obligaciones, etc.[69]

66. En caso de fallecimiento de uno de los convivientes, si existiera un pacto de convivencia que hubiera adjudicado un inmueble al cónyuge supérstite, este provoca la exclusión del bien del acervo hereditario, y la posibilidad de adjudicación del bien por el supérstite sin necesidad de tramitación del proceso sucesorio, ya que la adjudicación opera por el hecho de la muerte que provoca el cese de la convivencia, sin ser considerada una donación –ya que proviene de un convenio que reconoce el esfuerzo y aporte común–, por lo que tampoco es observable por no ser colacionable, y no estar sometido a ninguna condición resolutoria. (Lamber, Néstor D., ob. cit. [cfr. nota 40], p. 601).

67. El art. 13 de la DTR 11/2016 (pcia. de Buenos Aires) señala que serán susceptibles de registración las escrituras públicas o documentos judiciales que contengan pactos de convivencia, sus modificaciones, su rescisión y extinción, siempre que se refieran a bienes inmuebles.

68. Patricia Giovannetti y Eduardo Roveda se plantean la posibilidad que el pacto incluya restricciones a la facultad de disponer de un bien inmueble por parte de alguno de los integrantes de la pareja y que el mismo deba registrarse, y concluyen en la necesidad de la escritura pública. ("Pactos de convivencia", en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela [dirs.] y Esper, Mariano [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 268). En igual sentido, ver Casabé, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 [serie "Incidencias del Código Civil y Comercial", dirigida por Alberto J. Bueres], p. 139.

69. Patricia Giovannetti y Eduardo Roveda consideran que también el deber de fidelidad recíproco podría ser incluido, incluso con cláusulas de resarcimiento por incumplimiento (ob. cit. [cfr. nota 68], p. 515).

Estos pactos podrían otorgarse cuando lo consideren oportuno, incluso antes del inicio de la convivencia (y lo será bajo condición suspensiva sujeta al reconocimiento de la unión convivencial, retrasando además la inscripción pertinente si hubiera bienes registrables, prever la inclusión de bienes adquiridos apenas iniciada la convivencia) y luego, más allá, registrada o no la unión convivencial. Podrán ser modificados durante el curso de la unión y no se requiere un plazo mínimo de vigencia para ello. Se rescinden por acuerdo de ambos, aun sin cese de la convivencia; pero el cese de la convivencia implica la extinción de pleno derecho de los efectos del pacto para el futuro.

A falta de regulación y como régimen supletorio, el Código establece una administración y disposición separada de la propiedad de los bienes de cada uno de los convivientes, y la única restricción es la vivienda familiar (art. 522).

Estos pactos no podrán ser contrarios al orden público ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de sus integrantes,[70] ni dejar sin efecto las disposiciones del llamando régimen primario (art. 515), que está dado por la asistencia durante la convivencia (art. 519), la contribución a los gastos del hogar, la responsabilidad por las deudas frente a terceros –en ambos casos, igual que a los cónyuges– (arts. 520-521). Este marco obligatorio se aplica a todas las uniones convivenciales, se encuentren registradas o no, a excepción de la protección a la vivienda, que funcionará solo ante las uniones convivenciales registradas. Las cláusulas contrarias a este marco obligatorio se tendrán por no escritas.

La eficacia que podrían llegar a tener estos pactos, su modificación y su extinción sería *inter partes*, ya que, para desplegar efectos frente a terceros, será necesaria la inscripción del artículo 511 y en el registro de bienes en su caso.[71] Creemos que esta previsión solo tendrá trascendencia en aquellos casos en que se impongan restricciones a la disposición de los bienes de titularidad de uno de ellos, o que hayan pactado gestión conjunta de los bienes adquiridos durante la unión, o cuando la titularidad de uno de ellos esté condicionada al cese de la convivencia. Con respecto a los terceros, el ejercicio de buena fe de los derechos generará una apariencia y, así, quienes contraten con los convivientes lo harán como si fueran individuales, sin importar los pactos, salvo su oponibilidad en caso de que proceda su registración.

Las normas sobre uniones convivenciales rigen para las uniones vigentes al 1 de agosto de 2015; es decir que si la unión convivencial se extinguió antes, no serían aplicables las reglas del Código Civil y Comercial.[72]

70. Cláusula que contraríen el art. 515 sería, por ejemplo, pactar el deber de fidelidad solo para una de las partes o la prohibición de trabajar a uno de ellos.

71. Federico J. Cantero Núñez expresa que "las posibles inscripciones en los distintos Registros Administrativos de Uniones Civiles no son verdadero medio de publicidad frente a terceros. En esta situación, la eficacia sería meramente interna". ("Uniones de hecho", en Delgado de Miguel, J. F. [coord.], *Instituciones de derecho privado*, t. 4, v. 1, Madrid, Civitas, 2001, p. 411).

72. Se resolvió en un pleito iniciado antes de la vigencia del CCCN que la normativa aplicable era la de una disolución de una sociedad de hecho entre quienes habían convivido, bajo el régimen del Código Civil. (CNCiv., Sala J, 3/11/2015, "F., M. L. c/ N., R. H. s/ disolución de sociedad" [*La Ley*, 1/2/2016, AR/JUR/61316/2015]). En otro caso, se aplicaron las pautas del art. 518 CCCN para acoger la acción para dividir bienes que estaban en condominio, pero se rechazó el planteo respecto a los inmuebles que figuraban a nombre de uno de ellos, y dispuso que ante la inexistencia de pactos, se aplican las normas del 528 CCCN, y tuvo por cierto que existió entre ellos un acuerdo para proceder en el sentido de adquirir unos bienes a nombre de uno y otros a nombre de otro, ya que tener a los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión, en partes iguales sin más, sería

Con respecto a la capacidad para celebrar este tipo de actos, el Código no les reconoce efectos a los pactos –ni a las uniones convivenciales– celebrados por menores de edad (art. 510 inc. a). Los incapaces de ejercicio (art. 24) dependerán de la restricción que surja de la sentencia respectiva.

A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, ya que no se establece un régimen supletorio. De allí la trascendental importancia de las previsiones en el pacto convivencial y de que sea otorgado por escritura pública, ya que al cese de la convivencia y al momento de proceder a la distribución de los bienes, las partes podrán otorgar una escritura de adjudicación por cese de la unión convivencial cuya causa será el pacto previo donde haya sido previsto, requiriendo los certificados registrales correspondientes. Asimismo, podrán reconocer el aporte o el esfuerzo compartido al momento de la adquisición, las mejoras, el mayor valor en los bienes, etc. En caso de que dicha distribución de bienes no hubiera sido prevista en el pacto –o no hubiera pacto–, las partes podrían otorgar una escritura de adjudicación de bienes a los efectos de proceder a la distribución de los adquiridos durante aquella, ya que no existe límite de tiempo para efectuar esa convención, y podría ser otorgada en forma simultánea a la adjudicación.

Finalmente, se unifican las soluciones jurisprudenciales construidas en torno al reclamo de los bienes posruptura y sienta la regla básica de adjudicación en cabeza del titular registral, sin perjuicio de dejar expeditas las vías que marcan los principios generales como enriquecimiento sin causa, interposición de personas y otros como el fraude, la inoponibilidad de la persona jurídica, etc.[73]

7. Forma instrumental de las convenciones y la función notarial

Para la autorización de un documento que contenga una convención, el notario interviniente habrá de interpretar la voluntad de los comparecientes, analizar las causas que los conducen hasta esa instancia y asesorarlos sobre las implicancias, los efectos y las consecuencias del acto a otorgar. Si el acuerdo se celebra entre contrayentes, corresponde denominarlos convenciones prematrimoniales, nupciales o entre contrayentes, mientras que las convenciones entre cónyuges son aquellas que solo modifican el régimen patrimonial que rige el matrimonio.[74]

El funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas deberá dejar constancia en el acta de matrimonio (art. 420) acerca de si los contrayentes han celebrado capitulaciones matrimoniales, si han optado por el régimen de separación y, en caso afirmativo, la fecha y el registro notarial en el que se otorgó.[75] La con-

---

asimilar la unión convivencial al régimen patrimonial matrimonial. (Cám. Civ. Com. Minas, de Paz y Tributaria de San Rafael, 9/9/2015 [*La Ley Gran Cuyo*, 2016, p. 95, AR/JUR/29558/2015]).

73. Herrera, Marisa, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 371.

74. La designación y avalúo de los bienes, enunciación de deudas y donaciones no pueden formar parte de una convención posterior a la celebración del matrimonio.

75. En el régimen de Vélez, la forma para la celebración de convenciones matrimoniales se regía por la que establecía la ley del lugar de su celebración (art. 1205 CCIV). El art. 1223 –conc. con el art. 1184 inc. 4– establecía que las convenciones matrimoniales debían hacerse en escritura pública, so pena de nulidad, según

vención prenupcial relativa al régimen patrimonial matrimonial debe realizarse por escritura pública (art. 446 CCCN), al igual que su modificación. En caso de incumplimiento, dicha convención es inválida, por aplicación del artículo 285:

> Forma impuesta. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.

Para Mazzinghi[76] –postura que compartimos–, el concepto de solemnidad relativa respecto de las convenciones remite a lo prescripto en los artículos 285 y 1018 CCCN, por lo que si las partes extienden una convención en instrumento privado, la convención no es perfecta ni plena, pero tiene valor y faculta a cualquiera de las partes a reclamar de la otra el cumplimiento de la formal legal. Si la convención es anterior al matrimonio, el firmante del instrumento privado tiene la opción de no casarse o exigir cumplir la forma. Sin embargo, si esa convención se realiza durante el matrimonio para cambiar de régimen, la firma del instrumento privado obliga a las partes a extender la escritura respectiva.

Con acierto, el Código no exige homologación judicial de la convención otorgada en escritura notarial –el proyecto de reformas y proyecto de Código Civil sí lo preveían–.[77] Como causales de la nulidad de la convención *in totum* encontramos las siguientes: 1) falta de asistencia al acto de ambos o uno de los contrayentes, por sí o por medio de apoderados especiales; 2) vicio de forma; 3) incapacidad de alguno de los cónyuges o de ambos; 4) otorgamiento de la convención antes del plazo de un año desde el principio de vigencia del régimen anterior, legal o convencional; 5) vicios del consentimiento (error, dolo o violencia). No son causales de nulidad sino de caducidad de contrato válido y no producirá efectos, la falta de celebración ulterior del matrimonio o si se lo declara nulo.[78] Si la convención es declarada nula, se considera que los cónyuges están casados sin capitular.

El Código deja de lado los requisitos particulares que debe contener la escritura pública de convención –como lo hacía el artículo 1225 CCIV–, por lo que aquellos serán los de las escrituras públicas en general (art. 305 CCCN).

---

el valor de los bienes o si se constituyeren derechos sobre bienes raíces si no era suficiente formalizarla por instrumento privado. Para un sector de la doctrina, la forma notarial era constitutiva (*ad solemnitatem*), es decir, no existía la convención si faltaba la escritura. También lo habían propuesto las comisiones creadas por Decretos 468/1992 y 685/1995. Considerar la escritura como forma *ad probationem* podría haber significado la posibilidad de que los cónyuges pudiesen reclamarse entre sí el cumplimiento de la forma, después de celebrado el matrimonio, en violación al art. 1219.

76. Mazzinghi, Jorge A. M., "Las convenciones matrimoniales", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 16/12/2015, p. 41, AR/DOC/4259/2015. Para Eduardo A. Sambrizzi (ob. cit. [cfr. nota 34]), la falta de otorgamiento de escritura pública provoca la nulidad, aunque de carácter relativo, porque solo está en juego el interés de las partes.

77. Se deja así de lado la posibilidad de modificar también las convenciones por medio de homologación judicial, con previa audiencia con el juez en forma separada, quien debía oír a las partes con asistencia letrada. Kiper, Claudio M, *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 319.

78. Eduardo A. Sambrizzi (ob. cit. [cfr. nota 34]) interpreta, en cambio, que en el caso de que los esposos fueran de buena fe, y de conformidad con los arts. 428 y 429 CCCN, el matrimonio anulado produce todos los efectos del matrimonio válido con respecto al cónyuge de buena fe hasta el día en que se declare su nulidad. Los arts. 1238-1240 CCIV dejaban a salvo los derechos del cónyuge de buena fe en el matrimonio putativo.

8. Registración y publicidad. Publicidad formal. Técnica publicitaria

Para que produzca efectos frente a terceros, la convención posterior a la celebración del matrimonio que modifique el régimen debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. El notario autorizante tiene la obligación de inscribirla en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas,[79] mencionando el número de escritura en que se instrumentó, la fecha, el folio y el registro notarial ante el cual pasó y el régimen patrimonial en el que se encuentra el matrimonio. El registrador solo habrá de calificar la forma pero no el contenido. Pensamos que las partes podrían asumir la responsabilidad de su inscripción.

Respecto de la convención anterior al matrimonio, el notario no se encuentra obligado a efectuar los trámites inscriptorios, porque existe imposibilidad material y jurídica de hacerlo y son los contrayentes quienes deben declarar al momento de contraer nupcias que han celebrado convención matrimonial y, en su caso, si han optado por el régimen de separación (art. 420 incs. i] y j] CCCN). No se prevé que pueda efectuarse la opción simultáneamente con la celebración del matrimonio.[80] Entre las partes y quienes hubieran participado del acto, produce efectos desde el momento de su celebración por el principio de buena fe que rige todas la relaciones patrimoniales.[81]

El régimen patrimonial adoptado y su posterior mutación (convencional o judicial) deben anotarse por nota marginal. La publicidad cartular y la de las copias expedidas no es suficiente como para solidificar un sistema eficaz de información a terceros y su oponibilidad. Consideramos que la implementación de un registro especial –como en algunos países europeos–[82] no es el remedio más apto.[83] Esta publicidad meramente *indicativa* es eficaz en un sistema en el que se puede optar entre regímenes económicos preestablecidos por la ley, ya que no se publicita el contenido de la convención. La eficacia protectora de quien confía en las constancias del Re-

79. En el mismo sentido se expidieron las 39 Jornadas Notariales Bonaerenses (Mar del Plata, 2015). El art. 51 de la Ley 26413 establece la inscripción por nota de referencia en las actas de matrimonio en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

80. Los fundamentos del anteproyecto señalan que la elección entre los dos regímenes se realiza por escritura pública, antes de la celebración del matrimonio, o frente al funcionario del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, lo que no surge del articulado sancionado.

81. Así se encuentra previsto en el Código Civil de Francia, que establece en su artículo 1397 que el cambio homologado tiene efecto entre las partes a partir de la fecha de la resolución judicial y frente a terceros tres meses después que el cambio sea inscripto en el margen del acta de matrimonio. En ausencia de esta mención el cambio no es opuesto a los terceros salvo que en el acto celebrado con los terceros los esposos manifiesten que han modificado su régimen.

82. Además de la inscripción de la convención en el acta de matrimonio, otras legislaciones han previsto su inscripción en el Registro de la Propiedad o de Comercio. Así, por ejemplo, el Código Civil español, en su artículo 1333, dispone que "si las convenciones o sus modificaciones afectaran a inmuebles se tomará razón en el Registro de la Propiedad". Cfr. Lasarte Álvarez, Carlos, "La publicidad en el régimen económico del matrimonio", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, abril 1984, p. 365: "después de la ley 1 de julio de 1959, Alemania instituyó un registro de capitulaciones matrimoniales; Suecia desde el Cód. matrimonial de 1920; Noruega desde 1927; Holanda desde julio de 1956; y Portugal desde su nuevo Código".

83. El despacho de la Comisión V de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995), declaró: "las modificaciones al régimen patrimonial del matrimonio requieren un régimen de publicidad adecuado, siendo insuficiente el que actualmente se practica".

gistro Civil se limita a la inoponibilidad de lo no inscripto.[84] El tercero tiene que ser de buena fe (desconocer el cambio de régimen) y haber adquirido sus derechos con anterioridad a la modificación (no meras expectativas). Son terceros los acreedores de los cónyuges (con crédito a término o condicionado) y los que hayan adquirido de ellos derechos reales.

Si bien la dispersión geográfica de las oficinas del Registro Civil no es realmente adecuada, la anotación allí se justifica por la naturaleza del acto[85] y el registro de tipo personal. Habrá que implementar una nueva técnica, la forma de practicar los asientos, "ordenar sus índices"[86] para proporcionar una información ágil a los terceros. El punto medular de la cuestión radica en publicitar el régimen adoptado en la convención prematrimonial o su cambio posterior y consagrar frente a terceros la presunción de que la falta de publicidad de un régimen convencional significa que el régimen es el legal supletorio.[87] Así, se logrará evitar la utilización de las convenciones o mutaciones en perjuicio de terceros de buena fe. No se garantiza la certidumbre del asiento, ya que pueden existir modificaciones posteriores aún no mencionadas (publicidad negativa).[88]

El tercero de buena fe es cualquier persona que entable una relación jurídica con los cónyuges y, por no haber intervenido en las convenciones matrimoniales, no tiene información de las alteraciones al régimen;[89] si la tuviera, habría que probar su conocimiento para destruir la presunción de buena fe.

Consideramos inadecuado el registro de la propiedad inmueble o de bienes como medio publicitario para dar a conocer el régimen patrimonial del matrimonio, por ser ajeno a su naturaleza. Solo admitimos la mención del régimen matrimonial del titular registral como publicidad complementaria (p. ej., la DTR 11/2016 [de la pcia. de Buenos Aires]), consignándose en el asiento registral el régimen patrimonial que hubiese pactado el titular adquirente del inmueble o derecho inscripto,[90] o toda capitulación que incida en el patrimonio del titular registral o de su cónyuge –según su régimen patrimonial– y la publicidad de la decisión (p. ej., la adjudicación de un inmueble en la partición de la comunidad por mutación de régimen).[91]

84. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las deudas de una persona casada cuando se producen modificaciones en el régimen patrimonial del matrimonio", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 12, 1996, p. 75.

85. Igual en España. Ver Bello Janeiro, Domingo (citando a Rojas Montes), "Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial", en *Revista Jurídica del Notariado*, Madrid, Consejo General del Notariado, Nº 7, 1993, p. 39.

86. Kemelmajer de Carlucci, Aída, ob. cit. (cfr. nota 35).

87. Arts. 463 y 449 *in fine*.

88. Zavala, Gastón A., "Registración y publicidad del régimen patrimonial matrimonial" [ponencia presentada a las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Mar del Plata, 1995}].

89. Cfr. Soto Bisquert, Antonio, "La publicidad del régimen matrimonial de bienes", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, t. 51, 1967, p. 517.

90. Se hace constar en el Registro de la Propiedad el régimen patrimonial matrimonial del titular registral en relación a *ese* bien al momento de adquirirlo o el cambio posterior. El art. 1317 del Código Civil español dispone que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará los derechos adquiridos por terceros (arts. 1401 y 1402); si la capitulación afectare a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad (art. 1333).

91. Magariños Blanco, Victorio, "Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por separación y derechos de los acreedores", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, Nº 548, p. 52.

La conveniencia de ingresar convenciones matrimoniales a registros especiales, como el registro de la propiedad (publicidad material), es asignarle autosuficiencia a la publicidad formal frente a casos singulares (transferencia de inmuebles o muebles registrables con efectos frente a terceros *registrales*), y agiliza la actividad del registro al prescindir de la presentación del documento cada vez que el titular registral otorgue actos dispositivos.[92] Consideramos oportuna su mención en el asiento inmobiliario registral por apreciar que este registro ofrece una mayor seguridad jurídica dinámica, tanto por su organización como por la costumbre de consultarlo cuando se pretende la celebración de algún acto jurídico o la adquisición de algún derecho sobre bienes raíces. El asiento registral será eficaz protegiendo solo al tercero –registral– interesado en ese bien (p. ej., el constituyente de un derecho real), pero no será eficaz frente al tercero ligado al cónyuge por derechos personales.

Sería oportuna[93] la exigencia de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas previa a la toma de razón en el Registro de la Propiedad y, así, evitar el planteo de inconvenientes por la oponibilidad o inoponibilidad por no haber sido mencionada la convención en el Registro Civil y sí en el de la Propiedad. En el caso inverso, cuando se hubieran otorgado capitulaciones mencionadas en el Registro Civil que tengan alguna incidencia sobre un inmueble y que no figuren en el Registro de la Propiedad, será irrelevante frente a los terceros (civiles) acreedores del/os cónyuge/s la falta de toma de razón en el Registro de la Propiedad, pero si fuesen terceros registrales, adquirirá trascendencia la fecha del asiento de las convenciones en el Registro Inmobiliario.[94]

No desconocemos la falta de practicidad de exigir una partida de matrimonio actualizada cada vez que un cónyuge desee realizar un acto que la requiera, sumado a que los registros que llevan estas inscripciones son provinciales. Tampoco ignoramos la validez temporal de estas partidas. La modificación del régimen actual patrimonial solo podría modificarse luego de transcurrido un año desde el nacimiento o la modificación del mismo, y esto sería un dato a tener en cuenta. Pero pensemos que luego de ser expedida una partida y hasta que llega a manos de algún oficial interviniente, se podría registrar una modificación al régimen. Esto generaría conflictos que deben ser previstos estableciendo un sistema nacional registral de expedición en plazos breves y una vigencia temporal de dichas certificaciones que permita dar seguridad al tráfico jurídico.

9. Contratación entre cónyuges y excónyuges

En el Código Civil la regla general era la libertad de contratar de personas capaces y esto incluía a los cónyuges.[95] La incapacidad de derecho para contratar en ciertos

92. Presa de la Cuesta, Alfonso, "Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, Nº 564, 1984, p. 1222.

93. Art. 5 de la DTR 11/2016 (pcia. de Buenos Aires). Ver asimismo art. 266/6 del Reglamento del Registro Civil de España.

94. Magariños Blanco, Victorio, ob. cit. (cfr. nota 91), p. 56.

95. La Sala D de la CNCom. dijo: "si no existe una prohibición expresa o si el fundamento del contrato no repugna a los principios legales en que se funda el régimen patrimonial, no es posible hacer pesar sobre los

contratos expresamente prohibidos se fundaba en la naturaleza que implicaba una alteración del régimen patrimonial del matrimonio o del carácter de los bienes, o que resultaban de ellos relaciones jurídicas, derechos u obligaciones incompatibles con las características de la relación matrimonial.

El proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial, adhiriendo a un sistema de gestión patrimonial no imperativo, permitía que los cónyuges eligieran el régimen que creyeran más conveniente y eliminaba todas las prohibiciones específicas para contratar entre ellos. La limitación en la posibilidad de elegir solo entre dos regímenes económicos se veía flexibilizada por esa libertad, ya que, a través de contratos, los esposos podían cambiar el carácter propio o ganancial de los bienes en el régimen de comunidad y aumentar sus deberes en orden a la contribución de los gastos o a la distribución de los bienes, con lo cual indirectamente se podían configurar regímenes intermedios. Al tratarse el proyecto en el Congreso, si bien se mantuvo la posibilidad de pactar el régimen patrimonial, se le agregó al artículo 1002 el inciso d), que establece la prohibición de contratar en interés propio para los cónyuges bajo el régimen de comunidad. Flagrante contradicción si se lo evalúa con la facultad que el artículo 449 les brinda a los cónyuges de mutar al régimen de separación de bienes.

Coincidimos con Casabé[96] en que, frente a esta situación, debemos interpretar que las normas especiales que permiten la contratación entre cónyuges prevalecen sobre la inhabilidad especial consagrada en el artículo 1002, inciso d), al igual que las marcadas en los artículos 459 (poder de un cónyuge a otro), 474 (mandato tácito). Asimismo, los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo, incluso las reguladas en la Sección IV, Capítulo I, de la Ley General de Sociedades.

La restricción incorporada[97] marca un profundo retroceso, basada en el temor infundado de la generación de fraude a los terceros, ya que la protección a estos no se encuentra en el rigor del régimen matrimonial de los cónyuges bajo el régimen de comunidad, sino en su publicidad y la de sus cambios. El andamiaje jurídico posee mecanismos suficientes para combatir la mala fe de los cónyuges en el ejercicio de su derecho de contratación. En su caso, no se entiende por qué no fue incorporada esa restricción a todos los matrimonios independientemente del régimen matrimonial adoptado, ya que aquellos que se encuentran bajo el régimen de separación, tienen libertad en la contratación y también podrían generar actos fraudulentos en perjuicio de terceros.[98]

---

cónyuges una verdadera incapacidad de derecho, como es la de no poder contratar entre ellos" (*El Derecho*, t. 57, p. 567).

96. Casabé, Eleonora R., ob. cit. (cfr. nota 68), p. 113.

97. El predictamen presentado en noviembre de 2013 por el partido oficialista ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, justificaba al sostener "la eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges propicia conductas fraudulentas. El fin principal de la prohibición es tratar de evitar los fraudes a los acreedores de alguno de los cónyuges, por lo que se sugiere su inclusión". (Fuente: parlamentario.com, 14/11/2013 [N. del E.: dado que el hipervínculo aportado por los autores se ha desactivado, se ofrece al lector otra fuente del texto, con la advertencia de que no consiste en una fuente oficial; ver http://www.cabb.org.ar/noticias/proye.pdf, p. 64]).

98. La eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges es una línea legislativa seguida por los ordenamientos jurídicos más modernos que además adoptan remedios a los efectos de evitar los abusos y proteger a los terceros. Ejemplos de legislaciones: Alemania, Canadá (Quebec), Italia, Bolivia, Colombia, Francia, España, Código Civil Suizo, Panamá. En nuestro país, los proyectos de reforma de 1998 y 1993. Ver Herrera,

10. Divorcio y régimen de comunidad

Para transitar el camino hacia el divorcio, los cónyuges que se encuentren bajo el régimen de comunidad tienen dos posibilidades: efectuar una propuesta, en el convenio regulador del artículo 439, de la distribución de los bienes y resolverlo durante ese proceso; o llegar a dicho momento con la cuestión de los bienes, la adjudicación de la vivienda familiar y las recompensas ya resuelta. Como expresan Herrera y Kemelmajer de Carlucci,[99] el contenido del convenio regulador no está impuesto por la ley y el mismo incluirá aquellas materias que han llegado al momento de la propuesta sin ser resueltas, por lo que quedarían afuera aquellas cuestiones que sí han tenido resolución previa.

Consideramos adecuado que los cónyuges bajo el régimen de comunidad cambien, antes del trámite de divorcio, al régimen de separación y liquiden la comunidad sin necesidad de quedar atados a la indivisión poscomunitaria, que podría ser fuente generadora de conflictos. Se podrían evitar así todas aquellas cuestiones que se plantean en el manejo y disposición de los bienes durante el período de indivisión, donde la problemática de los bienes suele entorpecer el tráfico negocial, sobre todo frente a terceros.

11. Disolución de la comunidad *inter vivos* y *mortis causa*

11.1. Principio general

Al cesar el estatuto de comunidad por su cambio o por la disolución del matrimonio, la partición de los bienes indivisos se realizará por el acuerdo entre los cónyuges o con los herederos, o, en su defecto, mediante la aplicación de las normas prescriptas para la partición de herencias.[100]

11.2. Indivisión poscomunitaria

La comunidad se extingue por muerte, anulación del matrimonio putativo, divorcio, separación judicial de bienes y cambio de estatuto económico (art. 475 CCCN). Se califica al estado de indivisión poscomunitaria como una universalidad jurídica similar a la hereditaria, aunque con particularidades que las diferencian. El régimen de comunidad, luego de su extinción, convertirá los bienes gananciales en la masa

---

Marisa, "El poder de contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad en el banquillo" [online], en Rubinzal on-line [portal web], RC-D 351/2014; y Kiper, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 77), t. 1, p. 322.

99. Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, "Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 17/3/2015 (t. 2015-B, p. 1134), AR/DOC/754/2015: "si uno de los pilares sobre los cuales se edifica el régimen matrimonial es el de evitar conflictos y lograr que los divorcios sean lo menos destructivos posible, es innegable que no se puede obligar a los cónyuges a pactar todos los efectos que se derivan de su matrimonio siendo que ello podría ser un factor de disputa y enfrentamientos, cuando es lo que se pretende evitar".

100. En el régimen de separación de bienes, al momento de cambiar de régimen o de cesar la unión matrimonial, podrá existir algún reclamo entre ellos en virtud de las obligaciones solidarias de los arts. 461 y 462 CCCN, pero no a disolución alguna, ya que no existe una masa indivisa.

indivisa poscomunitaria hasta su partición entre los cónyuges o excónyuges –según el caso–.

La Ley 26994 distingue la indivisión formada a partir de la muerte de uno de los cónyuges –o de los dos–, situación que se regirá por las reglas de la indivisión hereditaria, o en vida de ambos, la que estará enmarcada por las disposiciones de las secciones 6ª, 7ª y 8ª del capítulo "Régimen de comunidad". Durante la indivisión, se mantienen las dos masas formadas por las respectivas adquisiciones de los cónyuges, y cada masa soporta frente a los acreedores su propio pasivo, con excepción de las cargas definitivamente comunes, que podrán ser reclamadas a uno u otro cónyuge. La liquidación de la masa indivisa requerirá separar bienes comunes suficientes para el pago de esas cargas y los acreedores podrán oponerse a la partición y entrega de los bienes liquidados hasta que no se satisfagan sus créditos, ya que no se puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores (arts. 487, 467, 461 y 462).[101]

11.2.1. Tratamiento normativo

La Ley 26994 es continuadora del sentido incorporado al CCIV por las leyes 11357, 17711 y 23515. En la separación judicial de bienes, el interés tutelado ante la mala administración se refiere al peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales. Conserva el caso del concurso preventivo o la quiebra,[102] incorpora la separación de hecho por parte de alguno de los cónyuges sin voluntad de unirse, y tipifica además al supuesto de que, ante la incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se le designe curador a un tercero.

El nuevo Código determina el momento en el que se produce la extinción de la comunidad y, para ello, fija tanto pautas precisas como elementos que merituará el juez en su resolución cuando su intervención sea imprescindible. Los efectos de la anulación del matrimonio, divorcio o la separación de bienes se producen desde el día de notificación de la demanda o la petición conjunta de los cónyuges;[103] y le confiere al juez la facultad de modificar la extensión del efecto retroactivo fundado en la existencia de fraude o abuso del derecho.[104] Si el matrimonio es putativo, produce todos los efectos del matrimonio válido hasta la fecha de anulación si ambos

101. Surgirán también las compensaciones entre los cónyuges (arts. 488, 491, 495 CCCN). Si una deuda definitivamente común fue pagada vigente la comunidad con bienes gananciales de titularidad de un cónyuge, la cuestión queda agotada.

102. Interpretamos que no tendría efecto pedir la separación de bienes, porque con el desapoderamiento de los bienes del deudor, tanto propios como gananciales, quedan afectados al derecho de los acreedores. No habría ningún tipo de protección legal entonces.

103. Se incorpora expresamente el reconocimiento de los bienes gananciales anómalos, los cuales podrán ser considerados privativos si se remontan los efectos de la sentencia al día de la separación de hecho sin voluntad de unirse. Decisión acertada, porque en estos casos está ausente el elemento común y coparticipativo con el que se erigen los bienes gananciales, el proyecto de unidad que le dio origen ya no está presente. "Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges desde la celebración del matrimonio hasta la separación de hecho son bienes gananciales puros en tanto están alcanzados por la regla del art. 1315 del C.C., en cambio, desde la ruptura de la unión fáctica hasta la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que aumentan el patrimonio de cada cónyuge son gananciales anómalos y no sujetos a división" (CNCiv., Sala B, 20/10/05, "H., M. B. c/ G. S., M. R." [*La Ley*, t. 2006-A, p. 679]).

104. La CNCiv. sostuvo que si ambos cónyuges son los causantes de la ruptura matrimonial, ninguno tiene derecho a los bienes adquiridos por el otro después de la separación. Conclusión fundamentada en razones de

cónyuges fueran de buena fe (art. 428). Si uno de los cónyuges es de buena fe, el Código determina que esos efectos solo se producen respecto del cónyuge de buena fe y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad (art. 429), asignándosele una serie de derechos. Si ambos contrayentes son de mala fe, el matrimonio anulado no produce efecto alguno y los bienes adquiridos hasta el momento de resolverse la nulidad se distribuyen como si fuese una sociedad no constituida regularmente, y queda sin efecto el régimen económico convenido sin perjuicio de los derechos de terceros.

La separación judicial de bienes decretada solo le pone fin al régimen de comunidad pero no al vínculo matrimonial. Es por eso que el artículo 480 determina simplemente que quedan sometidos al régimen de separación de bienes. La extinción del régimen de comunidad no puede afectar los derechos de terceros adquirentes de buena fe que no sean a título gratuito. Para ello, esto se debe complementar con la publicidad específica prevista en el artículo 1893.

11.2.2. Indivisión en vida de ambos cónyuges o excónyuges

La gestión de administración y disposición de los bienes que integran la masa indivisa queda sometida al acuerdo que los cónyuges o excónyuges puedan celebrar; en su defecto, se establece la aplicación del régimen de comunidad (arts. 470 y cc.) en cuanto no se le determine un tratamiento específico. En la relación interna se inicia un período de liquidación, en el que se determinan las cargas entre ellos y la masa y sus eventuales recompensas (arts. 488 y cc.), para concluir con la partición de la comunidad. Esta masa estará integrada con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge (art. 497), que se dividirá en partes iguales, sin consideración del monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales, aunque si los interesados son plenamente capaces se aplica el acuerdo arribado.[105]

Durante este interregno, perdura un régimen de comunidad sobre la universalidad con fines liquidatorios, pero con una variante sustancial según la comunidad se haya extinguido por la disolución del matrimonio (divorcio) o perdurando este, porque se encuentren sujeto al régimen de separación judicial de bienes o convenido otro régimen económico, y es que a partir de esta circunstancia ellos recuperarán la plena capacidad para contratar entre sí. El Código determina que en la relación de ellos y sus bienes indivisos, frente a los terceros, se mantiene la integralidad del patrimonio del deudor frente a los acreedores anteriores a la indivisión (arts. 461, 462 y 467) y cada uno, la gestión separada de sus bienes, como también responde por sus deudas con el patrimonio de su titularidad, sin perjuicio del derecho de los acreedores de subrogarse en los derechos de su deudor de requerir la partición de la masa común. Si se dispone de bienes registrables indivisos de titularidad de uno –no habiendo pacto al respecto–, no habrá codisposición, aun cuando en la relación interna se tenga derecho a la mitad de la masa, sino que se requerirá el asentimiento

---

equidad y de orden lógico y moral. (CNCiv., en pleno, 29/9/1999, "C., G. T. c/ A., J. O. s/ liquidación de sociedad conyugal" [*La Ley*, t. 1999-F, p. 3; *Doctrina Judicial*, t. 1999-3, p. 754]).

105. La indivisión poscomunitaria es una situación transitoria que se produce de pleno derecho y no es viable pacto alguno que tienda a prolongarla; característica que la diferencia del derecho hereditario (cfr. arts. 2380-2383).

del otro.[106] En este caso, el producido de la disposición –por ejemplo, precio de la venta– ingresará a la masa indivisa con el carácter de ganancial. Si hubiese arribado a un acuerdo en relación a estos bienes, el mismo deberá estar formalmente otorgado y publicitado para ser oponible y eficaz a los terceros.

Cuando en el convenio regulador presentado al trámite del divorcio, se hubiese acordado la partición del acervo y la adjudicación de los bienes, una vez aprobado el mismo, ese acto procesal implica el cese del estado de indivisión aun cuando esté pendiente su reflejo registral –con las implicancias que esa omisión conlleve–. Ante la futura disposición de uno de esos bienes por parte del adjudicatario, éste deberá previamente inscribirlo o en su defecto disponer mediante la modalidad del tracto sucesivo abreviado.

La relación externa con terceros acreedores continúa rigiéndose por las normas de la comunidad de gananciales y estos no pueden verse perjudicados por la situación de los cónyuges o excónyuges cuyo patrimonio sigue siendo la garantía común de sus créditos y les será inoponible toda alteración al respecto.

11.2.3. Indivisión por fallecimiento de alguno de los cónyuges

Si fallece uno de los cónyuges el vínculo matrimonial se disuelve y finaliza *ipso iure* la comunidad (art. 475); nace la indivisión poscomunitaria (art. 481) coincidentemente con la apertura de la sucesión. Si el sobreviviente y los herederos del premuerto no proceden a liquidarla,[107] se configura entre ellos una universalidad hereditaria, y el patrimonio del causante se transmite a sus herederos y nace la comunidad hereditaria.[108] Si el proceso de divorcio ya se hubiera iniciado (sin sentencia), la disolución opera con el fallecimiento y la comunidad debe ser liquidada en el contexto de la sucesión universal del premuerto (art. 481).[109]

Las remisiones a las disposiciones hereditarias son constantes, como a la forma de hacer el inventario y partir (arts. 500, 2341). En caso de existir hijos menores, el progenitor supérstite debe, dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento del cónyuge o del conviviente, hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio o del progenitor conviviente fallecido. Allí deben determinarse los que correspondan a los hijos, bajo pena de multa pecuniaria a ser fijada judicialmente (art. 693). Los herederos del cónyuge fallecido reciben un derecho en la indivisión poscomunitaria, junto con la universalidad del patrimonio propio del causante, patrimonios que

106. En este sentido se expidieron las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979): "En cualquier caso el cónyuge que administre bienes gananciales está obligado a rendir cuentas al otro de la administración ejercida después de la disolución de la sociedad conyugaI. V. Los actos de disposición de bienes gananciales, con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, deberán ser otorgados conjuntamente por ambos cónyuges". Participan de este criterio Belluscio, Guaglianone, Mazzinghi y Vidal Taquini –entre otros–.

107. La DTR 8/2015 (Pcia. de Buenos Aires) prevé la liquidación y partición del divorciado supérstite junto con los herederos del excónyuge, y, además, la codisposición a favor de un tercero en el caso de disolución por divorcio sin liquidación de la masa ganancial.

108. Fassi, Santiago C., *Estudios de derecho de familia*, La Plata, Platense, 1962, p. 349.

109. Se reconoce la vocación sucesoria de los cónyuges fundada en el matrimonio que surge de las sucesiones (2433). Si el vínculo matrimonial se disuelve por muerte de uno de los consortes, se distinguen los derechos del sobreviviente que nacen del régimen matrimonial preexistente, de los que le corresponda como heredero por el sistema de la transmisión *mortis causa*.

permanecen separados hasta que la comunidad se liquide.[110] La liquidación y partición de la masa ganancial debe ser previa aritméticamente a la partición hereditaria, porque en tanto no se efectúe esa liquidación, se ignorará la cuantía de la masa poscomunitaria que pase a integrar la herencia del fallecido, y en tanto no se efectúe la partición del haber comunitario, se ignorará qué bienes singulares han quedado transmitidos a los herederos.[111]

Los derechos de los acreedores del causante recaerán sobre la cuotaparte (mitad) que a este le correspondería en la liquidación de los gananciales, siendo indiferente que los gananciales hayan sido adquiridos por uno u otro cónyuge. El Código prevé qué excepción dispuesta es aplicable a la vivienda que ha sido la residencia de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales. Los herederos podrán convenir la indivisión del acervo hereditario y poscomunitario por un término que no podrá exceder los diez años (pueden ser renovados una vez finalizado el lapso establecido), así como cualquiera de los herederos puede solicitar la división de la universalidad si existen causas justificadas. Algunos autores se han planteado el problema del momento en que la indivisión poscomunitaria puede ser oponible a los acreedores de los cónyuges; para ello, establecen la necesidad de una publicidad de tal indivisión como requisito de oponibilidad a terceros. Se impone aquí la aplicación de las normas de derecho sucesorio, ya que se trata de un tema propio de esa área del derecho, donde la transmisión de los bienes del causante opera *ipso iure* desde el momento de su muerte. Incluso, contempla el ordenamiento jurídico que el acto escriturario con vocación registral que merecerá la inscripción en el registro público correspondiente solo tiene un efecto declarativo de la transmisión que se efectúa *ministerio legis*.[112]

Para Pérez Lasala, el estado de indivisión por muerte de un cónyuge entre sus herederos y el cónyuge sobreviviente produce sus efectos *erga omnes* sin necesidad de publicidad alguna. La indivisión poscomunitaria es oponible a terceros acreedores desde la muerte del causante.[113] Forman el activo de la indivisión poscomunitaria los bienes gananciales existentes al momento de la extinción de la comunidad y los créditos gananciales de uno y otro cónyuge contra terceros (los frutos de los bienes gananciales del causante integran la masa hereditaria). El pasivo de la indivisión poscomunitaria está formado por dos géneros de obligaciones, las deudas personales y las cargas familiares. Las deudas nacidas durante la indivisión o con motivo de ella por causa de muerte integran las cargas sucesorias.

110. La comunidad hereditaria constituida en cabeza de los herederos es, al mismo tiempo, cuota de una indivisión mayor, en la que interviene alguien que no es necesariamente otro heredero, o por lo menos otro heredero en los bienes; y en parte un conjunto de bienes propios reunidos en la unidad del haber transmitido. Ver Guaglianone, Aquiles H., *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Buenos Aires, Ediar, 1965, p. 20.

111. El art. 4 de la DTR 7/2016 (Capital Federal) dispone que la publicidad de proporciones en los asientos registrales de declaratorias de herederos o testamentos no cesa la indivisión hereditaria, ya que esta solo concluye con la partición.

112. Es lo que dispone la DTR 7/2016 (Capital Federal).

113. Pérez Lasala, José L., *Liquidación de la sociedad conyugal por muerte y partición hereditaria*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 146.

11.3. Incidencia de la porción legítima hereditaria

Los herederos legitimarios tienen un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia, de la que no pueden ser privados sino por las causas que la ley ha juzgado bastante graves para declararlos indignos. En relación con los bienes propios, le corresponderá al cónyuge supérstite igual parte indivisa respecto de la universalidad que cada descendiente. Con respecto a los bienes que integran la masa poscomunitaria, al cónyuge supérstite le corresponderá la mitad del saldo líquido de esa masa, y la mitad restante tendrá como destinatarios a los descendientes, en partes iguales entre ellos (art. 2433).[114] El cónyuge nunca fue excluido por ningún otro orden sucesorio, sino que concurre con ascendientes y descendientes (art. 2424). Ante la ausencia de descendientes y ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los colaterales (art. 2435) –como en el Código de Vélez–. Si concurre con ascendientes, el cónyuge heredará la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales del fallecido (art. 2434).

El vínculo matrimonial debe estar vigente al momento del fallecimiento del causante. Pero si un cónyuge muriese de alguna enfermedad existente en el momento de la celebración y conocida por el otro consorte, que fuere de desenlace fatal previsible dentro de los treinta días de contraído el matrimonio, el cónyuge supérstite perderá la vocación hereditaria, salvo que ese matrimonio hubiese estado precedido de una unión convivencial (art. 2436). La hipótesis cuenta con presupuestos determinados, algunos de tipo objetivo: enfermedad de uno de los cónyuges al momento de la celebración; gravedad de la afección que hiciera prever un desenlace fatal; muerte dentro de los treinta días de celebrado el matrimonio. También incorpora una faceta subjetiva, como lo es requerir el conocimiento de la enfermedad por el cónyuge supérstite.[115]

Si el vínculo matrimonial concluye por divorcio, los cónyuges pierden los derechos hereditarios,[116] pero si ha sido excluido de la herencia, conserva su derecho a disolver el régimen patrimonial matrimonial mantenido con el causante. Cesa también la vocación hereditaria en caso de que viviesen separados de hecho sin voluntad de unirse, causal objetiva de exclusión hereditaria entre cónyuges (art. 2437). La Ley 26994 se aparta del criterio que la Ley 17711 le había asignado al artículo 3575, reto-

114. Esto podría resultar injusto en el régimen de comunidad de gananciales, al considerar que, en la gran mayoría de los casos, el patrimonio hereditario se integra con bienes gananciales.

115. La doctrina clásica interpretaba que el CCIV suplía los argumentos del "desconocimiento" de la enfermedad perceptible con signos de la misma que hayan sido exteriorizados; además de sostener algunos que el ánimo de captar la herencia debía estar presente; criterio este que no cuenta con uniformidad de opiniones y no es un requisito legislado.

116. "La disolución del vínculo matrimonial importa la desaparición del fundamento objetivo de la vocación hereditaria, desde que su conservación sin correspondencia con la comunidad de vida y efectos que da razón de ser y sustento al llamamiento, sería al cabo, una pura especulación patrimonial" (CNCiv., Sala A, 11/2/1988, "K. de P. A., I. E. c/ P. A., A." [*La Ley*, t. 1988-B, p. 18]). "Ante el fallecimiento del bígamo, la cónyuge putativa concurre a la sucesión con los herederos del causante". "Excluida la cónyuge supérstite como heredera de los bienes gananciales del causante (por su carácter de socia de la sociedad conyugal), la cónyuge putativa concurre a la sucesión del 50 % restante de esos bienes juntamente con los demás herederos". (CNCiv., Sala G, 12/4/1988, "De O. P., C. E., suc." [*La Ley*, t. 1990-B, p. 135]).

mándose el cauce jurídico de interpretar que la vocación hereditaria se resolvía ante el hecho objetivo de la separación.[117] El Código determina de manera imprecisa que cualquier tipo de decisión judicial que implique cese de convivencia excluye el derecho hereditario entre cónyuges.[118]

11.4. Partición privada de bienes gananciales

El Código Civil no trató específicamente el tema. El nuevo Código incorpora una sección dentro del capítulo "Régimen de comunidad" en la que se deja plasmado que la partición puede ser solicitada en todo tiempo y la remite a las normas del derecho sucesorio aplicables a la división de la masa poscomunitaria.

La partición es el acto jurídico mediante el cual la porción ideal de gananciales de cada cónyuge se concreta en bienes determinados. Es un negocio jurídico que pone fin a la comunidad poscomunitaria –y en su caso hereditaria– mediante la distribución del activo líquido entre los cónyuges o excónyuges y, eventualmente, entre el cónyuge supérstite y los herederos del otro o solo entre coherederos, determinando el haber concreto de cada uno. Cualquiera de los cónyuges –y sus sucesores– puede pedir en todo momento la partición, excepto disposición legal en contrario (art. 496), o que un juez –a petición de un copartícipe– disponga su postergación total o parcial si su realización puede redundar en perjuicio del valor de los bienes indivisos (art. 2365).

Los bienes adjudicados entre cónyuges que acuerdan regirse en lo sucesivo por el estatuto de separación de bienes o entre excónyuges que concluyen con la indivisión de los bienes comunitarios, o al cónyuge supérstite, se juzgan extraños al otro cónyuge –eventualmente causante y herederos–, como si nunca hubiera tenido derechos sobre esas adjudicaciones y viceversa (art. 2403).[119] La división de bienes que integran la masa común no guarda formas sacramentales y puede hacerse por el acto que juzguen conveniente. El nuevo Código, luego de pregonar que se divide por partes iguales entre los cónyuges –sin consideración respecto del monto de los bienes propios ni de la contribución de cada uno a los gananciales–, concluye de manera rotunda que "si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado" (art. 498).[120]

117. Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. II, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1881, p. 543. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) concluyeron (comisión 7) que "resultan absolutamente irrelevantes las causas que llevaron a dicha separación de hecho. Esta causal […] es coherente con el régimen de divorcio incausado".

118. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) afirmaron que esta es una causal autónoma de exclusión, con la aclaración que debe tratarse de una resolución judicial firme, efectivizada y definitiva. Si se dictan medidas transitorias que implican el cese de la convivencia durante un tiempo, o son provisionales, o resuelven coyunturalmente un conflicto conyugal, no puede interpretarse que exista separación de hecho, que cause la extinción de la vocación hereditaria.

119. Cada cónyuge responde frente a sus acreedores por las deudas contraídas con anterioridad con sus bienes propios y la porción que se le adjudicó de los gananciales (art. 502 CCCN).

120. Cualquiera sea la naturaleza atribuible al conjunto de bienes y deudas resultantes de la disolución de la comunidad, rigen iguales procedimientos, formas y técnicas que en caso de herencia (arts. 500, 2369 y cc. CCCN). "Una vez disuelta la sociedad conyugal, si no existe convenio entre los cónyuges, la liquidación se regirá por las normas de liquidación y división de las herencias" (CNCiv., Sala A, 2/8/1984, "M., J. M. A. c/ R.,

La partición puede acordarse de manera privada, aunque debe instrumentarse por escritura pública cuando tuviese por objeto bienes inmuebles (art. 1017 inc. a), o judicial si no acuerdan realizarla privadamente (art. 2371). La división del patrimonio indiviso puede realizarse de manera perfecta en igualdad de bienes en especie para cada uno, con compensación de diferencias. Pero también es factible que ante la imposibilidad de la división igualitaria, resulte un beneficio para alguno, lo que no implica violación alguna cuando hubiese consenso. Una de las partes puede recibir una porción menor de la adjudicada al otro cónyuge –o sus herederos si proviene de un acuerdo de voluntades–.[121] Disuelto el vínculo nupcial –si subsiste, lo es bajo el régimen de separación de bienes–, los cónyuges recobran su autonomía para reglar las relaciones recíprocas, en un terreno que no permita sospechar que uno ejerce un dominio invencible sobre la voluntad del otro. El cónyuge supérstite tiene amplia libertad para acordar la partición del acervo poscomunitario con los herederos del fallecido –siempre que estos sean capaces–, sin perjuicio de la acción pauliana de cualquier tercero perjudicado.[122]

La jurisprudencia ha considerado que si la partición de bienes homologada judicialmente no está inscripta en el Registro de la Propiedad, es inoponible al acreedor de buena fe de uno de los cónyuges, aunque la deuda haya sido contraída por este con posterioridad a dicha homologación.[123] Este es el sentido conformado por el Código sancionado en 2014, en el que se dispone que la adquisición de derechos reales constituidos no es oponible a terceros interesados y de buena fe mientras no tenga publicidad suficiente (art. 1893). Nada impide que la partición se efectúe solo en cuanto a una parte del acervo (arts. 2367 y 2369); por ejemplo, que se adjudiquen algunos de los bienes que integran la masa indivisa o que se disponga la venta de ellos conservando otros bienes dentro de la masa poscomunitaria.

El legislador estableció mediante una presunción *iuris tantum* (art. 472 CCCN [similar al art. 1271 CCIV]) que pertenecen a los dos cónyuges por mitades indivisas cuando ninguno de ellos pueda justificar la propiedad exclusiva. La composición de la masa común queda fijada al día en que se disuelve la comunidad y, a partir de ese momento, deja de ser una universalidad abierta, susceptible de enriquecerse con nuevas adquisiciones. Se convierte así en una masa indivisa cerrada, en la cual pueden producirse acrecentamientos y sustituciones pero no aumentos por virtud de nuevas adquisiciones que no tengan su fuente en uno de los valores constitutivos de ese patrimonio.[124] A su vez, el pasivo se compone de las obligaciones nacidas durante la vigencia del régimen económico del matrimonio y no canceladas y por las nacidas durante la indivisión y con motivo de ella –originadas en la actuación conjunta de los dos copartícipes o dentro de los límites de la administración ejercida por uno de ellos con mandato, gestión de negocios o enriquecimiento incausado que obligue directamente a la masa común–.

E. M. A." [*La Ley*, t. 1985-B, p. 492]). En el mismo sentido, ver el despacho de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1979).

121. Ver, p. ej., partición del único bien que compone el patrimonio ganancial en D'Alessio, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 916.

122. CNCiv., Sala B, 30/12/1970, "Yacone, Rosa M., suc." (*La Ley*, t. 142, p. 416).

123. Cám. Civ. y Com. de Junín, 1/11/1979 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1980-II, p. 503).

124. Guaglianone, Aquiles H., ob. cit. (cfr. nota 5), t. 1, p. 218.

Formalizada la escritura partitiva del acervo poscomunitario o firme el auto que aprueba la partición judicial, corresponde que el título respectivo sea inscripto en el registro público pertinente, a fin de publicitar la nueva situación dominial.[125]

11.5. Inscripción registral de la partición

La partición del acervo indiviso es meramente declarativa y no traslativa de derechos. Así se expide el Código respecto de la partición hereditaria, a la que se remite, al juzgar que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela –y en los que se le atribuyen por licitación– y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos.[126] Solo si el cambio de régimen implica el paso de comunidad al de separación de bienes, provoca la extinción de la comunidad (art. 475 inc. e) y es necesaria la liquidación de los bienes, lo que conlleva la necesaria publicidad registral correspondiente a cada uno de los bienes que contenga.

Mientras no tenga publicidad suficiente la partición, no es oponible a terceros interesados y de buena fe. La disolución o cambio del régimen no publicitado no puede perjudicar los intereses de terceros que contratan con uno de los excónyuges motivado por la titularidad registral de un bien y menos aún si la relación obligacional es anterior al cambio de régimen económico del deudor.

12. Eficacia del acuerdo particionario conyugal previo al divorcio

Varios son los pilares jurídicos sobre los que corresponde posicionarse para adoptar una posición fundada. Espontáneamente, se afirma en la plataforma dispositiva la restricción genérica para contratar entre cónyuges bajo el régimen de comunidad (art. 1002 inc. d). Se prevé la exigencia de acompañar con la petición de divorcio un "convenio regulador" que contenga las cuestiones relativas a la distribución de los bienes y compensaciones económicas, entre otros varios aspectos (art. 438).[127] Si bien este convenio es meramente una propuesta que será evaluada por el juez, evidencia el protagonismo que les corresponde a los cónyuges, conocedores del acervo comunitario, autores de las negociaciones iniciales del acuerdo y principales interesados en la forma de distribuirlo.

En el otro margen jurídico, se incorpora la posibilidad de que los cónyuges celebren una capitulación matrimonial en la que elijan empezar a regirse por el estatuto de separación de bienes, lo que implica a su vez liquidar y adjudicarse los bienes comunitarios (art. 449). Esta innovadora alternativa no evidencia otra cosa que la capacidad y la facultad que poseen los cónyuges de celebrar un acuerdo liquidatorio de los bienes comunitarios para, en lo sucesivo, regirse por otro estatuto disciplinario.

125. Art. 10 DTR 11/2016 (de pcia. de Buenos Aires).

126. El XVI Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario, 2011) concluyó que son actos declarativos, entre otros, la partición de herencia y la cesación del estado de indivisión poscomunitaria del patrimonio matrimonial ganancial, producido por divorcio o separación personal.

127. A pesar de la imperatividad del "debe" del art. 438, la doctrina considera que debe leerse como "puede", y le da el verdadero sentido a la disposición y a la autonomía de la voluntad.

Consideramos que no se infringe el inciso d) del artículo 1002 CCCN si, constante el matrimonio y antes de la sentencia de divorcio o separación judicial de bienes, celebran un acuerdo particionario de los bienes gananciales, por escritura pública o por instrumento privado, aclarándose expresamente que esa convención queda sujeta a la posterior homologación judicial, para ser ejecutable un vez disuelto el matrimonio y sin perjuicio de los derechos de terceros.

El acuerdo es ineficaz hasta su homologación, salvo que decidiesen proseguir casados bajo el régimen de separación de bienes respetando el acuerdo partitivo precedente.[128] La esencia de dicha contratación es transmitirle a la autoridad judicial la voluntad liquidatoria de los cónyuges, reflejando el interés personal y familiar, y la conveniencia práctica de dividir y adjudicarse los bienes gananciales de la manera propuesta, condicionada a la homologación judicial. Una vez homologado el acuerdo, adquirirá plena eficacia. De nada serviría no admitir este acuerdo partitivo a ser incorporado al proceso jurisdiccional cuando paralelamente los cónyuges tienen la posibilidad de adoptar la vía exclusivamente notarial para la liquidación de los bienes matrimoniales.

13. Bibliografía

Alterini, Jorge H., [comentario al art. 459], en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015.

Basset, Úrsula, "Régimen patrimonial del matrimonio", en Laferriere, Jorge N. (comp.), *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 235-240.

Bello Janeiro, Domingo, "Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial", en *Revista Jurídica del Notariado*, Madrid, Consejo General del Notariado, Nº 7, 1993.

Belluscio, Augusto C., "Regímenes matrimoniales", en AA. VV., *Enciclopedia jurídica*, t. XXIV, Buenos Aires, Omeba, 1967.

Cantero Núñez, Federico J., "Uniones de hecho", en Delgado de Miguel, J. F. (coord.), *Instituciones de derecho privado*, t. 4, v. 1, Madrid, Civitas, 2001.

Casabé, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 (serie "Incidencias del Código Civil y Comercial", dirigida por Alberto J. Bueres).

D'Alessio, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2015.

Fassi, Santiago C., *Estudios de derecho de familia*, La Plata, Platense, 1962.

— *Regímenes matrimoniales*, t. 22.

Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo, *Régimen de bienes del matrimonio*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

Garrido de Palma, Víctor M., "La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial", en Delgado de Miguel, J. F. (coord.), *Instituciones de derecho privado*, t. 4, v. 1, Madrid, Civitas, 2001.

128. Elías P. Guastavino consideraba, durante la vigencia del CCIV, que el convenio privado sobre adjudicación de bienes comunitarios reviste, antes de la homologación, la fuerza de un acuerdo obligatorio asimilado a un contrato y no puede ser dejado de lado unilateralmente cuando el acuerdo se ha celebrado con posterioridad al pronunciamiento que lo declaró. ("Los procedimientos, formas y técnicas de partición de los gananciales luego del divorcio", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1985-II, p. 492). La CNCiv., en pleno (24/12/1982, "G. R. L. M. y M. E. L. s/ divorcio - art. 67 bis Ley 2393 - separación de bienes - convenios"), sentó doctrina –obligatoria en aquel entonces– al sostener que "los convenios de separación de bienes en los juicios de divorcio por presentación conjunta, formulados con anterioridad a la sentencia de declaración de divorcio y de disolución de la sociedad conyugal son válidos".

Giovannetti, Patricia y Roveda, Eduardo, "Pactos de convivencia", en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dirs.) y Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2015.

Goldschmidt, Werner, "Derecho internacional privado referente al régimen de bienes en el matrimonio", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 99.

Guaglianone, Aquiles H., *Régimen patrimonial del matrimonio*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1968.

— *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, Buenos Aires, Ediar, 1965.

Herrera, Marisa, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

— "El poder de contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad en el banquillo" [online], en Rubinzal on-line [portal web], RC-D 351/2014.

Kanefsck, Mariana y Medina, Graciela, "Autonomía de la voluntad y elección del régimen patrimonial matrimonial", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1999-III, p. 958 [ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. 0003/000113].

Kemelmajer de Carlucci, Aída R., *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016.

— "Las deudas de una persona casada cuando se producen modificaciones en el régimen patrimonial del matrimonio", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 12, 1996.

— "Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al Código Civil [Decreto 468/1992], en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1993-IV, p. 842 [ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. 0003/011997].

Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, "Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 17/3/2015 (t. 2015-B, p. 1134), AR/DOC/754/2015

Kiper, Claudio M., *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Lamber, Néstor D. en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

Lasarte Álvarez, Carlos, "La publicidad en el régimen económico del matrimonio", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, abril 1984

Magariños Blanco, Victorio, "Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por separación y derechos de los acreedores", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, Nº 548

Mazzinghi, Jorge A., "Convenciones matrimoniales. Régimen legal aplicable", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2004-D, p. 1300, AR/DOC/1510/2004.

— "Necesaria adecuación del régimen de bienes a la actual disciplina del matrimonio civil", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 902, 1989.

Mazzinghi, Jorge A. M., "Las convenciones matrimoniales", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 16/12/2015, p. 41, AR/DOC/4259/2015

Medina, Graciela, "El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 1/11/2012, AR/DOC/5230/2012.

Pérez Lasala, José L., *Liquidación de la sociedad conyugal por muerte y partición hereditaria*, Buenos Aires, Depalma, 1993.

Presa de la Cuesta, Alfonso, "Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Colegio de Registradores de España, Nº 564, 1984.

Rapallini, Liliana E., "Régimen internacional del patrimonio conyugal en el Código Civil argentino", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 951, 2005.

Roveda, Eduardo G., "El régimen patrimonial del matrimonio", en Rivera, Julio C. (dir.) y Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp. 349-369.

Sambrizzi, Eduardo A., "Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/11/2014 (t. 2014-F, p. 757, AR/DOC/3941/2014).

Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. II, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1881.

Solari, Néstor E., "La elección del régimen patrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial", en *Revista del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Nº 46, 2015.

Soto Bisquert, Antonio, "La publicidad del régimen matrimonial de bienes", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, t. 51, 1967.

Vallet de Goytisolo, Juan, "Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna" (conferencia en la inauguración del XXV Curso de Perfeccionamiento de la Abogacía, Secretaría de Práctica Jurídica).

Zavala, Gastón A., "Registración y publicidad del régimen patrimonial matrimonial" (ponencia presentada a las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Mar del Plata, 1995]).

Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2006.

— *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1993.

Se terminó de imprimir en abril de 2017
en Trinanes Gráfica,
Charlone 971, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires, Argentina

Adriana N. Abella

María T. Acquarone

María V. Bagattini

Sylvia V. Belatti

Pablo E. Bressan

Ezequiel Cabuli

José C. Carminio Castagno

Eleonora R. Casabé

Ángel F. Cerávolo

Horacio Colman Lerner

Adrián C. Comas

María M. Córdoba

Eduardo M. Cursack

Juan Carlos Dallaglio

César L. Del Zoppo

Natalia A. Echecury

Natalio P. Etchegaray

Oscar J. García Rúa

Liliana I. Gatti

Marianela R. Graizzaro

María C. Herrero de Pratesi

María L. Lembo

Martha Linares

José M. R. Orelle

Néstor O. Pérez Lozano

Martín Rachid

Romina A. Rajmil

María L. Rey

Pedro F. Sáenz

Osvaldo Solari Costa

Mario G. Szmuch

Horacio Teitelbaum

Alicia M. Trezza

Karen M. Weiss

Gastón A. Zavala

COLEGIO DE ESCRIBANOS de la CIUDAD de BUENOS AIRES