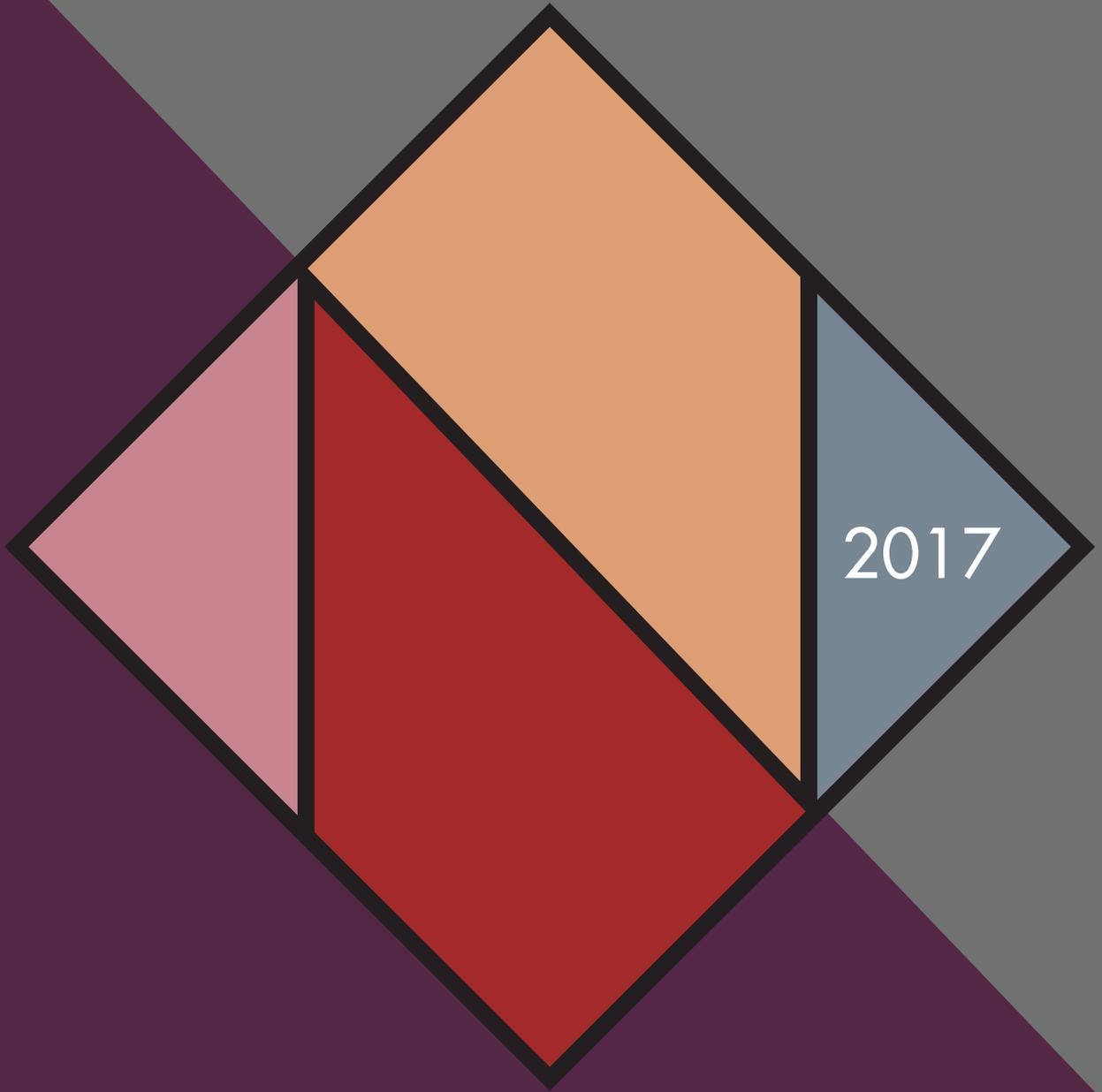


ANUARIO REVISTA DEL NOTARIADO



2017

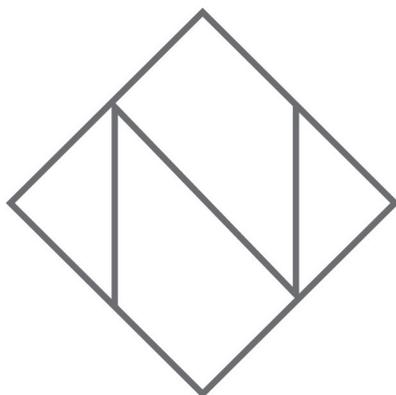
2017

ANUARIO
REVISTA DEL
NOTARIADO

Director: Diego M. Martí

2017

Nº 4



ANUARIO
DE LA REVISTA DEL
NOTARIADO

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

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: Diego Maximiliano Martí

Comité editorial: Maritel Mariela Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Alfonso Gutiérrez Zaldívar, Martín Jaime Giralt Font, María Marta Luisa Herrera, Alberto María Miguens, Mariana Claudia Massone, Pilar María Rodríguez Acquarone

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Corrección y edición: Juan Pablo Álvarez y Agustín Rodríguez

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 1^{er} piso

Buenos Aires - República Argentina

+ 54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

<http://www.revista-notariado.org.ar>

<http://www.colegio-escribanos.org.ar>

Nº de Registro DNDA: en trámite

ISSN: 2451-537X

Diseño de tapa: Florencia Cardoso

Diseño de interior: Liliana Chouza

Todos los derechos reservados.

Consejo Directivo

Ejercicio 2017-2019

Presidente **Claudio Alejandro Gustavo Caputo**

Vicepresidente **Mariana Claudia Massone**

Secretario **Antonio Joaquín Cinque**

Secretaria **María Magdalena Tato**

Prosecretario **Diego Alberto Paz Vela**

Prosecretaria **María Alejandra Astuena**

Tesorero **Carlos Eduardo Medina**

Protesorero **Ramiro Javier Gutiérrez De Lio**

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

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

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

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

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

Presentación | 11

Editorial de la *Revista del Notariado* N° 927, por *Álvaro Gutiérrez Zaldívar* | 13

Editorial de la *Revista del Notariado* N° 928, por *Diego M. Martí* | 15

Artículos del Anuario 2017

“Conjuntos inmobiliarios preexistentes a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación”, por *Liliana Abreut de Begher* | 19

“Polígono en posesión. Legislación actual y reflexiones sobre su forma de registración y saneamiento”, por *Giselle D. S. Amor Aiello* | 31

“El consorcio de propietarios como persona jurídica. Su capacidad para adquirir bienes”, por *Pablo R. Barreiro* | 43

“Análisis del artículo 304 del Código Civil y Comercial de la Nación. Otorgantes con discapacidad auditiva”, por *Claudio A. Blanco* | 67

“El contrato de cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado de una herencia en el Código Civil y Comercial”, por *Anahí Carrascosa de Granata* | 81

“Acerca de la interpretación del artículo 247 del Código Civil y Comercial”, por *José C. Carminio Castagno* | 117

“Oferta de donación conjunta o solidaria. Una solución jurídica, práctica y eficaz para las ofertas de donación (art. 1547 del Código Civil y Comercial)”, por *Natalio P. Etchegaray* | 123

“La escritura pública en el nuevo Código Civil y Comercial. Requisitos y subsanaciones”, por *María Victoria Gonzalía* | 131

“Una propuesta interpretativa del justo título y la buena fe del adquirente de inmuebles”, por *Francisco Hotz* | 169

“Naturaleza del plazo para sanear una donación”, por *Claudio M. Kiper* | 181

“En torno a la unipersonalidad y las sociedades no constituidas según los tipos previstos y otros supuestos. Panorama actual”, por *Franco Di Castelnuovo* y *Elda Fernández Cossini* | 195

“El título de adjudicación de inmueble por partición privada de la indivisión hereditaria y poscomunitaria”, por *Néstor D. Lamber* | 239

“Aspectos formales de la escritura pública en el Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis en relación a la Ley Notarial”, por *María Mercedes Linari* y *Nadia Soledad Parra* | 267

- “La SAS. Efectos de la muerte de un socio durante el plazo de prohibición para transferir acciones”, por *Gastón A. Mirkin, Pilar M. Rodríguez Acquarone y Diego M. Umaschi* | **277**
- “Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, por *Pedro F. Sáenz y Martín Rachid* | **303**
- “La persona humana. El estatuto personal en el derecho internacional privado argentino”, por *Luciana B. Scotti* | **331**
- “Conjuntos inmobiliarios y la polémica adecuación. La espada de Damocles”, por *Horacio Teitelbaum* | **355**
- “Efectos de la ley en relación al tiempo. Temas de interés notarial”, por *Marcelo E. Urbaneja* | **369**
- “Temporalidad de la ley. Incidencia en las situaciones jurídicas en curso”, por *Gastón A. Zavala* | **387**

Presentación

Este *Anuario* compila los artículos de doctrina publicados en los números 927, 928, 929 y 930, correspondientes al año 2017. 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 y los antecedentes profesionales de cada uno de los autores de este *Anuario* están disponibles en www.revista-notariado.org.ar.

En la edición de este *Anuario* incorporamos de manera especial el editorial del número 927, por ser el último escrito por el escribano Álvaro Gutiérrez Zaldívar como director de la *Revista*, y unos fragmentos del editorial del número 928, el primero bajo la dirección del escribano Diego M. Martí.

Asimismo, y con motivo de haberse producido en el mes de septiembre del año 2017 una nueva elección de autoridades del Colegio, se consignan en las páginas preliminares de este *Anuario* las conformaciones de ambos consejos directivos, el saliente, correspondiente al período 2015-2017, y el que resultó electo para el período 2017-2019.

Editorial de la *Revista del Notariado* N° 927

Este es el último número que se publicará bajo mi dirección. He presentado mi renuncia a este honroso cargo y agradezco a todos los Consejos Directivos por la inestimable ayuda que he recibido durante estos casi dieciséis años de labor al frente de la *Revista del Notariado*. Mi agradecimiento se dirige también al secretario de redacción de la *Revista*, a la jefa del Departamento de Comunicaciones del Colegio y a todos los que trabajan en esa oficina, por el apoyo que he recibido. También quiero recordar y agradecer a la señora Liliana Luppi, que trabajó varios años con nosotros como secretaria de redacción. Por otra parte, quiero destacar y valorar la colaboración prestada por quienes me enviaron artículos para publicar y, sobre todo, a aquellos que produjeron contenidos que les pedí especialmente sobre temas determinados.

Luego de estar poco más de cincuenta años vinculado a nuestra profesión, he sido testigo, partícipe y también impulsor de los cambios que hemos vivido. Estuve relacionado con el trabajo de las escribanías desde el año 1966. Fui adscripto al registro notarial N° 164 de la Capital Federal y luego estuve a cargo del N° 374, ganado por concurso. En esos años, el número de registros era limitado –entre quinientos y seiscientos– y solo salían a concurso ante la renuncia o muerte del titular. Esta realidad nos exigía presentarnos a un examen oral y escrito, tener antecedentes para ejercer la función y saber que solo accederían al registro aquellos que obtuvieran las notas más altas entre todos los concursantes. Éramos muchos los que nos presentábamos y muy pocos los registros que salían a concurso –generalmente tres o cuatro–.

Quiero dejar constancia de que, durante toda mi carrera como escribano, siempre recibí el apoyo del Colegio de Escribanos y sus consejos directivos. No tengo más que agradecimiento hacia ellos. Encontré en el Colegio nuevos amigos, muchos de los cuales aún conservo.

Hoy el Colegio es más fuerte y más efectivo de lo que nunca fue. Los sistemas de capacitación permanente, la necesidad de saber cada vez más y la de actuar con responsabilidad impulsaron una elevación del nivel profesional que cuando empezamos a trabajar no podíamos ni imaginar. Por lo que cosechamos, generamos y somos hoy como colegio y como escribanos, no me asalta el deseo de “volver hacia atrás”. Esto no es posible, ni válido, ni interesante. Solo debemos intentar seguir demostrando con nuestra actitud que es válida la confianza que la gente deposita en nosotros y capacitarnos todo lo posible en nuestro desempeño.

Algunos miran con nostalgia al notariado de hace cincuenta años, pero en ese tiempo no teníamos muchas de las ventajas operativas que tenemos hoy. La memoria elimina los malos recuerdos y magnifica los buenos, haciéndonos soñar con un pasado que, por circunstancias técnicas, carbónicos, calculadoras, fotocopias, computadoras, era peor de lo que vivimos ahora

Todas las profesiones son distintas, por lo que no sirve plantear reglas comunes para situaciones diferentes. Como sucede en distintos deportes, donde no se pueden determinar reglas uniformes en todos los casos. El trabajo tiene una enorme influencia sobre la persona que lo realiza, confiere –a veces sin que se note– valores que llevan a tomar determinadas precauciones y medidas o no tomarlas. Aunque parezca raro, es tanto el tiempo de nuestra vida que pasamos en el trabajo, que este nos va

formando de una manera inexorable. Quienes trabajan en el campo tienen determinadas características. Los bailarines, los vendedores de autos usados, los que venden seguros, los boxeadores y los sacerdotes, otras. Esto resalta en una profesión como la nuestra, en la que uno no actúa poniéndose del lado de una de las partes, ya que debemos proteger a todos los contratantes.

En general, mis compañeros Escribanos tienen muy buenas características; muchas de ellas generadas por la profesión y su ejercicio. Incluiría entre ellas la cautela, la permanente camaradería y colaboración con los colegas, la responsabilidad, la prolijidad, la perseverancia, la comprensión, la voluntad de estudio, el apego al orden y a la ley. Sobresale la excelente relación entre los escribanos, notables en la vida diaria, y en los congresos de cualquier tipo que sean.

En general, nuestros Colegas tienen un sentido histórico de la vida, no ven lo que hacen como algo que empieza y termina con ellos, sino como algo que tenemos todo el tiempo que mejorar porque continúa. El Colegio no termina con nuestra desaparición física. El año pasado cumplió ciento cincuenta años. Para América es mucho tiempo. Este sentido histórico se transmite y la responsabilidad que se tiene nos evita muchos errores y la desesperanza del “sálvese quien pueda”.

Sin los escribanos, el Colegio sería solo un edificio con archivos y muebles. El Colegio somos nosotros y toda la gente vinculada, incluidos los que ya no están y siguen en nuestra memoria. En la *Divina comedia* se destinaba un lugar en el infierno para los indiferentes. No hay que olvidar que nuestra existencia es una necesidad misma de la sociedad organizada, de la vida en común. No es una institución artificial ni fruto del azar, tampoco responde a una situación transitoria dada por circunstancias temporales.

Este año la *Revista del Notariado* cumplirá ciento veinte años de vida. Deseo la mejor de las suertes al nuevo director, Diego Martí, que viene ayudándonos desde que formó parte del Comité Editorial.

Con este último editorial, me despido de todos ustedes como director de la *Revista*.

Con todo afecto,

ÁLVARO GUTIÉRREZ ZALDÍVAR

Editorial de la *Revista del Notariado* N° 928

Estimados lectores:

A partir de este número, tengo el elevado honor de dirigir la *Revista del Notariado* y continuar con una tarea que lleva más de un siglo y que, desde el año 1935, ha sido cumplida por diecisiete escribanos (antes, esa responsabilidad recaía sobre comisiones). Mi antecesor, el escribano Álvaro Gutiérrez Zaldívar, luego de casi dieciséis años en el cargo, cerró su último editorial deseándome la mejor de las suertes en esta empresa. Yo quiero agradecerle, por un lado, como lector de esta publicación, por el nivel del material que nos ha puesto a disposición durante su gestión, y, por otro, ya desde mi rol como nuevo director, por haber dejado una publicación de jerarquía, reconocida y valorada, con un equipo de trabajo de primer nivel. La vara es alta, de modo que la tarea que asumo implicará un enorme desafío.

Deseo destacar que de la gestión de Álvaro quedan reconocimientos, que aún no merezco pero que espero mantener, de parte de autores de artículos ya publicados por el modo en que el paso por la *Revista* eleva la calidad de los trabajos desde la edición y en lo que hace a las herramientas digitales aplicadas. Pero hay algo más, que no puedo soslayar, y es la calidad humana de Álvaro, quien me ha acompañado en la transición, poniéndose a disposición y atendiendo mis inquietudes cada vez que lo requerí. Sé que su generosidad no acaba aquí y que seguiremos contando con su colaboración.

Tomando sus palabras en “Acerca de la Revista”, Gutiérrez Zaldívar aclara que se trata de la segunda revista jurídica más antigua de nuestro país que aún se edita, que ha contado con el trabajo mancomunado de los Consejos Directivos del Colegio de Escribanos y con la colaboración de sus distintas áreas, de la Biblioteca y de las Comisiones, y que ha vivido diversos cambios, muy positivos, los que en modo alguno invalidan lo que se hacía antes de cada uno. Conuerdo plenamente con él: “Los cambios son eslabones que constituyen una cadena que se extiende y mejora, una adaptación a los tiempos sin pérdida de valores”. Los cambios no siempre se dan para marcar una diferencia con lo anterior, sino para adecuarse a lo de hoy y a lo que viene, con el propósito único de mejorar.

La *Revista* es un ámbito plural y lo seguirá siendo. Pluralidad, honestidad intelectual y credibilidad se encuentran entre sus principios rectores, tal como sucede en el ejercicio diario de nuestra profesión. Se encuentra abierta a todos los que tengan algo que decir vinculado con los aspectos académicos y/o prácticos de nuestra profesión y lo hagan con una jerarquía y un estilo acordes a la publicación. Esto me consta no solo como lector, sino también porque he participado del trabajo de la *Revista* en los últimos años, desde su Comité Editorial, que hoy integran Maritel Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Martín Giral Font, Alfonso Gutiérrez Zaldívar, María Marta Herrera, Mariana Massone, Alberto Miguens y Pilar Rodríguez Acquarone.

El trabajo del Comité de Referato consiste, entre otras actividades, en la evaluación anónima de los artículos presentados para su publicación, a fin de garantizar su calidad. El anonimato rige tanto para el autor como para el árbitro, ya que este desconoce la autoría del texto que evalúa. En el proceso de referato o arbitraje de cada artículo, se analiza si cumple el objetivo propuesto, la contribución al campo de estu-

dio, la metodología aplicada, el estilo, el manejo de la terminología, la creatividad, el derecho de propiedad intelectual, los aspectos formales de organización interna del texto y la relación de citas y referencias bibliográficas, entre otras cosas.

Capacitarnos y salir de la zona de confort

La capacitación es, sin lugar a dudas, uno de los pilares de nuestra profesión. Nuestro perfeccionamiento redundará en beneficio de la comunidad, que necesita de nuestra función fedante y de la seguridad jurídica preventiva de litigios que le proporcionamos y de la que somos custodios. La colaboración de la *Revista* en la formación profesional debe ser permanente, para enriquecernos con el aporte y el intercambio, para jerarquizar nuestro trabajo y nuestra función. Y más aún ahora, época en que nos toca vivir un profundo cambio legislativo, del que como profesionales del derecho somos parte, y del que, como primeros intérpretes de la ley, nos hacemos cargo. Este fuerte vínculo entre la *Revista* y nuestra capacitación permanente se evidencia, por ejemplo, en las estadísticas de uso de su web, que muestran que una parte importante de los accesos diarios a la misma se origina en el campus virtual del Colegio y en el micrositio del Código Civil y Comercial.

El derecho de por sí es dinámico, pero evidentemente está en un momento de plena ebullición. Tenemos colegas que se han iniciado en el ejercicio de la función notarial con el Código Civil en su letra anterior a la reforma del año 1968, que han atravesado también la mayor parte de su vida profesional con el Código reformado por la Ley 17711, y que continuaron haciéndolo con el Código Civil y Comercial, que lleva ya dos años de aplicación y ha sido a su vez objeto de reforma en dos oportunidades: por la Ley 27271, que ha modificado los artículos 2189, respecto de la especialidad en cuanto al crédito, y 2210, en cuanto a los efectos registrales de la anotación de la hipoteca, y por la Ley 27363, mediante la incorporación del artículo 700 bis y la modificación del 702, ambos relativos a la responsabilidad parental.

Estos cambios legislativos deben ser acompañados por el notariado, el que muchas veces, incluso, es el generador de los mismos. Y la doctrina que se produce en nuestro ámbito debe ser dada a conocer a la mayor cantidad de operadores del derecho que nos sea posible. Lógicamente, la jurisprudencia apenas se ha manifestado en estos dos años; no ha habido tiempo suficiente. Y siendo, como decíamos, uno de los primeros intérpretes de la ley, es necesario hacer llegar nuestra postura y nuestra opinión no solo a los colegas o demás actores involucrados en el quehacer notarial cotidiano, sino, y muy especialmente, a la Justicia, que será la encargada de expedirse respecto de lo que hayamos hecho, y a los más elevados ámbitos académicos. En este contexto, la *Revista* ha buscado voces provenientes de otros sectores de la comunidad jurídica, más allá del notariado.

El uso de la información

Ahora bien, lo que se maneja en la *Revista* es mucho más que información, cuyo valor se vuelve realmente relevante al compartirse. Es para todos muy importante estar capacitados, y lo es tanto o más que también lo estén nuestros colegas, aquellos con quienes interactuamos, todo el cuerpo notarial.

La información es una herramienta que brinda poder, por supuesto, ya que facilita la toma de decisiones, lo que nos vuelve más eficientes. Lograr soluciones nos ayuda a forjar un entorno mejor, sea que lo veamos desde el punto de vista de la comunidad notarial, como del de la comunidad vinculada.

Contar con la respuesta es un elemento a favor, pero es vital para llegar a ella contar con la pregunta adecuada: dónde reside la necesidad para saber qué información buscar, de dónde obtenerla y cómo utilizarla. La tecnología hace que hoy parezca más sencillo obtener información –y en cantidad–, pero no lo es tanto poder aplicarla. Para ello, es necesario saber cómo utilizarla. Allí reside el verdadero “poder” que podemos obtener de esta herramienta. Desde la revista nos proponemos que esté al alcance aquella que resulte relevante, fundada, clara, completa, plural, privilegiada. Que en definitiva sea el vehículo para obtener la respuesta que cada uno esté buscando.

Una reflexión

Hace poco escuchaba a un querido colega contar una anécdota, de esas que no importa si son verídicas o folclóricas porque encierran un mensaje, que quiero compartir aquí. Decía el colega que al ver a un amigo mirando por una ventana le preguntó “¿Qué hacés?”, a lo que le respondió “acá estoy, mirando y esperando ver a quien pude haber sido de no ser lo que soy”. La respuesta le hizo pensar y también mirar por ahí para intentar encontrar a quien él podría haber sido... pero eso no sucedió, no se le ocurrió nada, ninguna alternativa; ni siquiera supo por dónde comenzar a mirar. Se sentía plenamente satisfecho de ser notario. Creo que es un común denominador en la inmensa mayoría de nosotros: sentirnos orgullosos de ser escribanos. Intentaremos honrar ese orgullo desde aquí, desde cada página de esta *Revista*, que hacemos entre todos.

DIEGO M. MARTÍ

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

Liliana Abreut de Begher

RdN 929

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación

8/8/2017 - 27/9/2017

- I -

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

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

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

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

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

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

– II –

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

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

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

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

– III –

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

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

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

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

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

La doctrina ya se ha expedido, alegando que la conversión del sistema legal adoptado por el conjunto inmobiliario constituido previamente a la sanción del CCCN por el régimen de la propiedad horizontal especial afecta derechos adqui-

2. Ver los fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la comisión integrada por los doctores Lorenzetti, Highton y Kemelmajer, sección “Constitucionalización del derecho privado”. [N. del E.: consultar en <https://goo.gl/bqr4us>, p. 4].

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

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

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

– IV –

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

La primera que observamos es que obsta el nacimiento del derecho real de conjunto inmobiliario, por lo que indefectiblemente subsistirá el régimen anterior bajo el cual el emprendimiento fue sometido. No obstante, si un conjunto preexistente estaba configurado como propiedad horizontal de acuerdo a la Ley 13512

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

las respectivas titulaciones del derecho en atención al nuevo régimen previsto para los conjuntos inmobiliarios como derecho real.⁸

– V –

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

... estableció que todo conjunto inmobiliario deberá constituirse al amparo del régimen de propiedad horizontal especial [...] De ello se deriva entonces que, en tanto el emprendimiento urbanístico no se constituya bajo las disposiciones que regulan el derecho real denominado «conjunto inmobiliario», no podrá invocar para sí las prerrogativas que se derivan de ese tipo [...] el último párrafo del art. 2075 dispone el deber de adecuación a las previsiones normativas que regula «ese» derecho real –el del conjunto inmobiliario– que [...] dispone el sometimiento a la normativa del derecho real de propiedad horizontal.

Es verdad que no se ha previsto allí cuál sería la sanción o consecuencia que habría de derivarse de la no adecuación al régimen, omisión que también ha sido destacada por algunos autores [...] No obstante, parece razonable que la consecuencia habrá de ser la de obstar al nacimiento del derecho real de que se trata, manteniéndose subsistente el régimen anterior al que el emprendimiento fue sometido [...] Pretender el automático reconocimiento de la existencia de un derecho real sobre un complejo que no se ha adecuado a su tipología importaría tanto como soslayar las reglas de estructura (que son de orden público) que rigen la materia...⁹

Se mantiene la línea marcada por el fallo plenario “Barrio cerrado Los Pilares SA”, por el cual se fijó la doctrina de que “no corresponde otorgarle fuerza ejecutiva al certificado de deuda por expensas emitido por un club de campo o barrio cerrado”, en este caso constituido como sociedad anónima con anterioridad a la reforma del código de fondo.¹⁰ En tal sentido, no le otorga validez a la creación de títulos ejecutivos convencionales, en función de cláusulas insertas en los reglamentos internos de urbanizaciones organizadas como sociedades (Decretos provinciales 9404/1986 y 27/1998, o con anterioridad al dictado de ellos). En esa ocasión, también de acuer-

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

9. CNCom., Sala C, 13/10/2016, “Altos de los Polvorines SA c/ Castaño, Mariana s/ ejecutivo” (*elDial.com*, AA9A2E; *La Ley*, 28/12/2016, t. 2017-A, p. 132, y 22/3/2017, t. 2017-B, p. 143; *Revista Código Civil y Comercial*, marzo 2017, p. 222). [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/EoUQ8j>].

10. CNCom., en pleno, 4/5/2015, “Barrio Cerrado Los Pilares c/ Álvarez, Vicente Juan Alfonso s/ ejecutivo” (*Revista Código Civil y Comercial*, noviembre 2015, p. 161, con nota de Américo A. Cornejo [cita online: AR/JUR/34705/2015]). [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/XUb22x>].

do al voto impersonal de la mayoría, se dejó en claro su diferencia con aquellos emprendimientos constituidos bajo la Ley 13512, en cuyo caso no existiría conflicto en orden a la procedencia de la vía ejecutiva para el cobro de las expensas adeudadas, conforme lo prevé el artículo 524 CPCCN.¹¹ En la ampliación de fundamentos, el doctor Kölliker Frers expresó que

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

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

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

Esta postura mercantil encuentra su opuesto en la jurisprudencia del fuero civil, donde los pactos de ejecutividad en reglamentos internos de emprendimientos urbanísticos constituidos como sociedades o asociaciones, o por geodesia, fueron aceptados como una forma de dar respuesta rápida y solución a un problema que ataca las raíces del sistema, por resultar prioritario el cobro ágil y eficiente de las expensas comunes. A través de una interpretación pragmática y finalista del nuevo ordenamiento, se afirmó que el nuevo régimen legal de los conjuntos inmobiliarios resulta operativo por sí mismo, sin acto formal de adecuación y desde que entró en vigencia el nuevo régimen.¹⁴ Así, con posterioridad al 1 de agosto de 2015, la Sala A de la Cámara Civil confirmó una sentencia ejecutiva donde se condenaba al pago de las expensas comunes en un club de campo constituido bajo la forma de una sociedad

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

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

13. CNCom., Sala E, 25/11/2015, "Club El Carmen SA c/ Bambara, Carlos Alberto s/ ejecutivo". [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/BZvujM>].

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

anónima, por cuanto la vía ejecutiva había sido establecida en el reglamento interno; y marcó que el artículo 2075 dispone que los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal, y que dicho precepto establece que los conjuntos inmobiliarios preexistentes se deben adecuar a las previsiones de ese derecho real, sin perjuicio de lo cual entiende que le resulta aplicable el artículo 524 CPCCN.¹⁵

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

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

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

Respecto de los casos en los cuales se plantearon conflictos de competencia entre el fuero civil y el comercial sobre los conjuntos inmobiliarios preexistentes al CCCN y constituidos como sociedades anónimas o asociaciones, cuando el tribunal de origen era civil, se mantuvo su competencia por el Tribunal de Superintendencia de la alzada. En tales precedentes se hizo referencia al artículo 2075 CCCN y a que la

15. CNCiv., Sala A, 28/8/2015, "Lagunas del Polo Barrio Cerrado SA c/ G. L. G. s/ ejecución de expensas" (*La Ley*, 1/12/2015, t. 2015-F, p. 391; *Doctrina Judicial*, 9/3/2016; *Revista Código Civil y Comercial*, diciembre 2015, p. 192; cita online: AR/JUR/35901/2015; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2015-IV, p. 412). [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/97YArU>].

16. CNCiv., Sala G, 3/4/2017, "C. D. C. H. D. S. II SA c/ A., S. C. y otro s/ ejecución de expensas". [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/qri3y2>].

17. CNCiv., Sala B, 7/4/2016, "Consorcio Club de Campo La Martona SA c/ Corrientes SA s/ ejecución de expensas". [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/aTQJU2>].

18. CCiv. Com. Minas Paz y Trib. de Mendoza, Sala III, 12/5/2015, "Consorcio de propietarios Vistalba Country c/ Troglia, Gabriela Herminia s/ ejecución de expensas". [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/qth1XN>].

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

- VI -

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

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

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

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

20. CSJN, 23/10/2007, “Club de Campo Haras del Sur SA c/ Simone, Pablo s/ ejecutivo” (*elDial.com*, AA427D; *La Ley*, 15/11/2007 y 29/11/2007, t. 2007-F, p. 684; *Doctrina Judicial*, t. 2007-III, p. 1118; cita online: AR/JUR/6658/2007). [N. del E.: ver fallo y dictamen de la procuradora fiscal subrogante en <https://goo.gl/iBFz2Y>].

- VII -

Bibliografía

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

Polígono en posesión

Legislación actual y reflexiones sobre su forma de registración y saneamiento*

Giselle D. S. Amor Aiello

RdN 929

RESUMEN

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

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación

5/10/2017 - 16/10/2017

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

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

1. Introducción

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

2. Ley Nacional de Catastro Territorial 26209

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

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

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

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

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

3.1. Determinación del objeto

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

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

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

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

4. Parcela. Definición, alcances y naturaleza jurídica

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

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

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

A los fines registrales que le competen a las entidades catastrales, la parcela es la unidad esencial que será objeto de la representación cartográfica.

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

5. Inscripción ante los registros de la propiedad inmueble

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

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

Calificación registral

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

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

6. Concepto de excedente

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

7. Sistemas de normalización jurídica de los polígonos en posesión

Partiendo de la base de que dichos polígonos deben ser sometidos a normalización jurídica de carácter administrativo, para lograr la adquisición por parte del interesado que ejerce su posesión y obtener así el derecho real de propiedad sobre la ex-

cedencia identificada estudiaremos los sistemas de normalización que las demarcaciones de Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictaron al efecto.

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

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

7.1. Normativa vigente en la provincia de Buenos Aires

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

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

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

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

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

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

Los requisitos impuestos para la normalización dominial son los siguientes:

- a) Plano de mensura debidamente registrado del cual resulte el excedente.
- b) Declaración jurada del interesado de que se encuentra en posesión del excedente.
- c) Edictos publicados por tres (3) días en un diario de los de mayor circulación en el lugar donde se ubique el excedente y con una anticipación del último de ellos de quince (15) días corridos a la fecha de la presentación. En los edictos se consignará el excedente a adquirir, mencionando sus datos catastrales y de ubi-

cación como el nombre y domicilio profesional del escribano propuesto para la escrituración y ante el cual se podrán formular oposiciones.

d) Vencimiento del plazo fijado en el inciso anterior sin formularse oposiciones.

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

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

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

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

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

7.2. Normativa vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

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

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

TÍTULO IV

El catastro jurídico

Artículo 15: El cotejo entre las situaciones de hecho surgidas como resultado de la ejecución del catastro físico y las de derecho originadas en las constancias del catastro jurídico, servirán para establecer las diferencias existentes, tanto en la correcta localización de los inmuebles, como en las medidas lineales y de superficie correspondientes y para obtener con ello el paulatino saneamiento de los títulos de propiedad.

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

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

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

Artículo 17: Se reconoce a favor del propietario el derecho de ubicar el excedente, siempre que sea sobre un costado del terreno y en superficie continua.

En caso que el propietario no ejerciere su derecho, la ubicación del excedente se efectuará por la Dirección Nacional del Catastro.

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

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

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

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

XII – De los excedentes

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

Artículo 72: Cuando se trate de excedentes que resulten del levantamiento parcelario, el procedimiento a seguir para el cumplimiento de lo expuesto en los artículos 16 a 19 de la Ley N° 14159 será el que prescriba la legislación vigente al ejecutarse aquel.

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

Artículo 75: El propietario del terreno donde se halle el excedente podrá ejercer su preferente derecho de adquirirlo dentro del plazo de veinte (20) días, con-

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

tados desde la fecha en que se le notifique el precio fijado por el Tribunal de Tasaciones.

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

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

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

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

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

Cabe destacar, finalmente, lo establecido por la Disposición Técnico Registral 1/1981 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, titulada “Planos de mensura con demasías o excesos”³, que a continuación se transcribe (con el resalta-do en negritas propio de quien suscribe el trabajo, a los efectos de enfatizar la coinci-dencia de lo allí normado con el objeto del estudio aquí abordado):

VISTAS:

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

3. Gracias a la intervención del colega Carlos E. Arroyo, pudimos mantener una entrevista con el subgerente operativo de Catastro de la Subsecretaría de Planeamiento del Ministerio de Desarrollo Urbano y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Carlos Alberto Lucci, quien fue consultado sobre las características de la registración de las excedencias en la práctica diaria y la interrelación existente entre la Dirección de Catastro Territorial de la Ciudad y el Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal. Lucci tuvo la amabilidad de explicar cómo se plasma en planos lo prescripto en el artículo 17 de la Ley 14159, y mencionó la posibilidad de que el agrimensor, al momento de advertir la excedencia, opte por identificar en el plano el lugar de su ubicación. De esta manera, se denomina a esa excedencia “polígono ubicado” (p. ej., planos donde se ubican las excedencias identificando así dicho polígono). Asimismo, hizo énfasis en que también surgen las excedencias de la lectura de los balances de superficie de dichos planos. Esta situación facilita enormemente la labor notarial a la hora de cumplimentar la determinación del inmueble e identificar no solo la parcela según título y según plano de mensura sino también todas las medidas, ángulos, linderos y superficies del polígono ubicado que surge del plano, con el objeto de individualizar su registración. En la escritura deberá señalarse que con relación al polígono ubicado no se reconoce título y dejar bien delimitada la parcela por la cual se transmite, modifica, extingue el derecho real que sea objeto del acto escriturario. Lo antes mencionado está debidamente reglamentado por la Disposición Técnico Registral 1/1981 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal.

CONSIDERANDO:

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

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

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

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

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

Que procede, en consecuencia, el dictado de la medida pertinente para lo cual se cuenta con la opinión favorable del Colegio de Escribanos de esta Capital, de acuerdo con lo establecido por el artículo 6º, inciso a), del convenio vigente para la aplicación de la Ley 17050.

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

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

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

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

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

8. Conclusión y reflexiones finales

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

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

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

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

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

9. Bibliografía

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

El consorcio de propietarios como persona jurídica

Su capacidad para adquirir bienes

Pablo R. Barreiro

RdN 930

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación

2/8/2017 - 1/1/2018

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

1. Derecho real de propiedad horizontal

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

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

1.1. Concepto

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

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

1.2. Naturaleza jurídica

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

1.3. Constitución

El artículo 2038 CCCN la regula de la siguiente manera:

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

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

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

Como señala Highton,

Lo que jurídicamente era una sola cosa, se sustituye por dos o más, susceptibles de convertirse en propiedades separadas pertenecientes a distintos titulares. Mientras una sola persona sea propietaria de todo el inmueble, o lo sean varias en condominio sin haberse procedido a la adjudicación de las distintas unida-

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

des, no existirá aún derecho real de propiedad horizontal a favor de ninguna de ellas.²

En el mismo sentido Kiper señala,

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

1.4. Objeto

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

1.5. La unidad funcional

Dice el artículo 2039 CCCN:

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

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

Características:

- 1) Independencia funcional: vale decir, que cada unidad sea autónoma y se baste a sí misma para satisfacer el fin al cual va a ser destinada.
- 2) Comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común (pasillo, escaleras, etc.).

La propiedad de la UF comprende:

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

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

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

1.6. Cosas y partes comunes

Dice el artículo 2040 CCCN:

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

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

Caracteres

Dice el artículo 2045 CCCN:

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

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

1.6.1. Caso especial de las cocheras

Pueden ser:

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

1.6.2. Clasificación de las cosas y partes comunes

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

El artículo 2041 CCCN establece que

Son cosas y partes necesariamente comunes: a) el terreno; b) los pasillos, vías o elementos que comunican unidades entre sí y a estas con el exterior; c) los techos, azoteas, terrazas y patios solares; d) los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispen-

sables para mantener la seguridad; e) los locales e instalaciones de los servicios centrales; f) las cañerías que conducen fluidos o energía en toda su extensión, y los cableados, hasta su ingreso en la unidad funcional; g) la vivienda para alojamiento del encargado; h) los ascensores, montacargas y escaleras mecánicas; i) los muros exteriores y los divisorios de unidades entre sí y con cosas y partes comunes; j) las instalaciones necesarias para el acceso y circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, externas a la unidad funcional, y las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros; k) todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común; l) los locales destinados a sanitarios o vestuario del personal que trabaja para el consorcio.

Esta enumeración tiene carácter enunciativo.

1.6.2.1. Los balcones

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

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

El artículo 2042 CCCN establece que

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

1.7. Cosas y partes propias

El artículo 2043 CCCN establece que:

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

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

2. El consorcio de propiedad horizontal es persona jurídica

2.1. Reconocimiento expreso en el Código Civil y Comercial

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

Dice el artículo 2044:

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

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

2.2. Comienzo de su existencia

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

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

i) El art. 2038 ordena que a los fines de la división jurídica del inmueble hay que redactar un reglamento de propiedad horizontal que debe inscribirse en el registro inmobiliario. El reglamento de propiedad horizontal contiene no solo la descripción de la división del inmueble, tal como surge de los planos respectivos, sino fundamentalmente una serie de cláusulas destinadas a regir la vida de la comunidad y por lo tanto debe ser aceptado libremente por las partes al momento de contratar. Es el verdadero estatuto del consorcio, destinado a ordenar las relaciones de los propietarios entre sí y con respecto a terceros, constituyendo un convenio de cumplimiento obligatorio para las partes en los términos del art. 959 del Código Civil y Comercial.

ii) El art. 2044, luego de asignar al Consorcio la calidad de persona jurídica, dispone en su segundo párrafo: «La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal... Instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario». Una interpretación a contrario sensu permite afirmar que la afectación del inmueble en la forma ordenada por el art. 2038 señala el comienzo de la existencia del consorcio de propiedad horizontal.

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

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

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

2.3.1. Nombre

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

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

2.3.2. Domicilio

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

2.3.3. Integrantes

Esta persona jurídica está integrada «obligatoriamente» por todos los titulares de unidades funcionales, quienes dejan de serlo en el momento en que las transfieren a terceras personas, los que, a su vez, pasan automáticamente a ser integrantes de ésta. No existe voluntad asociativa, nadie selecciona quiénes son los otros integrantes, no es factible no integrarla o renunciar el carácter de miembro del consorcio. Se es integrante de la persona jurídica, mientras se es propietario de una unidad funcional y mientras exista la afectación del inmueble.⁶

2.3.4. Duración

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

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

5. Ídem, p. 244.

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

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

2.3.5. Funcionamiento. Órganos del consorcio

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

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

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

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

2.3.6. Patrimonio

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

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

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

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

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

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

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

2.3.7. Objeto

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

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

... el mantenimiento, conservación y reparación de las cosas comunes; por ende, su accionar debe estar enderezado al cumplimiento de tales fines. Éste es, entonces, el aspecto que no debe perderse de vista cuando se pretende aplicar al principio de especialidad de la persona jurídica consorcio.¹⁰

2.3.8. Capacidad

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

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

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

10. Ídem, p. 580.

Como señalaran Alterini y Vázquez:

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

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

Como dice Llambías:

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

Asimismo,

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

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

2.3.8.2. Los fines del consorcio

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

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

El consorcio de propietarios es una persona jurídica creada por imperio legal y ligada intrínsecamente al derecho real de propiedad horizontal; es por eso que para deter-

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

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

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

14. Ídem.

minar el fin de su existencia hay que analizar las normas referidas al derecho real de propiedad horizontal.

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

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

2.3.8.3. Caracteres de la personalidad del consorcio

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

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

2.3.8.4. La capacidad como regla

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

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

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

Las incapacidades de derecho siempre se establecen teniendo en consideración a una persona en relación con ciertos hechos, simples actos o actos jurídicos, como, por ejemplo, las incapacidades establecidas en relación a la celebración de determinados contratos (compraventa, donación), los contratos prohibidos entre padres e hijos en el ejercicio de la responsabilidad parental, entre el tutor y su pupilo, las in-

15. Ídem.

16. Ídem.

habilidades para suceder, etc. Consecuentemente, si la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, va de suyo que pueden contratar todas aquellas personas a quienes la ley no se los prohíbe expresamente.

Como señalan Alterini y Vázquez,

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

Como expresara Borda, las incapacidades de derecho

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

2.3.8.5. Capacidad para adquirir bienes

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

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

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

17. Ídem.

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

la persona jurídica consorcio, con la pertinente inscripción del respectivo título. Lo mismo cabría predicar para la asignación de unidades funcionales en el reglamento de copropiedad.¹⁹

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

Para Kiper,

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

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

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

... 1) el consorcio puede ser titular de unidades funcionales tanto por atribución hecha en el propio reglamento, como por su posterior adquisición; 2) la adquisición de la unidad por parte del consorcio no implica modificación ni de planos, ni de reglamento dado que no troca su carácter de cosa privativa a cosa en condominio de los titulares de unidades funcionales; 3) la compra de la unidad funcional por parte del consorcio puede perfectamente encajar dentro de los propósitos propios de su existencia (por ejemplo, para obtener renta que ayude a afrontar las expensas, o para evitar el fracaso de una subasta con efectos ruinosos para los consorcistas); 4) la decisión de la compra de la unidad por parte del consorcio debe admitirse con la sola aprobación en asamblea de la mayoría absoluta de los consorcistas, al no regir la exigencia de unanimidad propia del condominio.²¹

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

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

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

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

21. *Ibidem*.

22. *Ídem*, p. 583.

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

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

2.3.8.6. Alcances de la capacidad de adquirir bienes

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

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

2.3.9. Modos de adquisición

2.3.9.1. Adquisición originaria

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

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

24. *Ibidem*.

2.3.9.2. Compraventa

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

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

2.3.9.3. Permuta

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

2.3.9.4. Donación

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

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

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

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

2.3.9.5. Institución hereditaria. Legado

Conforme a los artículos 2462 y 2484 CCCN,²⁸ las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte mediante testamento otorgado con las solemnidades legales, y podrán hacerlo a través de la institución de herederos o bien a través de un legado. El CCCN en su artículo 2497²⁹ establece que pueden ser legados todos los bienes que están en el comercio, aun los que no existen todavía pero que existirán después. Atento a lo expuesto y la inexistencia de norma que lo prohíba, el consorcio de propietarios, como persona jurídica, puede adquirir un inmueble en virtud de un legado o por haber sido instituido como heredero.

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

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

2.3.9.6. Subasta

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

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

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

28. Art. 2462 CCCN: “Testamento. Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales. Art. 2484 CCCN: “Principio general: La institución de herederos y legatarios sólo puede ser hecha en el testamento y no debe dejar dudas sobre la identidad de la persona instituida”.

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

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

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

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

... dado que constituye [...] una alternativa válida para que el consorcio de copropietarios enjuge su crédito –sobre todo si se ejecutan bienes que pueden ser invendibles por diversos motivos–, creemos que la posibilidad de resultar adjudicatario de una unidad funcional está dentro de la órbita de la capacidad de derecho del ente consorcial y accede a su objeto, no violentándose consiguientemente el principio de especialidad...³¹

2.3.9.7. Dación en pago

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

Dicho esto, cabría preguntarse: ¿puede el consorcio aceptar el pago de las sumas que se le adeudan en otra cosa que no sea dinero? ¿Puede el deudor extinguir su obligación, ofreciendo en pago una prestación diversa a la adeudada? La respuesta debe ser afirmativa, ya que nos encontramos frente a un modo de extinguir una obligación como es la dación en pago. El propio artículo 942 CCCN establece: “la

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

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

obligación se extingue cuando el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diversa de la adeudada”. Entonces, será al consorcio acreedor el que tendrá que evaluar la conveniencia o no de aceptar en pago un inmueble, siempre claro está teniendo en miras el cumplir con su finalidad, que entre otras cosas consiste en la optimización y racionalización de los recursos y los gastos que requiere el desarrollo de la vida consorcial.

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

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

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

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

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

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

trario, para determinar si un acto cumple o no con el principio de especialidad, hay que analizar lo que motivó al consorcio a realizar dicho acto y si esa motivación era satisfacer o cumplir con el objeto y los fines de la creación de la persona jurídica consorcio.

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

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

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

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

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

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

- En los edificios, existen muchas veces ciertas cuestiones, que de manera imprevista pueden afectar económicamente al conjunto de los propietarios, como,

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

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

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

2.3.11. Mayoría necesaria para adquirir o enajenar bienes del consorcio

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

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

cesarias para realizar mejoras u obras nuevas, surge claramente que los propietarios o el consorcio requieren consentimiento de la mayoría de los propietarios, y “la adquisición de la unidad puede, por lo menos, asimilarse a una mejora”.³³

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

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

Entonces, la decisión de adquirir o enajenar un inmueble deberá ser tomada con la previa aprobación en asamblea por el voto de la mayoría absoluta del conjunto de los propietarios, salvo que el reglamento prevea una mayoría superior y, conforme el artículo 2060 CCCN,³⁵ dicha mayoría deberá ser computada sobre la totalidad de los propietarios de las UF y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto.

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

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

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

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

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

34. *Ibidem*.

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

Como señalaran Alterini y Vázquez,

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

Por otro lado, Cossari apunta:

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

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

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

2.3.12. Normativa registral

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

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

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

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

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

38. *Ibidem*.

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

3. Bibliografía

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

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

Otorgantes con discapacidad auditiva

Claudio A. Blanco

RdN 929

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación

19/7/2017 - 4/8/2017

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

1. Introducción

Al aprobarse el Código Civil y Comercial de la Nación con la Ley 26994 (en adelante, “CCCN”) mediante un tratamiento que el común denominador de las personas ha

determinado como “expres”, en su artículo 1 se receptó expresamente un principio base, ya introducido a nuestro derecho interno e incorporado en nuestra Carta Magna a través de la reforma constitucional realizada en el año 1994. Así, ha quedado estipulado que los casos regidos por el CCCN deben ser resueltos según las leyes aplicables, conforme a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos suscriptos por la República Argentina:

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

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

2. Análisis de la cuestión

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

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

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

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

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

Artículo 1000. Si las partes fueren sordomudos o mudos que saben escribir, la escritura debe hacerse en conformidad a una minuta que den los interesados, firmada por ellos, y reconocida la firma ante el escribano que dará fe del hecho. Esta minuta debe quedar también protocolizada.

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

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

Artículo 309. Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.

2.2. El derecho internacional y la Constitución Nacional

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

Como bien señalaba el reconocido Bidart Campos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Luego, en concordancia con todo lo expuesto, el artículo 24 “Educación”, en su apartado 3, inciso b), expresa que los Estados parte deberán implementar sistemas de

enseñanza a fin de “facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas”.

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

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

En el proyecto de 1998 el tema era abordado en el artículo 281, que rezaba:

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

Si alguna de las personas otorgantes del acto es mudo, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella y el escribano debe dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada.

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

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

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

Aquí, a diferencia de lo que receptaba el proyecto de 1998, ya se aborda la cuestión de que el otorgante sepa leer y escribir. Lo interesante de la solución planteada es que quien sabe leer y escribir debe leer la escritura por sí mismo y prestar su confor-

2. Enviado por el Poder Ejecutivo de la Nación al Honorable Congreso de la Nación mediante Mensaje N° 884/2012, suscripto por los entonces jefe de Gabinete de Ministros, Dr. Juan Manuel Abal Medina, y ministro de Justicia y Derechos Humanos, Dr. Julio César Alak. [N. del E.: a continuación, el lector podrá confrontar: a) el anteproyecto en <https://goo.gl/6Wpaj8>; b) sus fundamentos en <https://goo.gl/YHGJgF>; c) el proyecto elevado por el PEN en <https://goo.gl/oot15G>; d) el texto con media sanción del Senado en noviembre 2013 <https://goo.gl/wTbMyg>; e) el proyecto de 1998 <https://goo.gl/QRmyKt>].

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

midad firmando el acto. En caso de no saber leer, se agregan dos testigos calificados para ayudarle a quien lo otorga a comprender los efectos y alcances del acto.

2.4. La capacidad en el Código Civil y Comercial

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

El artículo 22 CCCN asegura que

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

Y el artículo 23 indica que

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

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

Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

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

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

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

Resulta necesario recalcar que en este nuevo sistema se ha tomado en cuenta cierta terminología que no resulta peyorativa, por lo que los términos utilizados en el régimen anterior han sido eliminados de raíz –para bien y, esperamos, para siempre–. Luego de las distintas modificaciones que se suscitaron a fin de aprobar el Código

que regiría las vidas de las personas que habitan la República Argentina, el caso del otorgante con discapacidad auditiva quedó plasmado en el artículo 304 con gran discrepancia de lo que establecía en sus inicios, enunciando lo siguiente:

Artículo 304. Otorgante con discapacidad auditiva. Si alguna de las personas otorgantes del acto tiene discapacidad auditiva, deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante. Si es alfabeto, además, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella y el escribano debe dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada.

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

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

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

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

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

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

4. Tratado en el punto 3 del presente ensayo.

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

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

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

3. Comparación con otras figuras

El artículo 302 CCCN reza:

Idioma. La escritura pública debe hacerse en idioma nacional. Si alguno de los otorgantes declara ignorarlo, la escritura debe redactarse conforme a una minuta firmada, que debe ser expresada en idioma nacional por traductor público, y si no lo hay, por intérprete que el escribano acepte. Ambos instrumentos deben quedar agregados al protocolo.

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

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

A distinta situación nos enfrentamos cuando el otorgante no sabe leer ni escribir: cabe advertir que no es correcto concebir que, si una persona no sabe leer ni escribir, no puede comprender el acto que está otorgando. Nos preguntamos entonces, ¿por qué si el otorgante no tiene discapacidad auditiva y es analfabeto, no se exige también que concurren uno o dos testigos idóneos –por su experticia– y que se suscriba una minuta? En tal situación, no encontramos diferencia entre analfabeto no oyente y analfabeto oyente, más que su desigualdad sensorial, lo que de ningún modo puede ser tomado como excusa para establecer que no comprende el acto por que no escucha.

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

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

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

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

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

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

5. El destacado nos pertenece.

6. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española online*, en www.dle.rae.es. [Última consulta: 11/10/2017].

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

8. KERR, Walter C., “Entrevista al traductor Walter Kerr” [realizada por Natalia Rezzonico y Mariano Vitetta], en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, N° 87, 2009, pp. 355-372. Puede verse en <https://goo.gl/A4b7Nq> [última consulta: 29/9/2017].

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

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

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

4. Función del notario

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

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

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

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

10. Ver ETCHEGARAY, Natalio P., “El notario y el juicio de capacidad del requirente frente al Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, N° 924, 2016, <https://goo.gl/P8W2hp>; quien cita

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

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

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

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

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

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

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

a AA. VV., [trabajo de la delegación argentina], en *VI Congreso Internacional del Notariado Latino*, t. 1, Montreal, Unión Internacional del Notariado Latino, 1961, p. 291.

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

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

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

6. Lineamientos generales

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

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

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

7. Cuestión de *lege ferenda*

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

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

8. Conclusión

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

9. Bibliografía

- ABELLA, Adriana N., *Derecho notarial. Derecho documental. Responsabilidad notarial*, Buenos Aires, Zavallá, 2010.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, EDIAR, 1995.
- ETCHEGARAY, Natalio P., “El notario y el juicio de capacidad del requirente frente al Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 924, 2016, <https://goo.gl/P8W2hp>.
- KERR, Walter C., en “Entrevista al traductor Walter Kerr” [realizada por Natalia Rezzonico y Mariano Vitetta], en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, N° 87, 2009, pp. 355-372.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española versión web*.

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

Anahí Carrascosa de Granata

RdN 929

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

Cesión de derechos, herencia, bienes determinados, eficacia.

Fechas de recepción y aceptación

8/6/2017 - 10/7/2017

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

del derecho cedido sobre derechos determinados de una herencia. **12.4.** El objeto del contrato de cesión de derechos sobre bien determinado. **12.5.** El contrato de cesión de derecho hereditario sobre bien determinado como contrato condicionado. **12.6.** La cesión de derechos como contrato aleatorio. **13.** Nuestro aporte a la interpretación del artículo 2309 del Código Civil y Comercial. **13.1.** Contradicción entre el título y el contenido del artículo. **13.2.** Transferencia del derecho a un bien de la herencia y transferencia de un bien determinado de la herencia. Diferencias. **13.3.** La no aplicación de las normas de cesión de herencia. **13.4.** Alcance del contrato de cesión de derechos sobre bien determinado de una herencia. **13.5.** El derecho a licitar. **13.6.** Responsabilidad del cedente en la cesión, en la cesión de herencia y en la cesión de derechos personales sobre bien hereditario. **13.7.** Forma del contrato. **13.8.** Momento desde el que opera la transferencia del derecho. **13.9.** Notificación del contrato. **13.10.** Validez y eficacia del contrato en el artículo 2309. **14.** El contrato de cesión de derechos hereditarios sobre un bien determinado y los negocios jurídicos familiares. **15.** Conclusión. **16.** Bibliografía.

1. Introducción

Dice el profesor Ciuro Caldani:

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

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

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

La suposición de que, producido el fallecimiento de una persona, su patrimonio se transforma en un abstracto-ideal en el que no existe la posibilidad de deter-

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

2. PARDO, María L., “La ficción jurídica desde la lingüística. Actos de habla y ficción”, en *Revista de Llengua I Dret*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, N° 22, 1994, p. 26. [N. del E.: ver en <https://goo.gl/Uxp7An> {fuente: web de la publicación. Última consulta: 5/10/2017}].

minación de los objetos es una ficción jurídica. Por ello, solo puede ser admitida de modo temporal y a un fin específico. En efecto, los objetos y los derechos no pierden su individualidad, su especialidad, y por consiguiente no se diluyen. El estado de indivisión del patrimonio relicto producido por la muerte no importa una transformación de los bienes que lo conforman: estos continúan con su real naturaleza. Ya Borda sostenía que “la idea de la continuación de la personalidad es ante todo una ficción. Lo que está muerto no puede continuarse”.³

2. Objetivo de este trabajo

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

3. Breve referencia histórica respecto de la responsabilidad del heredero

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

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

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

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

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

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

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

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

4. La cesión de herencia en el Código Civil

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

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

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

5. Ídem, p. 13.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9. *Ibidem*.

10. CNCiv., en pleno, 24/12/1979, “Díscoli, Alberto Teodoro s/ sucesión”: “Para que la cesión de derechos hereditarios que comprende cosas inmuebles sea oponible a terceros interesados debe ser anotada en el Registro de la Propiedad”. [N. del E.: ver completo en <https://goo.gl/8PWpCf>].

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

12. [N. del E.: ver en <https://goo.gl/4AxqqC> las notas del codificador {edición de Pablo Coni Editor, Buenos Aires, 1872, digitalizada por Google Books}].

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

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

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

5. La cuestión terminológica en el Código Civil

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

6. La cuestión terminológica en el Código Civil y Comercial

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

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

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

En efecto, en el libro de los derechos personales, el artículo 1618, específicamente expresa que la cesión de derechos hereditarios debe ser otorgada por escritura pública. Esta referencia no debe pasar inadvertida a nuestro objetivo: el codificador ha tratado la forma del contrato de cesión de derechos hereditarios –uno de los temas más controvertidos durante la vigencia del CCIV– en el libro tercero “Derechos

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

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

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

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

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

Finalmente el artículo 2309 dice:

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

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

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

De la enunciación de artículos que antecede puede concluirse que

- 1) la expresión “cesión de derechos hereditarios” es utilizada por el Código con un criterio genérico;

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

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

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

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

Pérez Lasala expresa que Forniellas –y lo cita– diferenciaba

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

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

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

15. HIGHTON, Elena I, KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 6), punto VIII, libro quinto, p. 218. [N. del E.: ver en <https://goo.gl/fVoMXS>].

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

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

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

8. Objeto del contrato de cesión de derechos hereditarios. Visión en el Código Civil

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

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

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

Aquellas apreciaciones del codificador generaron una amplia confrontación doctrinaria entre quienes sostenían el carácter de *universitas iuris* de la sucesión (o de la herencia) y los que la entendían como *universitas facti*. Para los primeros, el contrato de cesión de derechos hereditarios tiene por objeto una universalidad jurídica y no los bienes o derechos en particular (*ut singulis*).²⁰ Para los que entienden que la herencia es una universalidad de hecho, el objeto del contrato de cesión de derechos a una herencia (o de derechos hereditarios cuando hay más de un heredero)

18. Ver nota 12.

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

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

comprende los diferentes bienes que componen su objeto, tomados en forma global como un conjunto.²¹

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

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

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

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

La misma autora afirma:

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

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

Para Zannoni, el objeto del contrato de cesión de herencia es una universalidad jurídica, y define el contrato diciendo que la cesión de derechos hereditarios es el contrato que tiene por objeto transmitir el todo o una parte alícuota de la uni-

21. Ídem, p. 883.

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

23. *Ibidem*.

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

versalidad hereditaria. La sucesión universal tiene por objeto un todo ideal sin consideración a su contenido particular [...] por lo tanto el objeto de la cesión nunca puede limitarse a cosas particulares.

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

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

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

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

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

En nuestro criterio, sea que se considere el patrimonio de la herencia como universalidad jurídica o como un conjunto, **su contenido podrá ser transitoriamente indeterminado pero, finalmente, determinable**. El o los sujetos titulares de los bienes de ese contenido quedan a partir del fallecimiento sometidos a un proceso

25. ZANNONI, Eduardo, “Cesión de derechos hereditarios”, en *Revista del Notariado*, N° 811, 1987, p. 1397. [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/GkMBVD>].

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

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

28. Ver AA.VV., “XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional de Tucumán, 2011. Conclusiones”, San Miguel de Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, [s. e.], 2011, conclusiones de la Comisión N° 7 (“Sucesiones: Estado de indivisión hereditaria y postcomunitaria”), pto. IV “Cesión de derechos hereditarios”. [N. del E.: ver <https://goo.gl/d6sQp6>, pp. 16-17]. La posición mayoritaria fue sostenida por Stefaninni, Ugarte, Natale, Hernández, Lloveras, Pérez Lasala, Arianna, Orlandi, Verplaetse, Stofan, Dalla Fontana, Casado, Argiro, Cohen, Burgos, Villahoz, Sánchez Toranzo, Issa de Gómez y Paz de Centurión. La posición minoritaria fue sostenida por Wallace, Moreyra y Milone.

de individualización y de legitimación, pero no hay vacío de titularidad, en ningún espacio de tiempo. El lapso de tiempo que transcurre entre el fallecimiento y la partición se tiene como no ocurrido a los efectos de asignar la titularidad y la posesión de los bienes. Pero lo cierto es que el tiempo transcurre, y quienes se pretenden herederos **gozan, durante el mismo, de derechos que solo podrían coartarse por expresa disposición legal**, jurídicamente razonable.

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

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

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

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

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

Además, el nuevo cuerpo legal **diferencia claramente la sucesión de la herencia**. Refiere a la sucesión como un procedimiento: son hechos que acontecen encadenadamente con un objetivo específico, para lograr un fin. La herencia, en cam-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10.1. Comunidad hereditaria y condominio.

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

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

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

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

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

Por su parte, el artículo 1984 CCCN prescribe:

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

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

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

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

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

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

Es posible afirmar que los herederos son titulares de la herencia (art. 2278) y, en cuanto tales, son copropietarios de la masa indivisa que la herencia constituye (arts. 2342 y cc.). Por otra parte, la masa indivisa de bienes del caudal relicto es divisible por esencia. Ese es justamente el objetivo del proceso sucesorio cuando existe pluralidad de sucesores.

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

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

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

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

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

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

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

Nos ayuda en el análisis el pensamiento de Pérez Lasala cuando, refiriéndose al CCCN, clasifica las posiciones jurídicas que ocupa el heredero en “aspectos positivos y aspectos negativos”. El aspecto negativo de la posición jurídica que ocupa el heredero se advierte en el hecho de que muchos derechos y obligaciones del causante desaparecen con él y otros serán destinados a los legatarios. Dentro del aspecto positivo, el autor distingue las posiciones derivadas del causante y las posiciones originarias. Asimismo, el autor agrupa las posiciones derivadas del causante en:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

39. Ídem, p. 151.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los derechos particulares del causante recaen sobre bienes materiales y/o inmateriales, pero en el contrato de cesión de derechos hereditarios sobre bienes determinados de la herencia **lo que se cede no son los bienes de la herencia, sino el derecho que el heredero tiene sobre ellos**. Aun en el caso de sostener que el heredero sucede en la posición jurídica del causante (conforme sostienen las teorías subjetivas), objetivamente esa posición jurídica es la que le permite adquirir derechos sobre

los bienes hereditarios, que no son los que correspondían al causante, sino que son adquiridos de modo originario por el heredero –tal como señalamos en 10.2–.

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

A) Dangeli expresa:

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

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

Más adelante, la autora distingue entre:

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

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

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

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

B) Córdoba dice que

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

En párrafos posteriores agrega:

Por ello hasta que la partición no sea aprobada el heredero no puede garantizar que un bien determinado le vaya a ser adjudicado, y por tanto la cesión que de él

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

44. Ídem, p. 110.

45. Íbidem.

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

haga queda sujeta a que el objeto de la sucesión le sea posteriormente atribuido [...] Es por ello que el resultado en cuanto a la eficacia del derecho comprometido en la cesión singular se encuentra fuera de la capacidad de determinación de quienes han contratado.⁴⁷

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

C) Lamber sostiene que

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

Lamber se refiere también al artículo 1010 y expone:

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

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

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

A este respecto cabe reflexionar que los herederos están investidos para transferir bienes del sucesorio, como si fueran propios, desde la declaratoria de herederos (si hay acuerdo unánime) o desde la partición. Ello sin perjuicio de la posibilidad de contratar sobre bienes ajenos con las consecuencias previstas en el 1008 del CCCN.⁵¹

47. Ídem, p. 513.

48. LAMBER, Néstor D., "La cesión de derechos hereditarios, de gananciales, sobre cosa determinada en el proyecto de unificación", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 973, 2013, p. 206. [N. del E.: ver en <https://goo.gl/iFLhi4>].

49. Ídem.

50. Ídem, p. 207.

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

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

D) Armella vertió las siguientes opiniones:

Otra posibilidad es la cesión de bien determinado. En muchas demarcaciones venimos trabajando desde hace muchísimo tiempo sobre la cesión de derechos y acciones hereditarios y/o gananciales sobre bien determinado. Pero hay una nebulosa en cuanto a entender cuál es la eficacia de esta figura. Específicamente, por ejemplo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires esto no se acepta, mientras que en la provincia de Buenos Aires se acepta plenamente. Esto trae como resultado que una demarcación tenga una visión sobre el tema, y la otra, una diferente, que es lo que hay que evitar, porque el código rige para todo el país. Entonces, ahora se permite plenamente la posibilidad de la cesión sobre bien determinado, que estará –obviamente también el código así lo marca– condicionada a que el bien determinado cuyos derechos sean cedidos sea adjudicado a la cuota parte –en la partición– de quien es el cedente. Claro está, es la misma solución actual pero puntualmente descrita.⁵²

E) Pérez Lasala afirma que

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

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

Hemos apreciado lo que algunos comentaristas han expresado sobre el tema en estudio. Advertimos que la polémica continúa, porque de lo que se trata en realidad es de cómo le afectan al ciudadano la interpretación y la aplicación de la norma y cuál de estas interpretaciones satisface más las necesidades de la comunidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si la cesión es gratuita, el cedente sólo responde en los casos en que el donante es responsable. Su responsabilidad se limita al daño causado de mala fe”.

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

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

quedado comprendido el bien material o inmaterial, en todo o en parte, respecto del cual el cedente cedió el derecho que le hubo correspondido. Su legitimación devendrá del contrato de cesión de derecho hereditario sobre un bien (material o inmaterial) determinado de la herencia.

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

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

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

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

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

Y el 399 establece como regla general que

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

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

Es necesario distinguir el objeto de los posibles contratos de cesión regulados por la ley de fondo: si se cede un crédito, el objeto del contrato es el crédito, si se transfiere un vehículo el objeto es una cosa mueble, si se transfiere un inmueble este es el objeto, si se cede el derecho de cobro de alimentos devengados, se cede este derecho de cobrarlos. Pero si lo cedido es el derecho hereditario sobre un crédito del caudal relicto, el objeto del contrato no es el crédito que forma parte del caudal, **el objeto es el derecho hereditario** –cuyo titular es el heredero o quien pretende serlo– sobre aquel

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

crédito. De igual modo, si se cede el derecho hereditario sobre el vehículo o el inmueble del causante, lo que se transfiere no es el vehículo o el inmueble: es el derecho que pueda corresponder al cedente sobre el vehículo o el inmueble.⁵⁶

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

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

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

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

Aplicando el artículo 343 CCCN, estaríamos frente a un contrato condicional si las partes sujetan la adquisición del derecho sobre el bien, o la parte determinada de un bien, a la condición expresada en la cláusula anterior. O sea, el derecho sobre el bien determinado (total o parcial) sea reconocido en su existencia y titularidad en la persona del cedente y por tanto sujeto a la partición. Esto, sin embargo, no es una condición del contrato: la sujeción a la partición forma parte de la naturaleza del objeto cedido. Pero si la sujeción a tales hechos no forma parte del pacto, no estamos frente a un contrato sujeto a condición.

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

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

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

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

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

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

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

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

12.6. La cesión de derechos como contrato aleatorio

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

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

Podríamos sintetizar los argumentos esgrimidos en los siguientes puntos:

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

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

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

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

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

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

13.1. Contradicción entre el título y el contenido del artículo

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

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

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

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

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

Durante ese tiempo, el heredero puede ceder su eventual derecho a un bien de la herencia o puede transferir un bien determinado de la herencia. Son negocios jurídicos diferentes. Si como bien dice el CCCN en sus artículos 15 y 16 las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimo-

nio, y estos derechos individuales pueden recaer sobre bienes susceptibles de tener un valor económico, no se puede negar al heredero el derecho de disponer de su derecho individual sobre un bien que forma el conjunto de la herencia. Con idéntico fundamento, no se puede privar al cesionario del **derecho individual** que adquirió por contrato. Ese derecho es susceptible de tener un valor económico, por más eventual, inseguro, indeterminado, dudoso o riesgoso que sea o parezca. Serán las partes quienes determinen la magnitud del derecho y la responsabilidad del transmitente del mismo.

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

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

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

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

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

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

O sea, el cedente de la herencia, además de la responsabilidad por las deudas, mantiene su calidad de heredero. El cesionario de derechos hereditarios sobre bienes determinados de la herencia no es heredero. Por lo tanto, no goza, en principio, de las ventajas del cesionario de herencia en relación con la colación, la renuncia a disposiciones particulares del testamento o la caducidad de estas. Tampoco gozaría de lo

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

acrecido con posterioridad en razón de una causa diversa de las expresadas (renuncia o la exclusión de un coheredero); ni lo acrecido anteriormente por una causa desconocida al tiempo de la cesión; ni de los derechos sobre los sepulcros, los documentos privados del causante, distinciones honoríficas, retratos o recuerdos de familia,⁶² salvo que el derecho hereditario personal cedido refiera específicamente a un bien mejorado por alguna de estas razones o así se hubiere pactado expresamente.

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

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

13.5. El derecho a licitar

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

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

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

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

- 1) Si la cesión es a título oneroso y el cedente es de buena fe, este responde por la existencia y legitimidad del derecho.
- 2) Si la cesión es a título oneroso y el cedente es de buena fe, pero cedió su derecho como litigioso o dudoso: no responde ni por la existencia ni legitimidad.

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

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

- 3) Si es de buena fe pero el derecho no existió al momento de la cesión, y no cedió como litigioso o dudoso, responderá por el precio más los intereses devengados que correspondan al mismo.
- 4) Si es de mala fe y el derecho no existió, responderá por el precio, más los intereses, más la diferencia entre el valor real del crédito y el precio.

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

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

Respecto del contrato de cesión de herencia, el CCIV preveía en su artículo 2160 que

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

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

- 1) Cuando la cesión es onerosa:
 - a. responde por su calidad de heredero y su parte indivisa en la herencia;
 - b. responde cuando cedió la herencia como derecho litigioso o dudoso pero se prueba dolo de su parte;
 - c. responde por la evicción de los bienes de la herencia cuando lo pacta expresamente;
 - d. no responde si cedió su derecho como litigioso o dudoso;
 - e. no responde por la evicción de los bienes de la herencia, salvo pacto en contrario.

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

- 2) Cuando la cesión es gratuita: el cedente responde por el daño causado solo si es de mala fe.

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

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

13.7. Forma del contrato

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

13.8. Momento desde el que opera la transferencia del derecho

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

13.9. Notificación del contrato

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

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

rial, quedarán notificados. Sin perjuicio de ello, el cedente deberá declarar la inexistencia de acreedores, o la existencia y su domicilio.

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

En consecuencia [...] habiendo sido admitido –en principio– que las normas del CCC regulen aspectos procesales, por tratarse de contenidos mínimos que los códigos procesales no pueden desconocer –ver AZPIRI, Jorge O., *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio*, Bueres, Alberto, director, Ed. Hammurabi, Bs. As. 2015– corresponde adecuar el proceso sucesorio a lo dispuesto por el artículo 2340, siendo inaplicables aquellos artículos del CPC que se contrapongan a este, sin perjuicio de las demás disposiciones, que continúan vigentes. [...] Asimismo [...] por tratarse de contenidos procesales mínimos, corresponde además, en uso de las facultades conferidas por el art. 46 del CPC al juez, a fin de garantizar una mayor publicidad del juicio sucesorio a abrirse, la publicación de edictos por un día en el diario de mayor circulación que se indique. (Art. 69 y 72 del CPC). [...] RESUELVO: [...]

II. Corresponde en consecuencia citar a herederos, acreedores y a todos los que se consideren con derecho a los bienes dejados por el causante, haciéndoles saber que deberán presentarse al Tribunal acompañando los elementos que permitan acreditar su derecho dentro de los treinta días corridos, contados a partir de la publicación edictal [...]

III. Notificar a los herederos y/o acreedores con domicilio conocido el contenido de lo dispuesto en el punto II [...] y publicar edictos por un día en el Boletín Oficial y en el diario [...] (Art. 46, 69 y 72 del CPC y 2340 del CCCN).⁶⁶

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

Los acreedores del cedente y del cesionario son también terceros que poseen un interés legítimo en el contrato de cesión, los primeros porque puede afectarles la salida de un bien del patrimonio de su deudor, y los segundos porque pueden beneficiarse con la consolidación de la cesión a favor del cesionario incorporando un nuevo bien a su patrimonio. El perjuicio que pueden sufrir los acreedores de las partes es equivalente al que les produciría cualquier otro contrato de cambio, como una compraventa o una donación, porque éstos tienen la virtualidad de hacer ingresar o salir bienes del patrimonio. Las herramientas jurídicas de las que disponen los acreedores para proteger sus intereses afectados por la cesión de derechos son instrumentos generales tales como el embargo y las acciones de fraude o simulación.⁶⁷

66. Tribunal Gestión Judicial Asociada N° 1 Primera Circunscripción de Mendoza, 27/7/2016, auto interlocutorio de apertura del proceso sucesorio en “Vital, Laura Azucena del Rosario p/ sucesión” (CUIJ: 13-03923013-9 012051-257839). [N. del E.: ver <https://goo.gl/6BpCeQ>].

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

13.10. Validez y eficacia del contrato en el artículo 2309

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

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

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

En nuestra práctica profesional hemos visto este contrato operar mayoritariamente en relación con negocios jurídicos familiares. Por ejemplo, un hermano que cede los derechos sobre la casa paterna a uno de sus hermanos que vivió allí durante años con el fallecido y quiere beneficiarlo con la posibilidad de una mejor parte indivisa sobre el bien sobre otros coherederos pretenses; o un heredero que vive en una jurisdicción distinta a la que le corresponde al inmueble determinado y que, aún no abierto el proceso sucesorio, resuelve por falta de interés o por conveniencia ceder sus derechos sobre ese bien a otro coheredero y regresar a su lugar de residencia; o coherederos que se copermutan derechos hereditarios sobre bienes diferentes sin perjuicio de los derechos de terceros coherederos con quienes no pueden llegar a un acuerdo y se colocan mutuamente en mejores situaciones para la licitación.⁶⁸

En la vida práctica, la transferencia de derechos reales sobre muebles registrables o inmuebles del haber hereditario, con título y modo suficientes, es imposible si

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

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

15. Conclusión

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

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

También hemos referido que el CCCN define a los herederos como copropietarios de los derechos que componen la herencia, a la que denomina como “masa indivisa”. Por lo tanto, aun considerándose los bienes en sí mismos, los herederos, investidos en su calidad de copropietarios, tienen titularidad indivisa sobre los bienes de la masa.

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

sible, sin perjuicio de su conveniencia o inconveniencia económica, que solo pueden mensurar los contratantes.

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

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

16. Bibliografía

- AA. VV., “XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional de Tucumán, 2011. Conclusiones”, San Miguel de Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, [s. e.], 2011.
- ALTERINI, Ignacio E., “Límites del deber de responder del escribano. Lo verdadero y lo falso”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 20/8/2014 (t. 2014-D, p. 1131; cita online AR/DOC/2434/2014).
- ARMELLA, Cristina N., “Impacto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26994 en el quehacer notarial” [foro ofrecido por la autora en el marco de la 3ª asamblea ordinaria del Consejo Federal del Notariado Argentino año 2014], [s. e.], 2014.
- CASADO, Eduardo J., “La incorporación de la licitación hereditaria en el proyecto de codificación”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, *La Ley*, 2012 (septiembre) (cita online AR/DOC/4372/2012).
- CÓRDOBA, Marcos, [comentario al art. 2309], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 10, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- CIURO CALDANI, Miguel Á., “Aportes integrativistas al derecho de sucesiones. (La sucesión como hora de la verdad de la persona física)”, en *Investigación y Docencia*, Rosario, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, N° 40, 2007, pp. 9-42.

69. Ver CSJN, 27/12/2006, “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - Dto. 1570/01 y otro s/ amparo Ley 16986” (*Fallos*, t. 329, p. 5913), ampliación de fundamentos del ministro Lorenzetti: “25) Que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino [...] esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 Constitución Nacional), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 Constitución Nacional) y de la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43 Constitución Nacional). [...] 26) Que es regla de interpretación que todo aquel que pretenda restringir el derecho de propiedad constitucional tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión. Este es el efecto jurídico preciso de la calificación del contrato dentro del concepto de propiedad constitucional, ya que la regla es la libertad, mientras toda limitación es una excepción que debe ser fundada...”. [N. del E.: ver fallo completo en <https://goo.gl/M7btAU>].

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

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

- DANGELI, Romina, [comentario al art. 2309], en Medina, Graciela y Rivera Julio C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- FARAONI, Fabián E., LLOVERAS, Nora B. y ORLANDI, Olga E., [comentario a los arts. 2296 y 2424], en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 6, Buenos Aires, Infojus, 2015.
- HERNÁNDEZ, Carlos A. y Trivisono, Julieta B., [comentario al art. 1618], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 8, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- HIGHTON, Elena I., KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, [s. e.], 2012.
- LAMBER, Néstor D., “La cesión de derechos hereditarios, de gananciales, sobre cosa determinada en el proyecto de unificación”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 973, 2013, pp. 185-211.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Zavalía, 2006.
- PARDO, María L., “La ficción jurídica desde la lingüística. Actos de Habla y ficción”, en *Revista de Llen-gua I Dret*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, N° 22, 1994, pp. 25-43.
- PÉREZ LASALA, Fernando, “Efectos de la declaratoria de herederos en la Provincia de Mendoza”, LL Gran Cuyo, diciembre 2013, p. 1155.
- RIVERA, Julio C., [comentario al art. 1010], en Medina, Graciela y Rivera Julio C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- STIGLITZ, Rubén S., [comentario a los arts. 963-964], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 5, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 550-566.
- VINASSA, Liliana M., “Estado de indivisión hereditario. Su implementación documental y registral”, en *Revista El Notario*, Mendoza, Colegio Notarial de Mendoza, N° 7, 1988, pp. 61-96.
- ZANNONI, Eduardo, “Cesión de derechos hereditarios”, en *Revista del Notariado*, N° 811, 1987, pp. 1397-1411.
- ZINNY, Mario A., *Cesión de herencia*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

Acerca de la interpretación del artículo 247 del Código Civil y Comercial*

José C. Carminio Castagno

RdN 927

RESUMEN

Se intentará responder –acorde a una exégesis inspirada en el principio de “razonabilidad”– algunos interrogantes que surgen del texto de la norma, vinculándola con otros preceptos del mismo código, sus fundamentos y antecedentes.

Sumario: 1. Introducción. 2. Una frecuente práctica negocial anterior. 3. El mismo tema en el Código Civil y Comercial. 4. La tutela de la familia en el Código vigente. 5. Una correcta exégesis. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

1. Introducción

No hay duda alguna de que el régimen que el Código Civil y Comercial establece en materia de “vivienda” “denominación del capítulo en el cual se halla regulado específicamente el tema (arts. 244-256)” ha merecido elogiosos conceptos de la doctrina nacional. En tal sentido, varios son los méritos que se señalan, a saber:

- a) Se jerarquiza así el mandato constitucional contenido en el artículo 14 bis¹, que impone “la defensa del bien de familia”.²
- b) Al adherirse a la concepción de que la protección de la vivienda es un derecho humano fundamental,³ el nuevo Código le brinda protección en diversos sectores de su normativa, flexibilizándola para dar cabida a los variados tipos de familias que modernamente surgen del ejercicio de la autonomía privada, ampliando así la cantidad de beneficiarios.
- c) Como consecuencia de ello, se juzga más precisa –en lo terminológico– la expresión “protección jurídica de la vivienda habitual”.⁴

* Especial para la *Revista del Notariado*, en homenaje a Álvaro Gutiérrez Zaldívar, su brillante director y un muy querido amigo.

1. Agregado por la reforma de 1957 (antes concretado en los arts. 34-50 de la Ley 14394).

2. Resulta curioso que dicha “jerarquización” se logre precisamente dejando de lado el bien de familia, que es substituido por otro instituto distinto.

3. En los fundamentos del anteproyecto del Código hoy vigente –presentado por sus tres autores– se expresa: “El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales. Esto justifica que se dedique un capítulo especial para la vivienda”.

4. Así opina María V. FAMÁ en “La protección jurídica de la vivienda unipersonal. Constitución del bien de familia a favor del titular de dominio sin familia”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2011-1, pp. 59-78.

2. Una frecuente práctica negocial anterior

Durante la vigencia del Código velezano, era habitual que los padres, a título de anticipo de herencia, les donaran a sus hijos la nuda propiedad del inmueble asiento del hogar conyugal –que anteriormente había sido constituido como bien de familia–, conservando el usufructo del mismo. Como es lógico, dicho negocio jurídico se celebraba cuando los donatarios eran ya mayores de edad y –en la generalidad de los casos– habitaban en sus propias casas.

En tales hipótesis, a la alternativa que ofrecía el artículo 41 de la Ley 14394⁵ –por lo que dicha norma no constituía obstáculo para que la calidad de bien de familia del inmueble se mantuviera–, se le sumaba la noción acuñada por el artículo 36⁶ y la circunstancia de que quienes continuaban habitando en la finca eran “ascendientes” de los propietarios. En el mismo sentido, prestigiosos autores admitían que en el inmueble no habitasen el constituyente ni su familia si –mediante la explotación personal efectuada por algunos de sus miembros– servía para el sustento del grupo familiar.⁷ Y, más aún, también se entendió que el requisito de la convivencia con el constituyente solo era exigible cuando los beneficiarios eran parientes colaterales, no requiriéndose respecto del cónyuge, descendientes o ascendientes.⁸

3. El mismo tema en el Código Civil y Comercial

Un artículo del vigente Código unificado –en una aproximación superficial– parece impedir la continuidad de aquella praxis negocial descrita, lo que no ha merecido especial atención de parte de la doctrina que, no obstante profundizar el análisis de las normas implicadas, se ha contentado, por ejemplo, con destacar que el dominio del inmueble tiene “características especiales” y está sometido a una “inalienabilidad relativa”.⁹ En efecto, el artículo 247, que refiere a la habitación efectiva, dispone que

Si la afectación es peticionada por el titular registral, se requiere que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble.

En todos los casos, para que los efectos subsistan, basta que uno de ellos permanezca en el inmueble.

5. Art. 41 Ley 14394: “El propietario o su familia estarán obligados a habitar el bien y a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente, salvo excepciones que la autoridad de aplicación podrá acordar sólo transitoriamente y por causas debidamente justificadas”.

6. Art. 36 Ley 14394: “A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente”. Aunque en el capítulo específico dedicado a la materia no existe una definición de “familia”, el art. 246 CCCN, al determinar quiénes son los beneficiarios, se asemeja mucho a la enumeración que la ley contenía anteriormente.

7. Cfr. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 629.

8. Ídem, pp. 627 y 628; y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Zavallía, 2000, p. 104 y notas 80 y 81.

9. Ver, p. ej., FLAH, Lily, “La vivienda y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [portal web: <http://www.nuevocodigocivil.com>], 31/8/2015, <https://goo.gl/M4ph6R>. [Última consulta: 26/4/2017].

¿Dónde radicaría el problema? En que ninguno de sus hijos, los “beneficiarios”, habita en el inmueble.¹⁰ Y las consecuencias serían gravísimas (y obvias):

- a) El régimen perdería eficacia al no subsistir sus efectos (el más importante de los cuales es la oponibilidad a ciertos terceros, dispuesta por el art. 249: “Efecto principal de la afectación. La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación”.)
- b) De acuerdo a lo que dispone el inciso d) del artículo 255, norma cuyo epígrafe reza “desafectación y cancelación de la inscripción”, como uno de los supuestos en que ambas medidas proceden “a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este capítulo”, ese especial sistema de protección dejaría de existir, pudiendo la vivienda ser agredida por cualquier acreedor.

4. La tutela de la familia en el Código vigente

Por mi parte, deseo destacar numerosas normas en las que se evidencia la tutela de sus autores al valor de la “familia” en sí y de lo “familiar”.¹¹

En el primer aspecto, los artículos:

- 525, inciso b): “la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese”.
- 594: “La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”.
- 650: “En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia”.
- 655, inciso c): “régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia”.
- 1572: “La revocación de la donación por negación de la prestación de alimentos sólo puede tener lugar cuando el donante no puede obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia”.
- 1644: “Tampoco pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos, o de otros derechos sobre los que, expresamente, este Código admite pactar”.
- 2157: “Los frutos no pueden ser embargados por los acreedores cuando el uso de éstos se limita a las necesidades del usuario y su familia”.
- 2296, inciso c): “el reparto de ropas, documentos personales, condecoraciones y diplomas del difunto, o recuerdos de familia, hecho con el acuerdo de todos los herederos”.
- 2303, inciso c): “los derechos sobre los sepulcros, los documentos privados del causante, distinciones honoríficas, retratos y recuerdos de familia”.

10. Es obvio que tal postura no toma en consideración el hecho de que los padres continúan en la vivienda.

11. Cito solo algunos de los artículos, de los cuales únicamente transcribo –total o parcialmente– los párrafos en los que se menciona la palabra o frase que interesa.

En el segundo, los artículos:

- 443, inciso d): “los intereses de otras personas que integran el grupo familiar”.
- 471: “Si alguno de los cónyuges solicita la división de un condominio, el juez de la causa puede negarla si afecta el interés familiar”.
- 506: “Demandada por uno de los cónyuges la división de un condominio entre ellos, el juez puede negarla si afecta el interés familiar”.
- 522: “El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido”.
- 645: “En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar”.
- 721, inciso a): “determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda”.
- 1092: “Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.
- 1190: “Si la cosa locada es inmueble, o parte material de un inmueble, destinado a habitación, en caso de abandono o fallecimiento del locatario, la locación puede ser continuada en las mismas condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quien lo habite y acredite haber recibido del locatario ostensible trato familiar durante el año previo al abandono o fallecimiento”.
- 2081: “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”.
- 2083: “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”.

Pero son otros los preceptos que revisten una máxima importancia, por hallarse aún más estrechamente vinculados al tema tratado, ya que refieren concretamente a la vivienda familiar:

- 442, inciso f): “la atribución de la vivienda familiar”.
- 443: “Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar”.
- 518: “A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este Título para la protección de la vivienda familiar”.
- 522: “Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar [...] La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

- 525, inciso f): “la atribución de la vivienda familiar”.
- 527: “El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas”.
- 721, inciso a): “determinar [...] cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar”.

5. Una correcta exégesis

De los numerosos preceptos citados en el punto precedente, surge la evidencia de que el Código actual tiende a ampliar la tutela jurídica en variados aspectos de la materia *sub examine*.¹² En consecuencia, cualquier merma en los derechos que reconocía la Ley 14394 debe suponerse contraria a aquel sentido impreso por el codificador –máxime si se trata de aspectos eminentemente fácticos–, constituyendo una regresión –inaceptable en una fase de avance normativo–.

A todo ello se suman dos preceptos de superlativa importancia en este tema:

- 250: “El inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación prevista en este capítulo”.
- 252: “La vivienda afectada está exenta del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la República, si ella opera a favor de los beneficiarios mencionados en el artículo 246”.

Si se repara en que las excepciones que ambos preceptos contienen están establecidas a favor de “los beneficiarios” –entre los que están los hijos–, puede apreciarse nítidamente en qué significativa medida el legislador los tiene en cuenta y el preferente amparo que les brinda.

Algo parecido sucede con la subrogación real, consagrada en el artículo 248: “La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio”.¹³ En efecto, si así se ha dispuesto, ¿sería razonable que no se aplicase cuando se trata de la misma vivienda, respecto de la cual –mediante un negocio gratuito inobjetable–¹⁴ solo ocurre que el propietario se desprende del usufructo?

Por ende, ninguna interpretación presidida por el principio de razonabilidad¹⁵ puede contradecir tales evidencias argumentales.

12. En los ya citados fundamentos, los autores del anteproyecto manifiestan al respecto: “el régimen proyectado sustituye al del bien de familia de la ley 14394. Las modificaciones son importantes”.

13. Vuelvo a recurrir a lo que consta en los fundamentos: “se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación”.

14. Claramente autorizado por los arts. 2129, 2134 y 2416.

15. Si se prefiere, el “*logos* de lo razonable” acuñado por Luis RECASÉNS SICHES (*Tratado general de filosofía del derecho*, México DF, Porrúa, 1965, 3ª ed.).

6. Conclusión

Por todo lo expuesto, considero que la hipótesis referida en el punto 2 (donación a los hijos de la nuda propiedad del inmueble ya sometido al régimen de protección de la vivienda familiar [arts. 244-256]) es absolutamente viable aunque ninguno de los hijos “permanezca en él”. Debe interpretarse que la “habitación efectiva” impuesta por el artículo 247 es exigible solo para los beneficiarios mencionados en el inciso b) del artículo 246 (“en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente”) y no para los que enumera el inciso a) (“el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes”), continuando el régimen sin ningún cambio y manteniéndose en plenitud la afectación.

7. Bibliografía

- FAMÁ, María V., “La protección jurídica de la vivienda unipersonal. Constitución del bien de familia a favor del titular de dominio sin familia”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2011-1, pp. 59-78.
- FLAH, Lily, “La vivienda y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación [portal web: <http://www.nuevocodigocivil.com>], 31/8/2015, <https://goo.gl/M4ph6R>. [Última consulta: 26/4/2017]
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Zavalía, 2000.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, México DF, Porrúa, 1965, 3ª ed.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998.

Oferta de donación conjunta o solidaria

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

Natalio P. Etchegaray

RdN 930

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación

12/11/2017 - 16/12/2017

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 1547 del CCCN:

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

Artículo 1794 del Código de Vélez Sarsfield:

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

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

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

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

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

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

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

4. Escasa o nula utilización de la donación solidaria

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

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

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

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

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

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

El artículo 1545 CCCN mantiene la posibilidad para el donatario de “aceptar la donación en forma expresa o tácita”, tal como se lo otorgaba el artículo 1792 del Código de Vélez, sustituyendo la necesidad de “recibir la cosa donada”, por la de “sujetar la

aceptación a las reglas establecidas respecto a las formas de las donaciones”. En otras palabras, confiere importancia al cumplimiento de las formalidades mínimas para la existencia del contrato, buscando diferenciar la entrega gratuita de un bien en propiedad de un simple préstamo de uso gratuito de ese bien.

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

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

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

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

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

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

Otra de las novedades en esta materia del CCCN la constituye el silencio legislativo sobre la posibilidad de establecer el derecho de acrecer entre los donatarios. El artículo 1798 del Código velezano le permitía al donante establecer el derecho de acrecer entre codonatarios, en los siguientes términos:

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

Hay una importante discusión doctrinaria sobre la diferencia entre la donación solidaria u oferta conjunta y el derecho de acrecer entre los donatarios. El tema ha sido

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

extensamente tratado por Franco y Gastón Di Castelnuovo al comentar el artículo 1547 CCCN, con amplias referencias a los artículos 1794 y 1798 del Código de Vélez y a los autores que se ocuparon del tema, y allí nos remitimos. No obstante, se transcriben sus conclusiones sobre la situación que nos deja el CCCN al suprimir toda referencia al derecho de acrecer entre los donatarios:

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

Para reiterar más adelante:

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

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

6. Aspectos registrales

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

- a) El anterior titular pierde íntegramente el dominio, aunque no acepten todos los donatarios;
- b) El aceptante parcial solo resulta titular de una parte del dominio, de acuerdo a la proporción que le hubiere donado el titular;
- c) El resto del dominio queda sujeto a las sucesivas aceptaciones de los restantes donatarios;
- d) Recién cuando resulte imposible que los donatarios remisos puedan aceptar, ya fuera por su muerte o por rechazo voluntario, o por revocación del donante, el

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

5. Ídem, pp. 464-465.

dominio quedará en cabeza del donatario que aceptó inicialmente y de los que lo hicieron después, proyectando la proporción que el donante hubiera indicado en la oferta de donación, en relación al número definitivo de aceptantes.

7. Conclusiones

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

8. Bibliografía

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

La escritura pública en el nuevo Código Civil y Comercial

Requisitos y subsanaciones

María Victoria Gonzalía

RdN 928

RESUMEN

El análisis del presente tema tiene como objetivo el estudio de la escritura pública conforme la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994), que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015. Para ello, se analizan los requisitos y el contenido de la escritura pública, regulados por esta ley de fondo, así como la legislación local 404 del año 2000, reguladora de la función notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y, asimismo, conocer los procedimientos de subsanación de la escritura pública cuando existe algún error u omisión de sus requisitos.

PALABRAS CLAVE

Escritura pública, requisitos, protocolo, comparecencia, subsanaciones.

Fechas de recepción y aceptación

26/4/2017 - 15/5/2017

Sumario: 1. Concepto. 2. Naturaleza jurídica. 3. Protocolo. 4. Requisitos de la escritura. 4.1. Operaciones de ejercicio. 4.2. Graña, tinta, medios aptos, procedimientos. 4.3. Pluralidad de otorgantes, unidad de acto. 4.4. Espacios en blanco, abreviaturas, números. 5. Idioma. 6. Otorgante con discapacidad auditiva. 7. Contenido de la escritura. 7.1. Epígrafe. 7.2. Numeración. 7.3. Lugar. 7.4. Fecha. 7.5. La hora. 7.6. Comparecencia. 7.7. Juicio de capacidad. 7.8. Justificación de la identidad: documento idóneo a partir del 1/4/2017. 7.9. Intervención y juicio de legitimación. 7.10. Exposición y estipulación. 7.11. Constancias notariales. 7.12. Tratamiento impositivo. 7.13. Cierre documental: lectura. 8. Salvados. 9. Otorgamiento. 9.1. Firma. 9.2. Firma a ruego. 9.3. Impresión digital. 10. Autorización. 11. Bibliografía.

1. Concepto

El Código Civil y Comercial sancionado por Ley 26994 (en adelante, “el nuevo Código” o “CCCN”), a diferencia del anterior (en adelante, “Código derogado” o “CCIV”), establece un concepto de escritura pública en su artículo 299:¹

1. En adelante, los artículos citados o mencionados sin referencia al cuerpo normativo se referirán siempre al Código Civil y Comercial sancionado por la Ley 26994.

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 uno o más actos jurídicos. La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden los escribanos 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.

La primera parte del artículo define la escritura pública, su matricidad, el sujeto autorizante y su contenido, a saber: 1) es el instrumento matriz extendido en el protocolo, 2) por un escribano público o por otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones (sujeto) (p. ej., los consulares), y 3) que contiene uno o más negocios jurídicos (contenido). La segunda parte regula las copias o testimonios –posteriormente, el artículo 308 las regulará con mayor extensión–. Respecto de ellas, el CCCN opta por la sinonimia entre estos vocablos. De esta manera, se terminó con la polémica entre la palabra *copia* y la palabra *testimonio*: hoy son sinónimos.²

De este modo, el nuevo Código define la escritura pública, lo que no estaba en el artículo 997 CCIV, y, además, asevera que la copia o testimonio tiene el mismo valor probatorio que la escritura matriz y que, en caso de discordancia entre ambas, a través del simple cotejo, siempre prevalece la escritura matriz, ya que es la que contiene fe pública originaria, mientras que la copia o testimonio tienen fe pública derivada de primer grado.

2. Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica, la escritura pública y sus copias o testimonios son instrumentos públicos y, además, al ser formalizadas por un escribano público, son documentos notariales regulados en la Ley Orgánica Notarial 404 de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, “Ley 404”).³ El CCCN las define como instrumentos públicos en su artículo 289: “Enunciación. Son instrumento públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios”, y reitera dicho carácter de las copias o testimonios en el artículo 299 citado. Por lo tanto, el carácter de instrumento público de las escrituras públicas y sus copias o testimonios surge de los artículos 289 (inc. a) y 299.

2. “La Comisión ha optado por la sinonimia entre estos dos vocablos, como modo de terminar con la polémica entre la palabra *copia* que consignan las leyes notariales y que el Código Civil actualmente vigente utiliza al referirse a esta clase de reproducciones, y la palabra *testimonio* que es la utilizada en la práctica forense y notarial” (*Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la comisión designada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 191/2011* [en adelante, “fundamentos del CCCN” o “fundamentos del nuevo Código”], título IV, capítulo 5 “Actos jurídicos”). [N. del E.: ver <https://goo.gl/2vWPGE>, p. 44].

3. Ley Orgánica Notarial 404, reguladora de la función notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sancionada por la Legislatura Porteña el 15/6/2000, promulgada el 12/7/2000 y publicada en el BO N° 990, del 24/7/2000), con las modificaciones introducidas por las Leyes 501, 1221, 1339, 1541 y 3933. Como fuente de este ensayo se ha utilizado el texto ordenado editado por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en 2012.

2.1. ¿Quiénes son los otros funcionarios autorizados para otorgar escrituras públicas en ejercicio de las mismas funciones?

Son los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación a cargo de oficinas o secciones consulares, o sea, los cónsules. El artículo 20, inciso c), de la Ley 20957 de Servicio Exterior de la Nación establece que los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación a cargo de oficinas o secciones consulares pueden autorizar todos los actos jurídicos que, según las leyes de la Nación, correspondieren a los escribanos públicos y que su formalización tendrá plena validez en todo el territorio de la República Argentina. Es decir, los cónsules podrán autenticar cualquier acto notarial, incluso escrituras públicas, con las formalidades y condiciones exigidas por las leyes de la Nación para la validez de los instrumentos públicos, cumpliendo con los recaudos que la Ley 20957 determina.

3. Protocolo

El CCCN regula el protocolo en su 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. 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.

El código derogado establecía en su artículo 998 que

Las escrituras públicas deben ser hechas en el libro de registros que estará numerado, rubricado o sellado según las leyes en vigor. Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno.

El actual artículo 300 define y regula, de manera más detallada que el código derogado, la formación del protocolo y sus elementos, y fundamentalmente delega en las leyes notariales todo lo relativo a su reglamentación: las características de los folios, su expedición, los demás recaudos relativos al protocolo, la forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo, etc. Esta delegación es muy importante.

La formación del protocolo la hace en forma similar a la Ley 404 (arts. 67, 68, 69) y su reglamentación, Decreto 1624/GCABA/2000 (en adelante, "Decreto 1624").⁴ La diferencia entre ambos cuerpos legales radica en que el nuevo Código establece que el protocolo se forma con dos elementos: los folios habilitados y los documentos que se incorporan (por exigencia legal o requerimiento de las partes). No menciona –como sí lo hace la Ley 404– el documento que se incorpore por disposición del escribano ni tampoco los índices. Pero al delegarse expresamente la regulación de todos los demás recaudos del protocolo en la ley notarial local, ellos deben

4. Decreto 1624/GCABA/2000, reglamentario de la Ley Orgánica Notarial 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (sancionado el 22/9/2000, publicada en el BO N° 1034 del 25/9/2000). [N. del E.: ver en <https://goo.gl/WUsFmZ>].

ser incluidos en la formación del protocolo y cumplidos por los escribanos públicos, ya que forman parte de sus deberes notariales.

La Ley 404 obliga a llevar un índice y también permite que el escribano –si así lo considera conveniente– incorpore documentación al protocolo; entonces, este cumplimiento a un deber notarial en el caso del índice se hará no por imposición de la ley de fondo sino por la ley local, cuyos efectos por su inobservancia y sanciones son distintos. En consecuencia, realizando un análisis comparativo e integrador entre el CCCN (art. 300) y la Ley 404 (arts. 67 y ss.), resulta que:

- 1) **“El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro”**: el nuevo Código acepta los dos sistemas de habilitación de protocolo delegando en la ley local su reglamentación. La diferencia radica en que la Ley 404 adopta el sistema de habilitación previa del protocolo y no admite la habilitación a posteriori, ni aun en caso de emergencia –como lo hace la Ley 9020 de la provincia de Buenos Aires en su artículo 144–⁵.

La Ley 404 dice: “El protocolo se integrará con los siguientes elementos: a) los folios habilitados para el uso exclusivo de cada registro” (art. 67). Asimismo, el artículo 25 del reglamento para el uso y venta de fojas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires⁶ establece la habilitación previa del mismo:

Las hojas deberán ser adquiridas en número no inferior a diez por cada clase o en cantidad que sea múltiplo de diez; las que serán entregadas en envases cerrados. El adquirente de las hojas deberá denunciar por escrito al Colegio de Escribanos cualquier faltante o sobrante, defecto o errores de impresión, dentro de las veinticuatro horas hábiles de efectuada la compra. Transcurrido dicho lapso se presume que no existen observaciones que formular. En la primera hoja del lote de compra de protocolo «A» y «B» de hojas especiales de actuación notarial para escribanos autorizados **se estampará el sello de rúbrica que habilita su uso**, el que contendrá la fecha de adquisición.

- 2) **“numerados correlativamente en cada año calendario”**: el CCCN recepta la numeración correlativa y el protocolo anual en igual sentido que la Ley 404, que dice: “numerados correlativamente en cada año calendario”;
- 3) **“y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto”**: La Ley 404, en igual sentido, dice:

El protocolo se integrará con los siguientes elementos: [...] b) los documentos que se incorporaren por imperio de la ley o a requerimiento de los comparecientes o por disposición del notario.

La única diferencia es que la Ley 404 acepta que se incorporen documentos por disposición del notario, lo que omite regular el CCCN; pero ello no debe interpretarse en sentido prohibitivo, sino que, al contrario, el escribano público puede incorporar los documentos al protocolo que considere conveniente por estar comprendida esta operación dentro de la Ley 404 que rige su función y las operaciones de ejercicio.

5. Ley 9020 Orgánica del Notariado de la provincia de Buenos Aires (promulgada el 7/11/1974). [N. del E.: ver en <https://goo.gl/VDKyXM>].

6. Aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 24/1/2001 (acta N° 3259), modificado por Resolución 26/2003, del 3/2003.

Por último, la segunda parte del citado artículo 300 dice que

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.

El nuevo Código delega en las leyes notariales la reglamentación relativa al protocolo. La Ley 404 regula lo relativo al protocolo en los artículos 66 a 76, y el decreto reglamentario en los artículos 41 a 43, 48, 49 y 61 a 69.

3.1. Escritura fuera del protocolo

El artículo 998 CCIV establecía que “las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno”. El artículo 300 CCCN no reproduce ese párrafo; sin embargo, no debe entenderse que esa nulidad ha sido eliminada, sino que sigue vigente, ya que al definir la escritura pública en el citado artículo 299, el CCCN dice que es el instrumento matriz extendido en el protocolo. Por lo tanto, establece que el protocolo es su soporte material esencial, y, en consecuencia, la escritura que no se encuentre en el protocolo será de ningún valor.

3.2. Pérdida o destrucción de los folios del protocolo

Lo mismo ocurre con los casos de robo, hurto, extravío, pérdida o destrucción del/los folio/s del protocolo. El CCCN no reproduce el artículo 1011 del código derogado, que establecía que

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

No obstante, ello no debe entenderse como que esta forma de subsanación ha sido eliminada, sino que la misma sigue vigente ya que expresamente el segundo párrafo del artículo 300 delega en la ley local toda la reglamentación y todo 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.

Además, sigue vigente el artículo 29 de la Ley Registral Inmobiliaria Nacional 17801 –otra ley de fondo– (en adelante, Ley 17801), que regula la forma de subsanación del protocolo a través del asiento registral como título supletorio. Y asimismo siguen vigentes los artículos 778 y 779 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), que establecen el procedimiento judicial para la subsanación del protocolo (capítulo III, “Copia y renovación de títulos”):

Segunda copia de escritura pública

Artículo 778: La segunda copia de una (1) escritura pública, cuando su otorgamiento requiera autorización judicial, se otorgará previa citación de quienes hubiesen participado en aquélla, o del ministerio público en su defecto.

Si se dedujere oposición, se seguirá el trámite del juicio sumarísimo. La segunda copia se expedirá previo certificado del registro inmobiliario, acerca de la inscripción del título y estado del dominio, en su caso.

Renovación de títulos

Artículo 779: La renovación de títulos mediante prueba sobre su contenido, en los casos en que no fuere posible obtener segunda copia, se sustanciará en la forma establecida en el artículo anterior.

El título supletorio deberá protocolizarse en el registro nacional del lugar del tribunal, que designe el interesado.

En consecuencia, los modos de subsanación en los casos de robo, hurto, extravío o destrucción de alguno o algunos de los folios del protocolo siguen siendo los mismos; el nuevo Código no los ha cambiado ni prohibido ni eliminado. Siguen vigentes por la delegación expresa del artículo 300 a la reglamentación notarial local, por los artículos 778 y 779 CPCCN, por el artículo 29 de la Ley 17801, por los artículos 66 a 76 y 89 de la Ley 404, por los artículos 41 a 43, 48, 49, 61 a 69 del Decreto 1624/2000, y por las resoluciones del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires que se han dictado sobre esta materia.

Medios de subsanación por pérdida o destrucción de alguno de los folios:

- Se deberán cumplir los procedimientos adecuados, comenzando con la denuncia policial correspondiente y la correspondiente comunicación al Colegio de Escribanos. Si se tratara de una escritura autorizada, se subsanará por cualquiera de los medios admitidos: 1) la reconstitución judicial del protocolo, con arreglo al artículo 778 CPCCN; 2) la reproducción del acto; 3) la obtención de título supletorio sobre la base del asiento registral, conforme al artículo 29 de la Ley 17801 y al artículo 779 CPCCN.

Otros casos de subsanación relativos al protocolo:⁷

- Si la fecha de la escritura es anterior a la rúbrica del protocolo, se debe subsanar por escritura de reproducción del acto.
- Si falta la nota de apertura, se puede consignar por nota marginal.
- Si falta la nota de cierre, se debe consignar a través de un inspector de protocolos al cerrar el expediente.
- Si hay sobreimpresión o rotura parcial del folio del protocolo que no afecta el instrumento, se deberá comunicar al Colegio de Escribanos, el que a través de un inspector consignará nota marginal de conocimiento.
- Si hay sobreimpresión o rotura parcial del folio del protocolo que afecta al instrumento, se deberá reproducir el acto y, además, comunicar al Colegio de Escribanos para que a través de un inspector se consigne nota marginal de conocimiento.

7. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES [con la coordinación de ROSIN DE ALLENDE, Elsa], *Vademécum. Inspección de Protocolos Notariales 2011*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2011, pp. 15, 18 y 19.

4. Requisitos de la escritura: operaciones de ejercicio, grafía, caracteres legibles, pluralidad de otorgantes, unidad de acto

El nuevo Código, a diferencia del anterior –que no contenía norma similar–, regula en su artículo 301 distintos requisitos de las escrituras públicas:

Requisitos. El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente. Las escrituras públicas, que deben extenderse 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. En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma.

4.1. Operaciones de ejercicio

Comienza por las operaciones de ejercicio, que son las etapas que el notario debe cumplir en el procedimiento dinámico de formación hasta lograr el documento notarial que absorbe su actividad y la de las partes. Además, establece que la expresión *compareciente*, propia del lenguaje notarial, abarca a las partes, los representantes, los testigos, los cónyuges y otros intervinientes en el acto⁸ cuando dice: “El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes”.

4.2. Confección material. Soporte. Grafía. Tinta. Medios aptos. Procedimientos

La segunda parte del artículo 301 establece que

Las escrituras públicas [...] 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.

El mismo criterio sigue el artículo 62 de la Ley 404:

Los documentos podrán ser extendidos en forma manuscrita, mecanografiada o utilizando cualquier otro medio apto para garantizar su conservación e indelebilidad y que haya sido aceptado por el Colegio de Escribanos.

Los documentos podrán ser completados o corregidos por un procedimiento diferente al utilizado en su comienzo, siempre que fuere alguno de los autorizados.

8. “Se indica que la expresión *compareciente*, que es propia del lenguaje notarial, abarca a las partes, testigos, cónyuges u otros intervinientes en el acto” (*Fundamentos del CCCN*, título IV, capítulo 5 “Actos jurídicos”, p. 44).

Si se optare por comenzar en forma manuscrita, ésta deberá ser empleada en todo el instrumento. La tinta o la impresión deberán ser indelebles y no alterar el papel, y los caracteres deberán ser fácilmente legibles.

En cuanto al soporte del documento, el Decreto 1624/2000 lo regula en el artículo 36 diciendo:

El soporte del documento podrá ser de cualquier naturaleza admitida por la legislación vigente y aprobada por el Colegio de Escribanos, siempre que garantice perdurabilidad, accesibilidad, significado unívoco y posibilidad de detectar cualquier modificación que se introdujere a posteriori de las firmas de las partes y del escribano autorizante.

Asimismo, el artículo 39 del decreto prohíbe expresamente

... la utilización de elementos o procedimientos de impresión que puedan superponerse a la grafía impresa en los documentos y no garanticen la perdurabilidad de la redacción del mismo y su eventual corrección.

Con respecto al uso de la tinta, la Ley 404 la regula en el citado artículo 62:

La tinta o la impresión deberán ser indelebles y no alterar el papel, y los caracteres deberán ser fácilmente legibles.

Con respecto a la clase y color de tinta, el Decreto 1624 dice en su artículo 53:

La firma de los documentos notariales por parte de sus otorgantes y autorizante deberá estamparse utilizando la tinta de la clase y color que el Colegio de Escribanos determine.

Y para el caso del uso de la tinta para la impresión digital del impedido a firmar, lo regula en el artículo 55, diciendo que

Para el estampado de la impresión digital a que alude el artículo 79 inciso c) de la ley, deberá utilizarse tinta indeleble de color negra o azul del tipo que establezca el Colegio de Escribanos.

4.3. Pluralidad de otorgantes. Unidad de acto

La última parte del artículo 301 regula el supuesto de pluralidad de otorgantes:

En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Y agrega que este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma.

Esta redacción es similar a la del artículo 80 de la Ley 404, que también contempla este supuesto:

En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no hubiere entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados podrán suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento, dejándose **constan-**

cia de ello en el protocolo. Este procedimiento podrá utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma.

Asimismo, el Decreto 1624 complementa la norma, diciendo en su artículo 57 que

En el caso de pluralidad de otorgantes que suscribieren la escritura en distintas horas del mismo día, en los términos del artículo 80 de la ley, se podrá consignar la constancia respectiva en la misma escritura o por nota marginal. El escribano deberá leer la escritura a cada otorgante. Si la escritura quedare sin efecto por no haber comparecido alguno de los previstos otorgantes, el escribano dejará constancia de ello y comunicará tal circunstancia a los que la hubieren suscripto.

La diferencia entre la norma de fondo y la local radica en que el CCCN no exige dejar constancia en la escritura de esta situación ni contempla el supuesto de que la escritura quede sin efecto por incomparecencia de alguno, mientras que la Ley 404 y su decreto reglamentario sí lo hacen; por lo tanto, ambas normas deben complementarse.

4.4. Espacios en blanco. Abreviaturas. Números

El CCCN, a diferencia del anterior que no lo hacía, regula en el artículo 303 los requisitos y supuestos específicos que se deben cumplir en la escritura pública, tales como la prohibición de dejar espacios en blanco, el uso de abreviaturas, iniciales o números:

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.

Estos supuestos estaban y siguen estando regulados en la Ley 404 con similar redacción, por lo que ambas normas deben analizarse en conjunto.

4.4.1. Espacios en blanco

El artículo 303 dice: “no se deben dejar espacios en blanco”. La Ley 404 tiene similar redacción en su artículo 61: “todos los documentos deberán ser escritos sin espacios en blanco en su texto”. Y el Decreto 1624 en su artículo 38 dice:

Al efecto de lo dispuesto en el artículo 61 de la ley, no se considerarán espacios en blanco los dejados en las actas entre el requerimiento, su otorgamiento y autorización y el comienzo de la diligencia y el de las subsiguientes que pudieren formalizarse al pie del documento matriz.

4.4.2. Abreviaturas e iniciales

El artículo 303 CCCN dice que no se deben utilizar abreviaturas, o iniciales, excepto que estas dos últimas consten: a) en los documentos que se transcriben, b) se trate de

constancias de otros documentos agregados, o c) sean signos o abreviaturas científicas o socialmente admitidas con sentido unívoco. La Ley 404 tiene similar redacción en su artículo 61:

No se emplearán abreviaturas ni iniciales, excepto cuando: a) consten en los documentos que se transcriben; b) se trate de constancias de otros documentos; c) sean signos o abreviaturas científica o socialmente admitidos con sentido unívoco.

Ambas normas establecen el principio general por la negativa, es decir, que en la escritura pública, en principio, no se deben utilizar abreviaturas e iniciales. Pero luego las mismas normas, coincidentemente, establecen las excepciones, de las cuales puede resultar como ejemplos de abreviaturas permitidas las siguientes: Sr., Sra., Srta., Esc., Dr., Dra., Arq., Ing., Lic., V.S., L.E., L.C., D.N.I., C.U.I.T., C.U.I.L., C.D.I., Rep. Arg., Pcia., Cap. Fed., C.A.B.A., Bs. As., m., dm., cm., fte., N., S., E., O., NO., NE., SO, SE. art., N°, Cód., C.C., CCyC, Resol., Dcho., I.G.J., ANSES, A.F.I.P., DGI, Expte., %, \$, U\$\$, por ej., v. gr., etc.

4.4.3. Números

El artículo 303 CCCN dice:

Pueden usarse números, excepto para las cantidades que se entregan en presencia del escribano y otras cantidades o datos que corresponden a elementos esenciales del acto jurídico.

El nuevo Código se expide afirmativamente ya que establece como principio general que en la escritura pública se pueden usar números. Luego, el mismo artículo regula las excepciones, es decir, establece para qué casos no se pueden usar números sino que obligatoriamente deben consignarse en letras y estos son: a) “para las cantidades que se entregan en presencia del escribano” y b) “otras cantidades o datos que corresponden a elementos esenciales del acto jurídico”.

La Ley 404 tiene similar redacción en su artículo 61:

No se utilizarán guarismos para expresar el número de escritura, su fecha, el precio o monto de la operación, las cantidades entregadas en presencia del escribano y condiciones de pago.

El Decreto 1624 dice en su artículo 38:

Al efecto de lo dispuesto en el artículo 61 de la ley [...] El impedimento para utilizar guarismos en la expresión del número de documentos matrices se refiere al que corresponde al encabezamiento de cada una de las escrituras que se autorizan o quedan sin efecto.

Como resultado del análisis de ambas normativas, se ha resuelto que deben consignarse en letras: el número de escritura, la fecha de la escritura, el precio o monto de la operación, las cantidades entregadas en presencia del escribano, las condiciones de pago si hubiere financiación, el número de cuotas y la tasa de interés, la identificación del inmueble (lote o número de unidad, número de calle donde se ubica la finca

y la superficie total –parciales no–; las UC pueden identificarse en romanos) y, en la constitución de sociedades, el capital social, el importe de integración, el plazo de duración de la sociedad.⁹

5. Idioma

El CCCN regula el idioma de la escritura pública en el artículo 302, estableciendo el idioma nacional como requisito obligatorio, y, para el caso en que el otorgante lo ignore, se regula el procedimiento a seguir. Asimismo, la segunda parte del artículo regula el procedimiento para la protocolización de un documento escrito en idioma extranjero, lo que se formalizará por medio de un acta notarial, por lo que su tratamiento no será parte del presente trabajo.

Con respecto al idioma, la primera parte del artículo 302 dice:

La escritura pública debe hacerse en idioma nacional. Si alguno de los otorgantes declara ignorarlo, la escritura debe redactarse conforme a una minuta firmada, que debe ser expresada en idioma nacional por traductor público, y si no lo hay, por intérprete que el escribano acepte. Ambos instrumentos deben quedar agregados al protocolo.

5.1. Otorgantes que ignoren el idioma nacional

La situación del otorgante que ignora el idioma nacional ya estaba contemplada en el artículo 999 CCIV,¹⁰ pero el CCCN mejora la redacción anterior al decir que el otorgante debe “ignorar” el idioma. La norma derogada utilizaba la expresión “hablar”, y lo importante de la modificación es que el otorgante puede entender el idioma nacional aunque no lo hable con facilidad o habitualidad. Entonces, frente a un otorgante que no habla con facilidad nuestro idioma pero que tampoco lo ignora sino que, al contrario, lo comprende perfectamente, cuando el escribano le lea la escritura, el otorgante entenderá su contenido; estaremos frente a un otorgante que no ignora el idioma nacional y, en consecuencia, no habrá que cumplir con ningún procedimiento adicional. Frente a un otorgante que ignora, desconoce o no comprende el idioma nacional, entonces sí, aunque el escribano le lea la escritura no va a comprender su contenido y, por ese motivo, se deberá cumplir con el procedimiento adicional que establece el Código.

9. AA.VV., *Código Civil y Comercial de la Nación. Pautas para la función notarial elaboradas por los asesores del Colegio* (vigentes a partir del 1/8/2015), Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2015, p. 4.

10. Art. 999 CCIV: “Las escrituras deben hacerse en el idioma nacional. Si las partes no lo hablaren, la escritura debe hacerse en entera conformidad a una minuta firmada por las mismas partes en presencia del escribano, que dará fe del acto, y del reconocimiento de las firmas, si no lo hubiesen firmado en su presencia, traducida por el traductor público, y si no lo hubiere, por el que el juez nombrase. La minuta y su traducción deben quedar protocolizadas”.

5.2. ¿Cuál es el procedimiento a seguir? Minuta

Los pasos son los siguientes:

- 1) Debe redactarse una minuta en el idioma que el otorgante comprenda (p. ej., inglés).
- 2) Esa minuta debe estar firmada. El CCCN no dice –como lo hace el CCIV– que esa minuta deba ser firmada en presencia del escribano. Entonces, queda a opción del escribano aceptar la minuta ya firmada o presenciar su firma, o, si ya está firmada, solicitarle que la vuelva a firmar ante él, ratificando su contenido. Cualquiera de las tres opciones es válida.
- 3) La minuta debe ser traducida al idioma nacional (español).
- 4) El encargado de la traducción debe ser un traductor público matriculado y, si no lo hubiere, un intérprete que el escribano acepte. No es optativa o facultativa la elección del encargado de la traducción, sino que el principio general es que debe ser un traductor público matriculado; única y solamente en el caso en que no hubiere alguno, entonces sí será un intérprete que el escribano acepte.

Con respecto a la aceptación del intérprete, que procede únicamente en el caso de que no haya traductor público matriculado, el nuevo Código la ha delegado en el escribano, es decir, será el escribano quien aceptará o no al intérprete. Esta es otra diferencia con la redacción anterior, ya que el artículo 999 CCIV delegaba en sede judicial la elección de un reemplazante, mientras que ahora delega en el escribano aceptar dicha elección, es decir que el nuevo Código ha modificado con acierto la delegación judicial en delegación notarial. Esto es muy útil para los casos en que la lengua no es usual y no exista traductores públicos matriculados de ese idioma.

- 5) La minuta y su traducción, es decir, los dos instrumentos, deben quedar agregados al protocolo. Ello significa tal como lo dice la norma que hay que agregar al protocolo ambos originales. No implica que la minuta deba transcribirse en la escritura.

5.3. Testamentos. Testador que ignora el idioma nacional

En el código derogado, el artículo 3663 exigía que si el testador no podía testar sino en un idioma extranjero, se requería la presencia de dos intérpretes que hicieran la traducción al castellano y el testamento debía en tal caso escribirse en los dos idiomas. Además, los testigos debían entender uno y otro idioma. El nuevo Código no regula este supuesto en materia testamentaria ni reitera ese complicado procedimiento, sino que directamente al regular los requisitos del testamento por acto público en el artículo 2479, en su último párrafo remite expresamente a los artículos 299 y siguientes, diciendo que “a esta clase de testamento se aplican las disposiciones de los artículos 299 y siguientes”. Por lo tanto, y por aplicación de esa remisión expresa, debe entenderse que en el caso del testador que ignore el idioma nacional, al testamento se le aplicará el artículo 302.

Asimismo, el artículo 2479 permite que el testador pueda darle al escribano sus disposiciones ya escritas o solo darle por escrito o verbalmente las que el testamento debe contener, para que las redacte en la forma ordinaria. Y agrega que en ningún

caso las instrucciones escritas pueden ser invocadas contra el contenido de la escritura pública. En consecuencia, y combinando ambos artículos, el testador que ignore el idioma nacional debería dar sus instrucciones por escrito al escribano conforme el artículo 2479, las que deberían estar traducidas por traductor público matriculado, y esto equivaldría a la minuta conforme el artículo 302. Todo ello en presencia de los dos testigos testamentarios requeridos por la ley, quienes asistirán desde el comienzo hasta el fin del acto sin interrupción a los efectos de verificar que el testador presta conformidad.

6. Otorgante con discapacidad auditiva

El CCCN regula en su artículo 304 el caso del otorgante con discapacidad auditiva y el procedimiento a seguir para que pueda otorgar la escritura pública

Otorgante con discapacidad auditiva. Si alguna de las personas otorgantes del acto tiene discapacidad auditiva, deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante. Si es alfabeto, además, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella y el escribano debe dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada.

El nuevo Código elimina como incapaz al sordomudo que no sabe darse a entender por escrito y supera al anterior ya que el código derogado contemplaba en el artículo 1000 solamente el caso de los que sabían escribir (art. 1000):

Si las partes fueren sordomudas o mudas que saben escribir, la escritura debe hacerse en conformidad a una minuta que den los interesados, firmada por ellos, y reconocida la firma ante el escribano que dará fe del hecho. Esta minuta debe quedar protocolizada.

El nuevo artículo 304 se refiere a los casos en que el otorgante del acto tenga discapacidad auditiva, incluyendo a todos, los alfabetos o analfabetos. La discapacidad auditiva debe ser total, ya que el sentido de la norma es proteger al otorgante que no puede escuchar la lectura de la escritura pública en voz alta que realiza el escribano. Es decir, si el otorgante puede oír porque no tiene ninguna discapacidad auditiva o tiene una discapacidad auditiva parcial, es decir, de un solo oído, tiene implante coclear, audífonos, etc., no estaríamos frente al supuesto del artículo citado, ya que la persona podrá oír la lectura de la escritura.

6.1. ¿Cuál es el procedimiento a seguir? Testigos. Minuta

En todos los casos, se requiere la intervención de dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante. Luego, el nuevo Código distingue los casos de personas analfabetas o alfabetas. Si la persona es analfabeta (no sabe leer ni escribir), solo exige los dos testigos. Si la persona es alfabeto (sabe leer y escribir), además de los dos testigos, la escritura debe hacerse conforme a una minuta firmada por ella, el escribano debe dar fe de ese hecho y agregar dicha minuta al protocolo.

La Ley 404, además, contempla el caso del otorgante con discapacidad auditiva que sepa leer y escribir, quien debe leer por sí la escritura (art. 79, inc. a):

Redactada la escritura, presentes los otorgantes y, en su caso, los demás concurrentes y los testigos, cuando se los hubiere requerido o lo exigiere la ley, tendrán lugar la lectura, firma y autorización, con arreglo a las siguientes normas:

a) El notario deberá leer la escritura, sin perjuicio del derecho de los intervinientes de leer por sí, **formalidad esta que será obligatoria para el otorgante sordo.**

Es decir que, para la Ley 404, la lectura por sí de la escritura es un derecho de los comparecientes de ejercicio optativo. Pero en el caso del otorgante sordo, la ley, con carácter tuitivo, lo protege y establece que será obligatorio que dicha lectura la haga por sí mismo. En consecuencia, de la combinación de los artículos 304 CCCN y el 79 (inc. a) de la Ley 404 surge que:

- 1) para el caso del otorgante con discapacidad auditiva que no sepa leer ni escribir, el procedimiento quedará cumplido con la intervención de los dos testigos;
- 2) para el caso del otorgante con discapacidad auditiva que sepa leer y escribir, el procedimiento quedará cumplido con la intervención de los dos testigos más la minuta firmada y agregada al protocolo, y además la lectura de la escritura efectuada por sí mismo.

7. Contenido de la escritura

7.1. El epígrafe

Es una simple referencia a la naturaleza del acto a instrumentar y el nombre de las partes contratantes. El CCCN no lo contempla, pero sí las leyes notariales locales. En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 dice expresamente en su artículo 68 que en los documentos matrices “deberá consignarse, además, epígrafe que indique el objeto del documento y el nombre de las partes”. Asimismo, el artículo 56 del Decreto 1624 regula cómo confeccionar el epígrafe en el caso de la pluralidad de otorgantes y dice que “en el supuesto de pluralidad de otorgantes por parte, bastará consignar en epígrafe el nombre de uno de ellos, seguido de la expresión «y otro» o «y otros»”.

El Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, por Resolución 69/2015, fijó criterios generales a tener en cuenta al momento de consignar los epígrafes en las escrituras, estableciendo especialmente que no forma parte del cuerpo documental de la escritura, que no existe obligación legal de reproducirlo en la copia o testimonio aunque es aconsejable:

- 1) El epígrafe debe ser consignado, de acuerdo a lo establecido por la Ley 404, pero no forma parte del cuerpo documental de la escritura.
- 2) En caso de enmiendas, testados o entre líneas, el epígrafe debe ser salvado, sea mediante subsanación al margen o como cualquier salvado en una escritura previo a su firma.
- 3) El espacio en blanco al final del epígrafe no es necesario completarlo con guiones.

- 4) No existe obligación de reproducir el epígrafe en la primera copia o testimonio porque no integra la escritura, aunque resulta aconsejable hacerlo.
- 5) En caso de que la escritura contenga varios actos jurídicos es suficiente mencionar el principal. Si hubiere pluralidad de otorgantes por parte, podrá consignarse el nombre de uno de ellos, seguido de la expresión «y otro» o «y otros».

Medios de subsanación por error y omisión:

- Si falta el epígrafe, se puede consignar por nota marginal.
- Si está consignado en forma incompleta o errónea, se puede complementar o rectificar también por nota marginal.

7.2. La numeración

El CCCN recepta la numeración correlativa y el protocolo anual, estableciéndolo implícitamente en los artículos 299 y 300 al decir que la escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo y que este debe estar numerado correlativamente en cada año calendario.

En cuanto a sus formalidades, debe ser correlativa a partir del “uno”, durante el año calendario, y su expresión puede ser letras y/o en números según las leyes locales. En la Ciudad de Buenos Aires debe expresarse en letras, ya que la Ley 404 prohíbe utilizar guarismos para el número de la escritura (art. 61): “no se utilizarán guarismos para expresar el número de escritura”. Asimismo, establece que la numeración debe ser sucesiva durante el año calendario (art. 68): “los documentos matrices deberán [...] llevar cada año calendario numeración sucesiva del uno en adelante”; y contempla qué sucede con la numeración en dos casos: el de la “escritura sin efecto”, donde no se interrumpe la enumeración, y el del “erróreo”, donde se repetirá la numeración (art. 74).

Medios de subsanación por error y omisión:

- Si hay error, omisión o se repite el número de la escritura ya pasada, se debe denunciar el hecho al Colegio de Escribanos, el que consignará nota marginal de conocimiento a través de un inspector.¹¹

7.3. Lugar

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en el artículo 305, inciso a): “La escritura debe contener: a) lugar [...] de su otorgamiento”. Debe coincidir con la competencia territorial del escribano, que también es un requisito de validez del instrumento público (art. 290, inc. a).

La sanción de su omisión es la nulidad instrumental; así lo establece el artículo 309: “Son nulas las escrituras que no tengan la designación del [...] lugar en que sean hechas”.

11. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, ob. cit. (cfr. nota 7), p. 15.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta del lugar de otorgamiento de la escritura se subsana por medio de escritura de reproducción del acto.¹²

7.4. Fecha

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en el artículo 305, inciso a): “La escritura debe contener: a) [...] fecha de su otorgamiento”. Su expresión en letras y/o en números dependerá de las leyes locales. En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 prohíbe la utilización de guarismos para expresar la fecha, por lo que debe expresarse en letras (art. 61): “No se utilizarán guarismos para expresar [...] su fecha”. Asimismo, la citada ley establece que los documentos matrices “deberán ordenarse cronológicamente” (art. 68).

La sanción de su omisión es la nulidad instrumental; así lo establece el artículo 309 CCCN: “Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo [...] en que sean hechas”.

El error material no ocasiona la nulidad si surge indubitadamente de otros elementos del protocolo y no hubo engaño o fraude. Armella propone la hipótesis de una escritura pública donde se expresa mal el año mientras que los documentos anteriores y posteriores a ese lucen la misma data

... fácil es advertir que es un simple error material, cotejando las escrituras públicas anteriores y posteriores. Se trata, indudablemente, de una conducta ajena a toda intención o propósito de perjuicio por parte del autorizante y no cabe al acto la sanción de nulidad del artículo 1005 del Código Civil, sino tan solo de la observabilidad, saneable por nota marginal o por documento notarial posterior, según los casos. Ello no quita a que el autor del documento responda disciplinariamente...¹³

En el mismo sentido se ha expedido el Departamento de Inspección de Protocolos del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en la medida en que la escritura se encuentre en la página que corresponde al protocolo, entre escrituras del mismo año: “el errar en la enunciación del año en que fue otorgada la escritura no la anula y procede salvarlo con una aclaración marginal”.¹⁴

Medios de subsanación por error y omisión:

- El error u omisión en la fecha pero únicamente en el año se rectifica por nota marginal.

12. Ídem, p. 14.

13. ARMELLA, Cristina N., “El documento notarial sin compareciente. A propósito de las subsanaciones”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 918, 1994, p. 299.

14. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CAPITAL FEDERAL, “Doctrina sentada por el Colegio en los expedientes de inspecciones”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 754, 1977, p. 979. Esto así, en la medida en que la escritura se encuentre en la página que corresponde al protocolo, entre escrituras del mismo año.

- La falta de la fecha completa de otorgamiento de la escritura se subsana por escritura de reproducción del acto. El error en el día y mes de la fecha se subsana mediante escritura rectificatoria de fecha con reproducción del acto.¹⁵

7.5. La hora

No es requisito esencial: “si cualquiera de las partes lo requiere o el escribano lo considera conveniente, la hora en que se firma el instrumento” (art. 305 CCCN, inc. a). Como es un requisito optativo, su omisión no acarrea nulidad instrumental ni observación alguna.

7.6. Comparecencia

7.6.1. Datos personales

Los datos personales de los comparecientes están regulados en el artículo 305, inciso b):

La escritura debe contener: [...] b) los nombres, apellidos, documento de identidad, domicilio real y especial si lo hubiera, fecha de nacimiento y estado de familia de los otorgantes; si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge, si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto; si el otorgante es una persona jurídica, se debe dejar constancia de su denominación completa, domicilio social y datos de inscripción de su constitución si corresponde.

El derogado artículo 1001 CCIV solo contenía: los nombres y apellidos, si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio o vecindad. El nuevo Código reitera algunos requisitos, elimina e incorpora otros, quedando así: 1) los nombres y apellidos, 2) documento de identidad, 3) domicilio real y especial si lo hubiera, 4) fecha de nacimiento y 5) estado de familia de los otorgantes. Agrega que, si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto. Y además regula que si el otorgante es una persona jurídica, se debe dejar constancia de: 1) la denominación completa, 2) el domicilio social y 3) los datos de inscripción de su constitución si corresponde.

La exigencia de los datos personales se extiende a todos los comparecientes, ya sean otorgantes, partes, testigos, etc. porque establece que la expresión *compareciente*, propia del lenguaje notarial, abarca a las partes, los representantes, los testigos, los cónyuges y otros intervinientes en el acto. Así lo establecen expresamente el artículo 301 y los fundamentos, ya citados.¹⁶

15. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, ob. cit. (cfr. nota 7), p. 15.

16. *Fundamentos del CCCN*, p. 44.

Medios de subsanación:

Con respecto a la falta de los datos de los comparecientes, debemos distinguir tres situaciones:

- Si falta algún dato del compareciente exigido por el artículo 305 inciso b) y además comprendido en el artículo 309 (único caso: el nombre de los otorgantes), estaremos frente a una nulidad instrumental y se subsana mediante escritura de reproducción del acto.
- Si falta algún dato del compareciente exigido por el artículo 305 inciso b) pero que no está comprendido en el artículo 309 (cualquier otro dato que no sea el nombre de los otorgantes), se subsana mediante escritura complementaria con el compareciente de quien se omitieron los datos.
- Si falta algún dato del compareciente no exigido por el artículo 305 inciso b) (p. ej., CUIT/CUIL), se subsana por nota marginal.

7.6.2. Nombres y apellidos

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en el artículo 305, inciso b): “La escritura debe contener: [...] b) los nombres, apellidos [...] de los otorgantes”. Los apellidos de los comparecientes deben ir destacados en letras mayúsculas. A partir del 1 de agosto de 1952, en toda escritura pública, ya sea que se emplee al extenderla la forma manuscrita o mecanografiada, los apellidos de los otorgantes serán consignados totalmente en letras mayúsculas, usándose minúsculas para los nombres propios. Cuando se utilice el sistema manuscrito, los nombres y apellidos de los otorgantes se escribirán en letras con tipo de imprenta, destacándose el apellido. Igual procedimiento se observará en la expedición de las copias manuscritas o mecanografiadas (Resolución CD, 30/6/1952).

La sanción de su omisión es la nulidad instrumental. Así lo establece el artículo 309: “Son nulas las escrituras que no tengan [...] el nombre de los otorgantes...”.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de nombre y apellidos del otorgante se subsana por reproducción del acto.
- El error en nombre y apellidos del otorgante se subsana por escritura rectificatoria.

7.6.3. Documento de identidad

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en el artículo 305, inciso b): “La escritura debe contener: [...] b) [...] documento de identidad [...] de los otorgantes...”. La norma no especifica cuál es el documento de identidad que se debe consignar, pero hay que seguir el mismo criterio que para la justificación de la identidad –se desarrollará posteriormente– y, en consecuencia, hay que tener en cuenta la reciente normativa del Registro Nacional de las Personas que estableció como obligatoria, a partir del 1 de abril de 2017, la utilización del nuevo documento nacional de identidad digital, tanto la tarjeta plástica como la libreta tapa celeste, siendo estos los úni-

cos documentos idóneos (quedan exceptuadas de este requisito las personas mayores de setenta y cinco años y los incapaces declarados judicialmente).¹⁷

Su omisión no acarrea la nulidad instrumental, ya que no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 309. No obstante, al ser un requisito esencial, rige el último párrafo del citado artículo, en el sentido de que las inobservancias de otras formalidades no anulan las escrituras pero los escribanos pueden ser sancionados. En consecuencia, en caso de omisión o error del mismo, este debe ser subsanado.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta del número de documento se subsana por escritura complementaria con compareciente.
- El supuesto de error de *tipeo* en la clase o en el número del documento de identidad consignados en la escritura puede ser corregido por nota marginal en base a documentación fehaciente, cuya fotocopia debe ser agregada, incluso si el compareciente ha sido identificado por conocimiento del autorizante.¹⁸

7.6.4. Domicilio real y especial

El CCCN lo establece en el artículo 305 inciso b): “La escritura debe contener: [...] b) [...] domicilio real y especial si lo hubiera [...] de los otorgantes”. Los fundamentos del Código dicen que

El régimen del domicilio se simplifica, eliminándose la categoría del domicilio de origen. El domicilio es el lugar donde se reside habitualmente, pero quien tiene actividad profesional y económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para las obligaciones nacidas de dicha actividad.¹⁹

El domicilio real es un requisito esencial y siempre debe expresarse. El domicilio especial no es un requisito esencial y, por lo tanto, solo se expresará si lo hubiera.

El domicilio real está regulado en el artículo 73:

La persona humana tiene domicilio real en el lugar de su residencia habitual. Si ejerce actividad profesional o económica, lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad.

Esto significa que el domicilio real será el que la persona declara que es su residencia habitual.

El domicilio especial está regulado en el artículo 75: “Las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan”. Entonces, el artículo 305 inciso b) permite que los otorgantes puedan, si lo desean, consignar un domicilio especial para el ejercicio de los derechos y obligaciones que emanen de ese contrato (p.ej., domicilios constituidos en los contratos de locación, boletos, mutuos, hipotecas, etc.).

17. Resoluciones RENAPER 3020/2014, 3117/2014, 2030/2015, 617/2016 y 1740/2016.

18. Pautas de inspección de protocolos aprobadas por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires por Resolución 165/2016. [N. del E.: ver en <https://goo.gl/ZJKgma> y en <https://goo.gl/Nefjmp>].

19. *Fundamentos del CCCN*, p. 30.

En consecuencia, ¿siempre se debe consignar el domicilio real? Sí. ¿Debe consignarse la palabra *real*? No. ¿Tiene que coincidir con el domicilio que figura en su documento nacional de identidad? No. La declaración del domicilio real es una manifestación autenticada del propio compareciente y, por lo tanto, es bajo su responsabilidad. ¿Y si ejerce actividad profesional o económica, lo tiene en el lugar donde desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad (p.ej., el representante de una sociedad podrá tener su domicilio “real” en la sede social)? Sí, por el artículo 73. ¿Siempre debe consignarse el domicilio especial? No, solo si lo hubiera.

Su omisión no acarrea la nulidad instrumental, ya que no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 309. Pero, al ser el domicilio real un requisito esencial, rige el último párrafo del citado artículo en el sentido de que la inobservancia de otras formalidades no anula las escrituras aunque los escribanos pueden ser sancionados. En consecuencia, en caso de omisión o error del mismo, este debe ser subsanado.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta del domicilio real se subsana por escritura complementaria con compareciente.
- El error de *tipeo* en el domicilio real consignado en la escritura puede ser corregido por nota marginal en base a documentación fehaciente, cuya fotocopia debe ser agregada, incluso si el compareciente ha sido identificado por conocimiento del autorizante.²⁰

7.6.5. Fecha de nacimiento

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en el artículo 305, inciso b): “La escritura debe contener: [...] b) [...] fecha de nacimiento [...] de los otorgantes”. Su omisión no acarrea la nulidad instrumental, ya que no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 309. Pero, al ser un requisito esencial, rige el último párrafo del citado artículo en el sentido de que la inobservancia de otras formalidades no anula las escrituras pero los escribanos pueden ser sancionados. En consecuencia, en caso de omisión o error de la misma, esta debe ser subsanada.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de fecha de nacimiento se subsana por escritura complementaria con compareciente.
- El error de *tipeo* en la fecha de nacimiento consignada en la escritura puede ser corregido por nota marginal en base a documentación fehaciente, cuya fotocopia debe ser agregada, incluso si el compareciente ha sido identificado por conocimiento del autorizante.²¹

20. Cfr. nota 18.

21. *Ibidem*.

7.6.6. Estado de familia

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en el artículo 305, inciso b):

La escritura debe contener: [...] b) [...] estado de familia de los otorgantes; si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge, si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto...

Los estados de familia o estados civiles son cuatro: soltero, casado, viudo o divorciado. La unión convivencial no es un estado civil.

¿Cuándo hay que consignar el nombre y apellido del cónyuge del compareciente? El nuevo Código exige que si se trata de personas casadas y fuere relevante en atención a la naturaleza del acto (p. ej., compraventa), se consigne también el nombre del cónyuge y el orden de nupcias, es decir, si lo son en primeras, segundas, etc. En la Ciudad de Buenos Aires, el artículo 77 de la Ley 404 sigue el mismo criterio y, al regular los requisitos formales de las escrituras públicas, establece que será necesario consignar el nombre y apellido del cónyuge de los sujetos negociales solo cuando esto sea relevante por la naturaleza del acto (p. ej., compraventa):

Además de los requisitos formales [...] las escrituras públicas deberán expresar:
a) [...] el nombre del cónyuge cuando los sujetos negociales fueren casados, divorciados o viudos, cuando ello resulte relevante por la naturaleza del acto.

Esto se refuerza en el artículo 44 del Decreto 1624:

Sólo será necesario consignar en las escrituras públicas [...] el nombre del cónyuge de los sujetos negociales cuando ello resulte relevante por la naturaleza del acto.

La diferencia entre el CCCN y la Ley 404 radica en que el nuevo Código exige que este requisito sea solo para las personas casadas y la Ley 404 lo exige para casados, viudos y divorciados. En consecuencia, combinando ambas normas y respetando su sentido, se debe interpretar que se aplicará para los casos de otorgantes casados, viudos o divorciados. Sin embargo, el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires resolvió que el Departamento de Inspección de Protocolos observe la omisión del grado de nupcias y el nombre del cónyuge de los sujetos negociales solo cuando fueren casados y siempre que ello resulte relevante por la naturaleza del acto, conforme a lo establecido por el artículo 305 CCCN (inc. b), en venta, permuta, dación en pago, hipoteca, cesión de crédito hipotecario, transferencia de taxi con vehículo o en otros actos de disposición (Resolución 153/2016).²²

Su omisión no acarrea la nulidad instrumental, ya que no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 309. Pero al ser un requisito esencial, rige el último párrafo del citado artículo en el sentido de que la inobservancia de otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos pueden ser sancionados. En consecuencia, en caso de omisión o error del estado civil, este debe ser subsanado.

22. *Ibidem*.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta del estado civil se subsana por escritura complementaria con compareciente.
- El error en el estado civil se subsana por escritura rectificatoria con compareciente o por información sumaria (si implica pasar de casado a soltero).
- La falta de nombre del cónyuge de los sujetos negociales, en los casos en que es relevante por la naturaleza del acto, se subsana por escritura complementaria con el compareciente de quien se omitieron los datos.

7.6.7. Personas jurídicas. Datos

En el caso de que el otorgante sea una persona jurídica, el CCCN exige en su artículo 305 (inc. b) que se consigne “su denominación completa, domicilio social y datos de inscripción de su constitución si corresponde”.

La Ley General de Sociedades 19550 –otra ley de fondo–, establece en su artículo 11 que “el instrumento de constitución debe contener: [...] 2) la razón social o la denominación, y el domicilio de la sociedad”.

En la Ciudad de Buenos Aires, estos requisitos ya estaban regulados en el artículo 77 de la Ley 404:

... las escrituras públicas deberán expresar: a) [...] Tratándose de personas jurídicas, la denominación o razón social, la inscripción de su constitución, si correspondiere, y el domicilio.

7.6.7.1. Denominación

La sanción de su omisión es la nulidad instrumental. Así lo establece el artículo 309: “Son nulas las escrituras que no tengan [...] el nombre de los otorgantes...”.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de la denominación social del otorgante se subsana por reproducción del acto.
- El error en la denominación social del otorgante se subsana por escritura rectificatoria.

7.6.7.2. Domicilio social y datos de inscripción de su constitución si corresponde

Por domicilio social debe entenderse la jurisdicción de la persona jurídica, diferenciándose de la sede social. Lo regula el artículo 152 CCCN:

Domicilio y sede social. El domicilio de la persona jurídica es el fijado en sus estatutos o en la autorización que se le dio para funcionar. La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas. El cambio de domicilio requiere modificación del estatuto. El cambio de sede, si no forma parte del estatuto, puede ser resuelto por el órgano de administración.

La expresión “datos de inscripción de su constitución si corresponde” se interpreta en el sentido de que debe constar el dato de inscripción siempre que la persona jurídica se encuentre inscrita y en todo acto que otorgue pero no así en las actas (p. ej., no se consignarán los datos de inscripción de la Iglesia Católica, del Enargas, la Biblioteca Nacional ni cualquier otra persona jurídica que no tuviere datos de inscripción).²³

Su omisión no acarrea la nulidad instrumental, ya que ninguno de los dos son supuestos contemplados en el artículo 309. Pero al ser ambos requisitos esenciales, rige el último párrafo del citado artículo en el sentido de que la inobservancia de otras formalidades no anula las escrituras pero los escribanos pueden ser sancionados. En consecuencia, en caso de omisión o error de los mismos, estos deben ser subsanados.

Medios de subsanación por error y omisión:

Al inspeccionar escrituras posteriores al 1º de agosto de 2015 en las que la otorgante sea una persona jurídica, el Departamento de Inspección de Protocolos observará en las escrituras públicas y no así en las actas notariales, la omisión del domicilio social y/o de los datos de inscripción de la constitución si correspondiere –no de posteriores modificaciones– conforme lo establecido por el artículo 305 inciso b) del CCCN. La forma de subsanación de dicha omisión es el otorgamiento de una escritura complementaria por el representante de la misma. El supuesto de error en el domicilio social o en los datos de inscripción de la constitución de la persona jurídica consignados en la escritura puede ser corregido por nota marginal en base a documentación fehaciente, cuya fotocopia debe ser agregada. Se entenderá por domicilio social la jurisdicción de la persona jurídica, diferenciándose de su sede social.²⁴

7.6.8. Otros datos de identificación. Nacionalidad y profesión

La Ley 19550 establece en su artículo 11 la obligatoriedad de consignar en el instrumento de constitución: “nacionalidad [...] profesión [...] de los socios...”.

La Ley 17801, en su artículo 3 bis, establece la obligatoriedad del CUIT, CUIL o CDI para los documentos del artículo 2 inciso a) de la misma ley.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 dice en su artículo 77:

Además de los requisitos formales [...] las escrituras públicas deberán expresar: [...] b) Cualquier otro dato identificatorio requerido por la ley, los interesados o por el notario cuando éste lo considerare conveniente. [*P. ej., documento nacional de identidad, nombre de los padres si es soltero, etc.*] c) El carácter que invistan los comparecientes que no son partes en el acto o negocio documentado. [*P. ej., traductor público*].²⁵

23. *Ibidem*.

24. *Ibidem*.

25. Los ejemplos nos pertenecen.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de o el error en la nacionalidad y/o la profesión en la constitución de sociedades comerciales no se puede subsanar por nota marginal. Debe subsanarse por escritura complementaria, aclaratoria o rectificatoria con el compareciente. La falta de o error en la CUIT, CUIL o CDI se subsana por nota marginal.

7.7. Juicio de capacidad

El CCCN no lo exige. Es un juicio de valor que no contiene fe pública. Las leyes notariales lo contemplan como un deber notarial, ya que responde a una exigencia profesional ineludible: la de examinar la capacidad suficiente para ese otorgamiento.

No requiere constancia documental en algunas legislaciones, como es el caso de la Ciudad de Buenos Aires (art. 77 inc. d Ley 404). Sin embargo, ello no significa que se exima al escribano del deber notarial de apreciar la aptitud de las personas intervinientes, obligatorio en esa demarcación:

- “... son deberes de los escribanos de registro [...] d) apreciar la [...] aptitud de las personas intervinientes...” (art. 29 inc. d Ley 404).
- “La formación del documento notarial [...] competencia del notario, es función indelegable de éste, quien deberá: [...] c) Examinar la aptitud [...] de las personas...” (art. 60 Ley 404).
- “Además de los requisitos formales [...] las escrituras deberán expresar: [...] d) El juicio de capacidad de las personas físicas no requerirá constancia documental” (art. 77 Ley 404).

Medios de subsanación por error y omisión:

- En el caso de que alguna legislación notarial local exija constancia documental, se subsana por nota marginal.
- En el caso de que no se exija constancia documental, su omisión documental no debe subsanarse.

7.8. Justificación de la identidad

El CCCN lo establece en su 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 idéneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes; b) por afirmación del conocimiento por parte del escribano.

Se eliminó a los testigos de conocimiento como medio de justificación de la identidad, contenido en el artículo 1002 (inc. b) del código derogado.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 77 dice que

Además de los requisitos formales [...] las escrituras públicas deberán expresar: [...] b) Cualquier otro dato identificatorio requerido por la ley, por los interesados o por el notario cuando éste lo considerare conveniente.

Y en el artículo 79 se establece que “el notario [...] firmante a ruego y hará constar el medio de su identificación”.

Conforme a las citadas resoluciones del Registro Nacional de las Personas,²⁶ todos los documentos de confección manual, tales como la libreta de enrolamiento, la libreta cívica y los documentos nacionales de identidad verdes y morados, perdieron su vigencia el 31 de marzo de 2017. Por lo tanto, a partir del 1 de abril de 2017, no pueden considerarse idóneos para justificar la identidad en los términos del artículo 306 inciso a) del CCCN, ya que dejaron de ser documentos vigentes (quedan exceptuados las personas mayores de setenta y cinco años y los incapaces declarados judicialmente). A partir del 1 de abril de 2017, es obligatoria la utilización del documento nacional de identidad digital en los formatos libreta de tapa celeste o tarjeta plástica, y son estos los únicos documentos idóneos.

El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires puso a disposición de sus matriculados un dictamen de sus autoridades, en base a un proyecto elaborado por el asesor jurídico notarial Jaime Giralt Font, sobre las mencionadas resoluciones de la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas. Del dictamen surge que

Como bien asiente el Esc. Jaime Giralt Font, «La inquietud que puede despertar la primera de esas normas respecto de la actividad notarial es cómo debe procederse si algún otorgante carece del documento nacional de identidad en formato digital, tanto la tarjeta plástica como la libreta de tapa celeste, después de la entrada en vigencia de la citada Resolución».

Los considerandos de dicha resolución establecen:

«Que en esa inteligencia, resulta necesario establecer el plazo dentro del cual deberá realizarse el canje de los documentos de identidad de confección manual, entendiéndose por éstos a las libretas cívicas, libretas de enrolamiento, documento nacional de identidad para argentinos de tapa verde y documento nacional de identidad para extranjeros de tapa bordó confeccionados a mano, por parte de aquellas personas que aún no lo hayan realizado».

«Que la validez de los documentos de confección manual se extenderá durante el plazo previsto para el canje, cumplido el cual se producirá la pérdida de vigencia de los mismos, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 17671».

El artículo 306 inciso a) del CCCN dispone que la identidad de los comparecientes debe justificarse por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo.

La Academia Nacional del Notariado tiene dicho que la identidad a justificar corresponde a la «registrada en el Registro Nacional de las Personas según así lo dispone el art. 2 inc. a de la ley 17671 [...] mediante el registro de sus antecedentes de mayor importancia desde el nacimiento y a través de las distintas etapas de la vida, los que se mantendrán permanentemente actualizados».

El artículo 13 de la Ley 17671 dispone que: «La presentación del documento nacional de identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas será obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad de las personas comprendidas en esta ley, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad cualquiera fuere su naturaleza y origen». Dicha ley en su artículo 57 otorga al RENAPER la facultad de regular el canje de documentos. Es el escribano autorizante quien ha de calificar la idoneidad del do-

26. Cfr. nota 17.

cumento, es decir, la aptitud del documento exhibido para justificar la identidad del compareciente.

Tiene dicho la Academia Nacional del Notariado que la idoneidad a calificar es la jurídica y la material. «La idoneidad jurídica se relaciona con la calidad del compareciente y la obligación de disponer la documentación dispuesta conforme la legislación general mientras que «la idoneidad material se vincula con el estado corporal del documento la cual permite percibir los datos allí contenidos». Al evaluar la idoneidad jurídica del documento el compareciente debe disponer de la documentación dispuesta conforme la legislación general, lo que implica que el compareciente debe exhibir un documento vigente.²⁷

7.8.1. Testigos testamentarios

Se eliminó el artículo 3699 CCIV, que establecía que los testigos debían ser conocidos del escribano y que, de no ser así, dos personas debían asegurar su identidad y residencia. Como también se eliminó que los testigos testamentarios tengan que tener el mismo domicilio que el escribano autorizante del testamento, en consecuencia y a partir del nuevo Código, pueden domiciliarse en cualquier lugar del país.

El nuevo Código, al regular los requisitos del testamento por acto público en su artículo 2479, en su último párrafo remite expresamente a los artículos 299 y siguientes, diciendo que “a esta clase de testamento se aplican las disposiciones de los artículos 299 y siguientes”. En consecuencia, el nuevo Código les aplica a los testigos testamentarios las reglas generales de los artículos 299 y siguientes, y entre ellos se encuentra el artículo 306. Por lo tanto, por la remisión expresa del artículo 2479 CCCN, se puede justificar la identidad de los testigos testamentarios y cualquier otra clase de testigos de una escritura pública por cualquiera de los dos medios del artículo 306.

La omisión de la justificación de la identidad de los testigos testamentarios no acarrea la nulidad instrumental, ya que no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 309. Pero rige el último párrafo del citado artículo en el sentido de que las inobservancias de otras formalidades no anulan las escrituras pero los escribanos pueden ser sancionados. En consecuencia, en caso de omisión o error de la misma, esta debe ser subsanada.

Medios de subsanación por error y omisión:

- Si falta justificar la identidad del compareciente de acuerdo con el artículo 306 inciso a) (por exhibición del documento idóneo), se subsana por nota marginal; si es de acuerdo con el inciso b) (afirmación por conocimiento), se subsana por nota marginal.
- Si falta la fotocopia de las partes pertinentes del documento con que justifica su identidad el compareciente, se subsana agregando fotocopia certificada con firma y sello.
- Si la fotocopia del documento con el que se acredita la identidad es ilegible, se subsana colocando nota en la copia del documento, aclarando los datos que resultan ilegibles, con firma y sello del escribano.

27. Dictamen de las autoridades del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en base a un proyecto elaborado por el asesor jurídico notarial Jaime GIRALT FONT, 28/5/2015.

- Si no coincide el documento con el que se acredita la identidad entre la fotocopia agregada y el consignado en la escritura, puede subsanarse a) agregando fotocopia del citado en la escritura o b) por nota marginal, aclarando cuál fue el utilizado.
- Con respecto a la identificación del documento, se admite la remisión al citado en la comparecencia.
- Con respecto a la agregación al protocolo de la reproducción certificada de sus partes pertinentes, se admite la remisión a un folio anterior al cual se encuentra agregada.²⁸

La presente forma de subsanación se refiere a la omisión de la justificación de la identidad, debiendo diferenciarse de la omisión de consignar el documento de identidad como requisito esencial de la escritura pública –establecido por el artículo 305 inciso b) y explicado anteriormente (en 7.6.3.)–.

7.9. Intervención. Juicio de legitimación

Es el juicio por medio del cual el escribano deberá examinar si el compareciente interviene por sí o por otros en relación con el acto a instrumentarse y a las representaciones invocadas. Como es un juicio de valor, no tiene fe pública.

Debemos distinguir entre el juicio de legitimación y la acreditación de la legitimación. El juicio de legitimación deberá examinarse en todas las escrituras públicas, pero no en todas las escrituras públicas deberá acreditarse la legitimación. Esta deberá acreditarse si luego de realizar el juicio de legitimación del mismo resultara que se debe hacer ya sea por notoriedad o con documentación habilitante. En este último caso, esta acreditación es una manifestación auténtica que goza de fe pública.

Las leyes locales lo establecen como un deber notarial. En la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 404: “son deberes de los escribanos de registro [...] d) [...] apreciar [...] la legitimación [...] de las personas intervinientes”. Y, de acuerdo con el artículo 60 de dicha ley: “La formación del documento notarial [...] competencia del notario, es función indelegable de éste, quien deberá: [...] c) Examinar la [...] legitimación de las personas...”.

Medios de subsanación por error y omisión:

- Al ser un juicio de valor, el juicio notarial de legitimación se subsana por nota marginal.
- La acreditación de la legitimación en el caso de que la intervención sea por otro y se acredite con documentación habilitante, se puede subsanar por nota marginal.
- El carácter en que actúa el compareciente es una manifestación autenticada del compareciente, por lo que se subsanará por escritura complementaria, aclaratoria o rectificatoria.

28. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, ob. cit. (cfr. nota 7), p. 14.

7.10. Exposición y estipulación

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en su artículo 305 inciso c): “La escritura debe contener [...] c) la naturaleza del acto y la individualización de los bienes que constituyen su objeto”. La exposición (*narratio*) comprende aquellos antecedentes y presupuestos del negocio que se documenta que pudieran considerarse útiles o necesarios para precisar el objeto. Comprende la descripción de la cosa o derecho sobre la que se constituirán las relaciones jurídicas.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 77 dice:

Además de los requisitos formales, de contenido y de redacción [...] las escrituras públicas deberán expresar: [...] e) La naturaleza del acto y la determinación de los bienes que constituyan su objeto.

La estipulación consiste en las manifestaciones de los otorgantes. Al recibir la voluntad de los otorgantes las debe interpretar y luego adecuar, dando la forma legal que corresponda y redactar el instrumento adecuado a tal fin. Es la parte dispositiva de la escritura; contiene los elementos que integran el objeto negocial: acuerdos, pactos y modalidades del negocio.

Están contempladas en el artículo 301, con la eficacia probatoria del 296 inciso b):

Artículo 301. Requisitos. El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente...

Artículo 296. Eficacia probatoria. El instrumento público hace plena fe: [...] b) en cuanto al contenido de las declaraciones 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.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 60 dice:

La formación del documento notarial [...] competencia del notario [...] es función indelegable de éste, quien deberá: a) Recibir por sí mismo las declaraciones de voluntad de los comparecientes [...] adecuarlas al ordenamiento jurídico y reflejarlas en el documento.

Dichas declaraciones y convenciones de los otorgantes pueden ser:

- 1) *Cláusulas dispositivas.* Contienen los elementos tipificantes del acto o contrato, principales o esenciales; por ejemplo, cosa vendida y pago del precio.
- 2) *Cláusulas enunciativas directas.* No contienen los elementos tipificantes del acto o contrato, pero se relacionan directamente con ellos: a) declaraciones del vendedor: transmisión de derechos inherentes al dominio y a la posesión, tradición, impuestos, gravámenes, evicción y vicios redhibitorios, declaraciones juradas de bien de reemplazo por impuesto a la transferencia de inmuebles o ganancias; b) declaraciones del comprador: aceptación de la transferencia del dominio, posesión, asunción de gravámenes, origen del dinero, declaraciones juradas por el impuesto de sellos; c) declaraciones conjuntas: suscripción o no

de boleto previo, deudas por impuestos, tasas, contribuciones, sus diferencias y expensas, paridad cambiaria acordada; d) asentimiento conyugal.

- 3) *Cláusulas enunciativas indirectas*. No contienen los elementos tipificantes del acto o contrato, y no se relacionan directamente con ellos sino de forma indirecta, accidental o meramente enunciativa; por ejemplo, teléfonos, nota del reglamento, etc.

Medios de subsanación por error y omisión:

- En la individualización del bien objeto del acto, hay que hacer las siguientes distinciones. Si la corrección de errores u omisiones en texto de los documentos autorizados se refieren a datos y elementos aclaratorios y determinativos accidentales, de carácter formal o registral y que resulten de títulos, planos u otros documentos fehacientes, referidos expresamente en el documento y en la medida en que no se modifiquen partes sustanciales relacionadas con la individualización de los bienes objeto del acto ni se alteraren las declaraciones de las partes, se puede subsanar por nota marginal (art. 81 Ley 404). Si así no fuera, no se puede subsanar por nota marginal sino por escritura complementaria, aclaratoria, rectificatoria con compareciente o escritura de reproducción del acto, según corresponda. Las declaraciones de los otorgantes no pueden subsanarse por nota marginal, sino por escritura complementaria, aclaratoria o rectificatoria con compareciente, según corresponda.

7.11. Constancias notariales

7.11.1. Corresponde

Es imprescindible en las escrituras de constitución, modificación, transmisión o cesión de derechos reales sobre inmuebles, para mantener el encadenamiento legal. La Ley 17801 en su artículo 23 dice:

Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles sin tener a la vista el título de propiedad inscripto en el Registro...

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 77 lo incluye como un requisito de la escritura pública:

... las escrituras públicas deberán expresar: [...] f) La **relación de los documentos** que se exhibieren al notario para fundar las titularidades activas y pasivas de derechos y obligaciones, invocadas por las partes.

Medios de subsanación por error y omisión:

- Se realiza por nota marginal o escritura complementaria sin compareciente.

7.11.2. Acreditación de la legitimación

El CCCN en su artículo 307 regula la forma en que se debe acreditar la legitimación con documentación habilitante:

Si el otorgante de la escritura es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo, excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano. En caso de que los documentos habilitantes ya estén protocolizados en el registro del escribano interviniente, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 la regula en su artículo 78:

Procuraciones y documentos habilitantes: a) Cuando los otorgantes actúen, en nombre ajeno y en ejercicio de representación, el notario deberá proceder de acuerdo con lo establecido en el Código Civil y dejar constancia en la escritura de los datos relativos al lugar y fecha de otorgamiento del documento habilitante, del nombre del funcionario que intervino o folio del protocolo, demarcación y número del registro notarial, si el documento constare en escritura pública, y de cualquier otra mención que permitiere establecer la ubicación del original, y los datos registrales, cuando fueren obligatorio. b) El notario deberá comprobar el alcance de la representación invocada y hacer constar la declaración del representante sobre su vigencia.

Para acreditar la legitimación con documentación habilitante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo. El nuevo Código exige la presentación del documento original y si es un documento que tiene por único asunto el que se instrumenta, debe agregarse al protocolo, excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano. Si es un documento que contiene más de un asunto o que haga necesaria su devolución, el escribano debe exigir que se le exhiba el original, debe certificar una fotocopia y agregarla al protocolo y recién luego devolverlo.

El nuevo Código dice que la certificación de la fotocopia debe ser formalizada por el mismo escribano que tuvo el original a la vista, aunque parte de la doctrina admite que dicha certificación puede ser realizada por otro escribano. Asimismo, cuando se haga necesaria la devolución de los poderes o de otros documentos habilitantes, exige al escribano de expresar la circunstancia, tal como lo exigía el código derogado. En caso de que los documentos habilitantes ya estén protocolizados en el mismo registro del escribano interviniente o los hubiere otorgado el mismo, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año.

Medios de subsanación por error y omisión:

- Si no se acredita la legitimación, se subsana por nota marginal o escritura complementaria sin compareciente.
- Si falta agregar documentación habilitante, se subsana agregándola debidamente autenticada.
- La falta de la documentación obligatoria que dice agregar se subsana agregándola. Toda la documentación cuya agregación no es obligatoria que el escribano cita en su escritura y dice que agrega deberá ser agregada.

- Poderes como documentación habilitante agregada en fotocopia de matriz se subsana agregando fotocopia certificada del testimonio original. La fotocopia de la matriz no reemplaza a la fotocopia de la copia o testimonio original para acreditar las pertinentes personerías o representaciones.
- No se puede suplir la primera o ulterior copia por la fotocopia de la escritura matriz.²⁹

7.11.3. Certificados registrales

Son aquellos certificados que deben solicitarse para los casos contemplados en el artículo 23 de la Ley 17801, es decir, los relacionados con derechos reales sobre inmuebles. En ellos se consigna el estado jurídico de los bienes y de las personas. Y es en el mismo artículo 23 donde se establece que las escrituras públicas deberán consignar el número, la fecha y las constancias que resulten de las certificaciones:

Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles sin tener a la vista [...] certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación.

Medios de subsanación por error y omisión:³⁰

- Si falta exhibir y/o agregar los certificados registrales citados, se subsana exhibiendo o agregando. En realidad, no son de agregación obligatoria, pero tratándose de la Ciudad de Buenos Aires o la provincia de Buenos Aires, deben ser exhibidos al inspector de protocolos, exprese o no la escritura que se agrega. Es decir, la exhibición es obligatoria; la agregación no, pero si la escritura dice que se agregan, se observa su falta de agregación.
- La falta de certificados registrales o la utilización de certificados cuyo plazo esté vencido deben ser observadas por el Departamento de Inspección de Protocolos.
- Si falta consignar el número y fecha de los certificados registrales, se subsana por nota marginal.
- La pérdida o extravío del certificado de dominio, se subsana agregando un informe del que surja el certificado referenciado que se ha perdido o extraviado y dejando constancia por nota marginal.
- La pérdida o extravío del certificado de inhabilitaciones se subsana agregando un informe del que surja la inexistencia de inhabilitación y dejando constancia por nota marginal.
- El error o diferencia de nombre y/o documento del disponente entre lo consignado en la escritura y lo informado en el respectivo certificado de inhabilitaciones se subsana agregando un nuevo informe: a) con los datos correctos y b) que se

29. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, ob. cit. (cfr. nota 7), p. 17.

30. Ídem, pp. 20-21.

acredite la inexistencia de inhibiciones. Además, se debe dejar constancia por nota marginal.

- La falta de solicitud por las variantes con el apellido de casada ni con el apellido materno no se observa.
- La falta de constancia en la escritura de gravámenes y/o restricciones vigentes que surgen del certificado de dominio (p. ej., un embargo) se subsana por escritura complementaria con compareciente.
- La falta de constancia en la escritura de gravámenes y/o restricciones que surgen del certificado de dominio no vigentes por haberse levantado o cancelados por medio idóneo se subsana por nota marginal, dejando constancia del levantamiento o cancelación, con documentación respaldatoria.
- Si del certificado de dominio solicitado surge reserva de prioridad para otro registro notarial y se ha omitido dejar constancia en la escritura de que el mismo no ha sido utilizado por el otro escribano, se puede subsanar a) exhibiendo el certificado del otro escribano que no fue utilizado o b) que el certificado solicitado se encuentre con la nota del otro escribano dejando constancia de no haber utilizado su certificado.³¹

7.11.4. Certificados administrativos

Son aquellos certificados cuya obligatoriedad surgirá de las leyes administrativas locales: Agua y Saneamientos Argentinos, certificado municipal, inmobiliario, etc.

Medios de subsanación por error y omisión:

- Se deberán agregar o exhibir, según el caso, pero siempre debidamente liberados. Excepto en los casos que se deje constancia en la escritura de la aplicación del artículo 5 Ley 22427 en los casos que corresponda (ejemplo AYSA); o sobre la existencia de plan de facilidades de pago y la asunción solidaria por el adquirente en los casos que corresponda.³²

7.11.5. Otros datos. Nomenclatura catastral, partida inmobiliaria, valuación fiscal, VIR

Medios de subsanación por error y omisión:

- Por nota marginal.³³

7.12. Tratamiento impositivo

Impuesto a la transferencia de inmuebles, impuesto a las ganancias, impuestos de sellos locales o provinciales, etc.

31. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, ob. cit. (cfr. nota 7), pp. 20 y 52.

32. Ídem, pp. 22-23.

33. Ídem, p. 78.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de mención en la escritura de la retención efectuada se subsana por nota marginal, indicando el monto ingresado.
- Si no consta causa de exención: escritura complementaria con el responsable.
- Si no hay manifestación del destino vivienda y/o única propiedad: escritura complementaria con el responsable.
- Monto correcto menor al retenido; difiere monto de la retención entre lo consignado en la escritura y lo declarado (cuando el monto correcto es menor al retenido en la escritura y la declaración ha sido realizada correctamente): se subsana por escritura o recibo por instrumento privado de devolución de lo retenido en exceso. En este último caso, se deberá agregar al protocolo, dejando constancia de su incorporación por nota marginal.
- Si difiere el monto del acto entre lo consignado en la escritura y lo declarado, se subsana rectificando la declaración jurada y acreditando pago por diferencia, si correspondiera.
- Si falta acreditar pago total o parcial de retenciones efectuadas: acreditar el pago (el acogimiento a una moratoria impositiva no subsana la observación).³⁴

7.13. Cierre documental. Lectura

Es un requisito esencial. El CCCN lo establece en su artículo 305 inciso d): “La escritura debe contener: [...] d) la **constancia instrumental de la lectura** que el escribano debe hacer en el acto del otorgamiento de la escritura”.

Es indispensable para que los comparecientes queden impuestos de su contenido. El escribano tiene el deber de leer la escritura a todos los comparecientes. El artículo 1001 CCIV también imponía la obligación de la lectura pero no exigía dejar constancia documental de esa obligación. El nuevo Código exige dejar constancia documental de que la escritura se lee a los otorgantes.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 79 dice:

Redactada la escritura [...] tendrá lugar la lectura [...] con arreglo a las siguientes normas: a) El notario **deberá leer la escritura**, sin perjuicio de los intervinientes, de leer por sí, formalidad ésta que será obligatoria para el otorgante sordo.

También se regula la lectura en los casos permitidos por la ley (art. 80 Ley 404) de pluralidad de otorgantes en el artículo 57 del Decreto 1624:

En el caso de pluralidad de otorgantes que suscribieron la escritura en distintas horas del mismo día en los términos del artículo 80 de la ley [...] El escribano **deberá leer la escritura a cada otorgante...**

Su omisión no acarrea la nulidad instrumental, ya que no es uno de los supuestos contemplados en el artículo 309 CCCN. Pero, al ser un requisito esencial, rige el último párrafo del citado artículo en el sentido de que la inobservancia de otras formalidades no anula las escrituras pero los escribanos pueden ser sancionados. En

34. Ídem, pp. 24-25.

consecuencia, en caso de omisión o error de la constancia de la lectura, debe ser subsanada.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de constancia documental de la lectura se subsana por nota marginal.³⁵

8. Salvados

El CCCN lo establece en su artículo 305 inciso e):

La escritura debe contener: [...] e) las enmiendas, testados, borraduras, entrelíneas, u otras modificaciones efectuadas al instrumento en partes esenciales, que deben ser realizadas de puño y letra del escribano y antes de la firma.

El salvado tiene un límite temporal y un límite espacial, ya que debe ser realizado por el escribano al final del documento y antes de la firma de los otorgantes. Terminada la lectura del texto completo de la escritura, el escribano deberá salvar al final de ella de su puño y letra, antes de que la firmen los otorgantes, lo que se haya sobreraspado, las enmiendas, los testados y los interlineados introducidos en el texto. Lo debe hacer reproduciendo cada texto, por palabras enteras, indicando si valen o no valen, en los renglones indicados en el número marginal de orden y dentro de los márgenes de la hoja. Los interlineados solamente podrán insertarse en el espacio comprendido entre las dos líneas consecutivas de escritura en que se realice.

La omisión del salvado en partes esenciales acarrea la anulabilidad instrumental. Así lo establece el nuevo Código en su 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. El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 lo regula en su artículo 63:

Al final del documento y antes de la suscripción, el notario salvará de su puño y letra, reproduciendo cada texto por palabras enteras, lo escrito sobre raspado, las enmiendas, testaduras, interlineados u otras correcciones introducidas en el texto, con expresa indicación de si valen o no.

El artículo 40 del Decreto 1624 agrega más formalidades:

El salvado de las correcciones que el notario deba hacer al final del texto de los documentos que autorice se hará en los renglones indicados en el número marginal de orden y dentro de los márgenes de la hoja. Los interlineados solamente podrán insertarse en el espacio comprendido entre las dos líneas consecutivas de escritura en que se realice.

35. Pautas de inspección de protocolos aprobadas por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires por Resolución 154/2016. [N. del E.: ver en [https://goo.gl/Z\]Kgma](https://goo.gl/Z]Kgma) y en <https://goo.gl/Nefjmp>].

La jurisprudencia también lo ha establecido:

... si toda la escritura pública debe llenar obligatoriamente todos los renglones del folio del protocolo, el salvado de entrelíneas hecho de puño y letra por el escribano debe seguir la misma norma, o sea, ser escrito regularmente sobre los renglones siguientes al cuerpo de la escritura, y no escribiendo entre líneas...³⁶

Asimismo, la Ley 404 en su artículo 79 contempla el caso de adiciones, agregados, etc., que deben realizarse antes del salvado:

Redactada la escritura, presentes los otorgantes y, en su caso, los demás concurrentes y los testigos, cuando se los hubiere requerido o lo exigiere la ley, tendrá lugar la lectura, firma y autorización, con arreglo a las siguientes normas: [...]
b) Antes de efectuar las correcciones a que se refiere el artículo 63 de esta ley, se podrán realizar, a continuación del texto, las adiciones, variaciones y otros agregados completivos o rectificatorios, que se leerán en la forma prevista.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La omisión del salvado se subsana por escritura complementaria de subsanación por omisión de salvado.
- Otorgada la escritura complementaria, se deberá consignar nota marginal de remisión en la escritura en la que se omitió el salvado. No corresponde su consignación por nota marginal.

9. Otorgamiento

Si los comparecientes están conformes con el texto de la escritura que el escribano ha leído, proceden a otorgarla, lo que significa que prestan conformidad con el contenido del instrumento y asumen la paternidad de todas sus manifestaciones.

9.1. Firma

Es un requisito esencial. Así lo establece el CCCN en su artículo 305 inciso f):

La escritura debe contener: [...] 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.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 79 dice “redactada la escritura [...] tendrá lugar la lectura, **firma** y autorización”. Y el artículo 80 contempla la firma para el caso de pluralidad de otorgantes:

En los casos de pluralidad de otorgantes [...] los interesados podrán suscribir la escritura en distintas horas del día de su otorgamiento dejándose constancia en el protocolo...

36. CNCiv., Sala F, 30/3/1971, “Ronchi de Ferrari, Nélica y otra c/ Soria de Gómez, Dolores y otros” (sumario N° 4, en *El Derecho*, 28/7/1971; también publicado en *Revista del Notariado*, N° 718, 1971, pp. 1481-1487, con comentario de CARPEL; ver en <https://goo.gl/an7DmT>).

Es un requisito esencial para la validez del instrumento público y de la escritura pública, conforme a los artículos 290 inciso b) y 309 del CCCN, respectivamente. Su omisión acarrea la nulidad instrumental, conforme al artículo 309:

Son nulas las escrituras que no tengan [...] la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida...

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de firma del compareciente se subsana por escritura de reproducción del acto.

9.2. Firma a ruego. Impresión digital

El nuevo Código la establece en su artículo 305 inciso f):

La escritura debe contener: [...] f) [...] 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.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 la regula en su artículo 79 inciso c):

c) Si alguno de los comparecientes no supiere o no pudiere firmar sin perjuicio de hacerlo a ruego otra persona, estampará su impresión digital, dejando constancia el notario del dedo [...] El notario expresará nombre y apellido, edad, estado civil y vecindad del firmante a ruego y hará constar el medio de su identificación.

Asimismo, el Decreto 1624 en su artículo 54 contempla el límite del firmante a ruego:

En el caso previsto en el artículo 79, inciso c), de la ley, el rogado podrá firmar por más de uno de los comparecientes impedidos de hacerlo, siempre que integren una misma parte negocial. El firmante a ruego puede ser otro de los comparecientes si sus intereses no se contraponen con los del rogado.

Su omisión acarrea la nulidad instrumental, conforme al artículo 309 CCCN: “son nulas las escrituras que no tengan [...] la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir”.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de la firma del firmante a ruego se subsana por escritura de reproducción del acto.

9.3. Impresión digital

El nuevo Código exige que si algún compareciente no sabe o no puede firmar, sin perjuicio de que lo haga a ruego otra persona, el impedido debe estampar su impresión digital. Esta situación ya estaba regulada en la Ley 404 de la Ciudad de Buenos

Aires, de acuerdo con la cual el escribano debe, además, dejar constancia del dedo estampado y los motivos que están sujetos a la declaración del impedido. En el caso de que no se pueda tomar de ningún modo la impresión digital, por cualquier circunstancia, permanente o accidental, el escribano dejará constancia de ello y dará las razones del impedimento.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 en su artículo 79 dice:

c) Si alguno de los comparecientes no supiere o no pudiese firmar, sin perjuicio de hacerlo a ruego otra persona, estampará su impresión digital, dejando constancia el notario del dedo a que correspondiere y los motivos que le hubiere imposibilitado firmar, con sujeción a la declaración del propio impedido. Si por cualquier circunstancia, permanente o accidental, no pudiese tomarse de ningún modo la impresión digital, el autorizante lo hará constar y dará razones del impedimento...

En el Decreto 1624, el artículo 55 establece la tinta que se deberá usar para tomar la impresión digital:

Para el estampado de la impresión digital a que alude el artículo 79 inciso c) de la ley deberá utilizarse tinta indeleble de color negra o azul del tipo que establezca el Colegio de Escribanos.

Medios de subsanación por error y omisión:

- Si falta la impresión digital del imposibilitado de firmar sin ninguna constancia, se subsana por escritura de reproducción del acto.
- Si falta constancia de motivos del imposibilitado, se subsana por escritura complementaria con compareciente.

10. Autorización

Es un requisito esencial. El CCCN la establece en su artículo 305 inc. f): “La escritura debe contener: [...] f) la firma [...] **del escribano**”. Es la firma y sello del escribano que inviste al acto y al instrumento de una presunción de autenticidad calificada.

En la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 404 la regula en su artículo 64 para todos los documentos notariales:

Toda vez que el notario autorice un documento o estampe su firma por aplicación de esta ley, junto con la signatura, pondrá su sello. El Colegio de Escribanos normará sobre su tipo, características, leyendas y registraciones.

Y, específicamente para las escrituras públicas, la citada Ley 404 dice en su artículo 79:

Redactada la escritura, presentes los otorgantes y, en su caso, los demás concurrentes y los testigos, cuando se los hubiere requerido o lo exigiere la ley, tendrá lugar la lectura, firma y autorización...

Es un requisito esencial para la validez del instrumento público y de la escritura pública, conforme a los artículos 290 inciso b) y 309 del CCCN, respectivamente. Su

omisión acarrea la nulidad instrumental, conforme al artículo 309: “son nulas las escrituras que no tengan [...] la firma del escribano”.

Medios de subsanación por error y omisión:

- La falta de autorización se subsana por escritura de reproducción del acto.

11. Bibliografía

- AA.VV., *Código Civil y Comercial de la Nación. Pautas para la función notarial elaboradas por los asesores del Colegio (vigentes a partir del 1/8/2015)*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2015.
- ARMELLA, Cristina N., “El documento notarial sin compareciente. A propósito de las subsanaciones”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 918, 1994, ps. 263-302.
- COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CAPITAL FEDERAL, “Doctrina sentada por el Colegio en los expedientes de inspecciones”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 754, 1977, pp. 973-979.
- COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, [dictamen de las autoridades en base a un proyecto elaborado por el asesor jurídico notarial Jaime Giralt Font], 28/5/2015.
- COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES [con la coordinación de ROSIN DE ALLENDE, Elsa], *Vademécum. Inspección de Protocolos Notariales 2011*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2011.

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

Francisco Hotz

RdN 930

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación

12/10/2017 - 20/12/2017

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

1. Introducción

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

ha delimitado la aplicabilidad de la prescripción breve a casos patológicos con delitos penales de por medio, como sustitución de personas y falsificación de instrumentos públicos.

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

2. La prescripción breve

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

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

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

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

1. El destacado es nuestro.

2. Nota al art. 3999 CCIV. [N. del E.: ver en <https://goo.gl/s9DTRS>, p. 264, art. 53 *in fine* {fuente: *Notas del Código Civil de la República Argentina tales como fueron publicadas por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield en su proyecto del Código sancionado por el H. Congreso Argentino*, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1872; última consulta: 1/2/2018}].

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

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

2.1. El justo título

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

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

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

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

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

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

El maestro Peña Guzmán lo ha definido como:

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

Por su parte, Salvat entiende que

... en los casos en que la prescripción se invoca, el título emana de una persona que no era propietaria de la cosa o del derecho real transmitido o de una perso-

4. CNCom., Sala B, 25/4/2011, “Sircovich, Samuel s/ Quiebra” (*elDial.com*, AG224E [N. del E.: ver sumarios oficiales en <https://goo.gl/NdKjPF>]).

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

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

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

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

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

2.2. El justo título en el Código Civil y Comercial

El CCCN en su artículo 1902 prescribe:

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

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

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

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

Las preguntas que cabe formularse son: si debemos entender que el estudio de antecedentes perfecciona la buena fe en todos los casos de adquisiciones a título oneroso, ¿cómo se armoniza esta afirmación con lo impuesto como principio general en el artículo 1919 CCCN al decir que la relación de poder se presume siempre de buena fe, a menos que exista prueba en contrario? ¿Por qué los codificadores no emplearon el plural para referirse a la relación posesoria, haciéndolo, en cambio, en singular y, por ende, en estricta referencia al instituto tratado en ese mismo artículo –el justo título–?

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

9. El destacado es nuestro.

3. La buena fe para la prescripción corta

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, analizando los comentarios tanto de Vélez Sarsfield como de la jurisprudencia y doctrina de entonces, percibimos sin mucho esfuerzo que la buena fe a la que se refería Vélez para la prescripción corta en nada difería de la buena fe exigida para la posesión en general. De hecho, lo aclara en la segunda parte del artículo 4006: “Las disposiciones contenidas en el título «De la posesión», sobre la posesión de buena fe, son aplicables a este capítulo”. Por lo tanto, la definición del artículo 2356 CCIV bastaba para definirla.¹³ Incluso le era aplicable la presunción general de mala fe del artículo 4009 CCIV: “el vicio de forma en el título de adquisición, hace suponer mala fe en el poseedor”. En consecuencia, a quien le concernía

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

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

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

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

un justo título le correspondía la presunción de buena fe en su posesión (arts. 2362 y 4008 CCIV¹⁴), salvo que su mala fe se presumiera, hecho que solo se daba en caso de vicios de forma manifiestos (art. 4009 CCIV). Esta situación implicaba una inequidad en beneficio de los adquirentes por justo título, dado que, sin exigir requisitos más rigurosos que al poseedor común y corriente, le otorgaba una ventaja significativa contra el verdadero titular, pudiendo tornar oponible su justo título, sobre todo en los casos de ventas del *non domino*, caso típico.

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

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

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

4. Limitación de los casos de justo título

Como se presenta la redacción del artículo 1902, para oponer la prescripción breve se deberá acreditar la realización del estudio de la documentación y constancias registrales que acrediten la buena fe del poseedor. Dicho análisis jurídico permitirá descartar las faltas de legitimación suficientes y toda otra observabilidad patente

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

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

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

como inexistencia o falta de firmas, falta de autorización del acto, presuntas donaciones inoficiosas, falta de legitimidad en los disponentes, apoderamientos insuficientes, errores procesales, inexistencia de documentación acompañada, etcétera. Por lo que estos casos –de más está aclarar que son los más frecuentes– serían descartados o subsanados, eliminando la posibilidad de que se cree un justo título, ya que quien adquiera sin subsanarlos previamente, no podría ser considerado poseedor de buena fe.

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

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

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

5. La buena fe tasada. Discutible presunción

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

A nuestro entender, si sostenemos que el estudio de antecedentes es un elemento esencial de la buena fe en la posesión en términos generales, nos sumergimos

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

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

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

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

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

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

... nosotros sostenemos que la exigencia de la realización previa del estudio de títulos para configurar la buena fe del adquirente parte de una confusión técnica y jurídica sobre el rol del escribano autorizante; no es posible basar la buena fe del requirente en un acto propio de ejercicio del escribano requerido...¹⁹

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

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

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

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

título vencerá toda acción de reivindicación del verdadero titular por el solo hecho de haber encomendado la diligencia previa del estudio de antecedentes.

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

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

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

6. Función legitimante del notario

El artículo 392 CCCN ha aclarado que “los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”. Vemos que, a diferencia del artículo 1902, aquí no se hace mención del estudio de documentación y constancias registrales al hablar de la buena fe del subadquirente y se excluye de la protección a las ventas del *non domino*. Entonces, si los casos más recurrentes de intervención de quien no es titular (*non domino*), como sustitución de personas, alteración de documentos o cualquier otro, ya se encuentran amparados por este artículo y además, como sostuvimos, no pueden ser percibidos en un estudio de títulos, ¿qué función cumple un estudio de títulos que no satisfaga la función legitimante del escribano?

La redacción del 392, sin mencionar un “estudio de antecedentes”, reafirma la función legitimante, que es propia del actuar profesional del escribano y se encuentra íntimamente relacionada con el principio rector del notariado latino: la fe pública notarial. En virtud de la función legitimante, el escribano tiene el deber de acreditar la legitimidad del compareciente, constatar la eficacia de la documentación aporta-

da, la matricidad del antecedente de dominio, como de los apoderamientos que se presenten y la capacidad del disponente. Estas actuaciones quedan manifiestas en las atestaciones notariales de la escritura, sector del acto notarial que goza de fe pública y que demanda su presunción de exactitud y veracidad, por lo que solo con la exhibición de la escritura pública debidamente inscrita y constatada su autenticidad/matricidad, la buena fe debe presumirse, ya que para obtenerla, un notario ejerció su función legitimante previamente.

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

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

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

En similar sentido se expidieron las siguientes jornadas nacionales:

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

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

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

Que, dentro de nuestro sistema romanista del «título y modo», complementado con la inscripción declarativa (artículo 2505 C.C. y ley 17.801), cualquier exi-

gencia adicional a la de los artículos 577, 1184 y 2609 del Código Civil impuesta por una ley local, resulta a todas luces inconstitucional (artículos 31 y 67 inc. 11 Constitución Nacional), tal como lo ha declarado la Corte Suprema de la Nación. Que ante la distorsión provocada por la interpretación del artículo 1051 del Código Civil en lo que respecta a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario, es necesaria su revisión legislativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. Conclusiones

Sostenemos que no habiendo cambios sustanciales en la presunción de buena fe de la posesión que impone el artículo 1919 CCCN, en los casos de prescripción, corta la inequidad planteada se mantendría, permitiendo supuestos dolosos que cons-

20. [N. del E.: el lector podrá acceder a continuación a las conclusiones completas de todas las jornadas citadas –respectivamente–: JNB 21 en <https://goo.gl/cM1z1Q>, JNA 18 en <https://goo.gl/JfxgAw> {ver pp. 179-197}, JNA 26 en <https://goo.gl/JfxgAw> {ver pp. 283-291}, JNB 35 en <https://goo.gl/53oMkF>, JNB 39 en <https://goo.gl/DAPZos>].

tituyan justos títulos y permitan burlar la propiedad del verdadero propietario. Es esta inseguridad la que pretende sanear el artículo 1902 CCCN, exigiendo a quien procure el beneficio de la usucapión corta la realización del estudio de la documentación y constancias registrales, lo que la doctrina mayoritaria entiende sería un estudio de títulos, pero que de su exégesis no se evidencia diferencia con la actual función legitimante.

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

8. Bibliografía

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

Naturaleza del plazo para sanear una donación

Claudio M. Kiper

RdN 928

RESUMEN

Analizando a la luz del Código Civil y Comercial la naturaleza del plazo que se requiere para considerar saneado el título de un inmueble que verifica una donación entre sus antecedentes, se dejan fuera de la discusión las donaciones efectuadas a herederos forzosos durante la vigencia del Código de Vélez, independientemente de cuándo se produzca el fallecimiento del donante, por lo que no resultan observables, tratándose de una situación jurídica consumada. Asimismo, se descarta la interpretación en el sentido de computarse el plazo de diez años a partir del 1 de agosto de 2015, sino que debe correr desde el inicio de la posesión, lo que tiene particular relevancia en función de las donaciones realizadas a terceros no legitimarios, cuya situación no estaba consolidada antes de la vigencia del nuevo Código. Mientras que para algunos el plazo de 10 años fijado por el art. 2459 importa una especie de inoponibilidad o restricción de ejercicio de la acción de reducción, y para otros se trata de un plazo de caducidad, se trataría en realidad de un supuesto especial de prescripción de 10 años.

PALABRAS CLAVE

Contrato de donación, irretroactividad de la ley, prescripción adquisitiva, usucapión, reducción.

Fechas de recepción y aceptación

21/7/2017 - 31/7/2017

Sumario: 1. Introducción. 2. Situación de las donaciones efectuadas antes de la vigencia del nuevo Código. 3. Límite a la acción de reducción. 3.1. Curso de la prescripción. 3.2. Naturaleza de la consolidación. 3.3. Acerca de la sentencia. 3.4. Prescripción liberatoria. 4. Bibliografía.

1. Introducción

Por diversas razones, no existe libertad absoluta de donar. Esta facultad está restringida en defensa de la legítima acordada por la ley a los herederos forzosos, y solo es admisible, en consecuencia, en la medida de lo que se llama la porción disponible. De allí lo dispuesto por el artículo 1565 del Código Civil y Comercial (CCCN): “Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimo-

nio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos de este Código sobre la porción legítima”.

Como es sabido, cuando una persona tiene herederos forzosos y realiza actos a título gratuito, estas transmisiones pueden ser objeto de revisión al producirse su fallecimiento si es que excedieron la porción disponible. La porción legítima de los herederos mencionados está garantizada contra todo acto de disposición gratuito, sea entre vivos o de última voluntad. El dueño de una cosa es libre de disponer de ella por actos a título oneroso o gratuito, pero en este último caso, si hubo un exceso, los herederos forzosos pueden demandar la colación o su reducción en la medida necesaria para cubrir sus legítimas.¹

La inoficiosidad constituye una situación jurídica que puede alcanzar a cualquier donación. La donación inoficiosa alcanza, en realidad, ese carácter al momento del fallecimiento del donante, ya que es entonces cuando se computa la masa hereditaria, entre las que se cuentan las donaciones hechas por el causante. Asimismo, para el cómputo del valor de esa masa se considerará el instante de su fallecimiento, y no el momento en que la donación se perfeccionó. De ese modo, se verificará el carácter inoficioso señalado, si lo hubiera. Por ende, cabe insistir en que la donación es un acto legítimo y perfectamente válido, aunque genera un dominio imperfecto.

Tanto la acción de colación como la de reducción son mecanismos de los que disponen los herederos pero con alcances y efectos muy distintos, y ambos institutos guardan estrecha vinculación con el tema de las donaciones, objeto de este trabajo. La acción de colación es una acción personal que tiene cada heredero contra su coheredero, por decirlo así, y se busca mantener la igualdad de todos los herederos entre sí, en tanto que la acción de reducción busca mantener y preservar las legítimas de los herederos. Esta última acción obliga a la restitución (en especie) de lo donado en violación de la legítima, ya que se resuelve retroactivamente el dominio debiendo restituirse el bien por el donatario, y como se transmite a terceros con las mismas limitaciones, la acción tiene efectos reipersecutorios que alcanzan aun a terceros adquirentes a título oneroso, quienes no podrían invocar buena fe debido a que la revocabilidad surge del mismo hecho de encontrarse una donación en los antecedentes del dominio.

Las donaciones inoficiosas son aquellas en las que el donante (quien más tarde será causante) dispone de su patrimonio por este título, o sea por donación excediéndose en la porción disponible y en favor de un heredero o de un tercero. En el tema de las donaciones inoficiosas, se han enfrentado siempre dos valores jurídicos dignos de protección: la seguridad del tráfico jurídico y la protección de las porciones legítimas de los herederos legitimarios, por lo que el primero se encuentra limitado al valor de la porción de libre disponibilidad del donante a su muerte.

En el Código de Vélez (CCIV), era casi mayoritaria la opinión de que las donaciones hechas a herederos forzosos o legitimarios solo eran colacionables, no reducibles, siendo reducibles las donaciones hechas a terceros. Ello tenía su fundamento en los artículos 3476 y 3477.² Por otra parte, otro sector de la doctrina entendía que

1. BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. 2, § 972 y ss.

2. Ver, entre muchos otros: a) SPOTA, Alberto G, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. 8, Buenos Aires, Depalma, 1982, pp. 316 y ss.; b) MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Introducción al derecho de la sucesión hereditaria*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1953, p. 341; c) CERÁVOLO, Francisco, “Los títulos provenientes

toda donación era susceptible de ser reducida, sobre la base de la interpretación del artículo 3955, que establecía la posibilidad de una suerte de acción reipersecutoria del inmueble, en el caso de que el acto transmisivo afectara la legítima de los herederos forzosos, al tiempo del fallecimiento del donante.

De acuerdo a la postura predominante, la donación recibida por un heredero forzoso no podía ser objeto de reclamos. Por ende, si dicho heredero enajenaba el inmueble a un tercero, este subadquirente estaba cubierto de cualquier acción real. Distinto era el supuesto si el causante había hecho la donación de un inmueble a un tercero. Se interpretaba que este último no tenía un título perfecto sino resoluble o revocable, y que los eventuales subadquirentes se encontraban expuestos a una posible acción de reducción (si concurrían los requisitos). Esto era un serio problema, ya que los títulos de los donatarios se encontraban prácticamente fuera del comercio, pues nadie quería adquirir un inmueble sin la seguridad de que no sería reclamado luego. Se interpreta que quien adquiere onerosamente un inmueble con un antecedente de donación no puede invocar buena fe para retenerlo, pues sabe que se halla expuesto a una eventual acción de reivindicación. Esto era así a menos que hubiera transcurrido el plazo de prescripción liberatoria de 10 años, o el de prescripción adquisitiva de 20 años, según las distintas opiniones.³

El anterior artículo 3955 CCIV se refería solo a los efectos reipersecutorios sobre inmuebles, en cuanto los muebles estaban protegidos por el artículo 2412 CCIV. El nuevo Código Civil y Comercial comprende los “bienes registrables” (art. 2558); las cosas muebles no registrables no estarían incluidas, de aplicarse los artículos 1893/1895 y 1947.

Como señalé, las donaciones hechas a herederos forzosos, según la opinión dominante, no eran pasibles de reducción. El nuevo Código, lamentablemente, constituye en este aspecto un retroceso, pues admite la acción de reducción entre coherederos (art. 2386) cuando se ha violado la legítima. Ha consagrado expresamente que procede la acción de reducción entre coherederos legitimarios y si se viola la legítima del coheredero ya no corresponde acción de colación sino de reducción para proteger la legítima violada; por lo tanto, el valor que supera la legítima del donatario y la porción disponible está sujeto a reducción. Por lo expuesto, el legitimario donatario descendiente o cónyuge (y el tercero sucesor), solo podría retener el bien donado en la medida de su legítima más la porción disponible.

Dice el artículo 2386: “Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor en exceso”.

Se critica la redacción de este artículo atento a que no cumple con lo mencionado en sus fundamentos. En efecto, se menciona que el texto propuesto está redac-

de donaciones a herederos forzosos no son observables”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 206, 29/10/2010 (t. 2010-F, p. 689). Asimismo, el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal, de fecha 11/6/1912, en autos “Escary, José c/ Pietranera, Tancredi s/ escrituración” (*Jurisprudencia Argentina*, N° 31, [t. 5]), ha servido de interpretación para doctrina y jurisprudencia posterior. Este fallo fue publicado en *Revista del Notariado*, separata “Donaciones a herederos forzosos”, 2010, pp. 65-71 [ver <https://goo.gl/fe8N9p>].

3. CERÁVOLO, Francisco, “La prescripción como figura jurídica con efectos subsanatorios de ineficacias escriturarias”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 247, 24/12/2007 (t. 2008-A, p. 692).

tado sobre la base del Proyecto de 1998, pero sin seguir sus lineamientos en absoluto. Lo único que parece coincidir con el Proyecto de 1998 son solamente sus fundamentos: si se comparan los de la comisión redactora de 1998 con los de la comisión de 2012 vemos que son idénticos, pero sus artículos no siguen la misma suerte.

Los fundamentos del Proyecto de 1998 expresan:

Se proyecta solucionar un problema oscuro en la doctrina nacional: el de si las donaciones que exceden la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario están sujetas a reducción o si solo se debe el valor del excedente a modo de colación. Se ha estimado preferible mantener el principio de que las donaciones a herederos forzosos se colacionan. En este supuesto, el beneficiado deberá aportar el valor en exceso.

Asimismo, siguiendo dicho criterio, el artículo 2340 del Proyecto de 1998 establece: “Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, **está sujeta a colación**, debiendo compensar la diferencia en dinero”.

De la comparación entre el texto del Proyecto de 1998 y el del CCCN surge que este último sustituye la última parte del artículo con la expresión “a reducción por el valor en exceso”. De esta manera, consagra así una acción de tipo reipersecutoria entre legitimarios, según los lineamientos de los artículos 2453 a 2461 CCCN, produciendo un título observable.

La amenaza latente que establece el artículo 2386 de una acción de reducción sobre la donación hecha en favor de los descendientes, que es puesta en el capítulo “Colación de las donaciones”, se vincula estrechamente con los artículos 2453 y 2454 del título X, que habla “De la porción legítima”, en virtud de la cual los herederos legitimarios perjudicados por una donación pueden atacar la última donación y hasta resolverla. A su vez el artículo 2458 consagra claramente el carácter reipersecutorio subyacente en el artículo 2386, cuando establece que: “El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario, satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”. Además, de prosperar la acción de reducción se extinguen en relación al legitimario reclamante los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores; en otras palabras, le son inoponibles conforme al artículo 2457.

Se propone cambiar el sistema, como lo hacía el Proyecto de 1998, en el sentido de que no procede acción alguna contra el tercero de buena fe que, a título oneroso, adquirió la cosa donada del donatario-legitimario o de sus sucesores, atento a que esa buena fe, principio inconcuso del derecho universal, halla inmovible sostén en el hecho de que no conoció la existencia de eventuales otros herederos legitimarios del donatario o no pudo llegar a ese conocimiento actuando con razonable prudencia, o que los derechos de ese donatario legitimario estuvieran judicialmente controvertidos.⁴

4. CERÁVOLO, Francisco, “Donaciones inoficiosas. Propuesta de modificación del proyecto de Código”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 211, 8/11/2012 (t. 2012-F, p. 904).

2. Situación de las donaciones efectuadas antes de la vigencia del nuevo Código

Como señalé, el nuevo Código introduce un aspecto negativo, al afectar a las donaciones hechas a herederos forzosos. Es común que los padres deseen donar algún inmueble a sus hijos, pero esto seguramente disminuirá teniendo en cuenta que generan así un título observable. El inmueble o cosa registrable estará prácticamente fuera del comercio, pues ningún acreedor lo aceptará como objeto de una hipoteca, y ningún comprador se interesará, al menos (como se verá más adelante) por un lapso de tiempo.

No obstante, cabe entender que las donaciones efectuadas a herederos forzosos durante la vigencia del Código de Vélez no se encuentran alcanzadas por la nueva legislación ni siquiera cuando el donante fallezca estando vigente el nuevo CCCN, y que, por lo tanto, no suscitan títulos observables.

Si no lo eran antes, no pueden serlo ahora, porque ello implicaría afectar una situación jurídica consumada. Lo contrario implica afectar el derecho de propiedad que protege el artículo 17 de la Constitución Nacional.⁵

El artículo 7 dice que “las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario...”. La norma deviene inaplicable por retroactiva tanto si priva de derechos en el pasado como si priva de derechos a futuro en razón de un hecho pasado. No está prohibida la retroactividad sino acotada conforme a sus efectos: “La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...”.

La Corte Suprema ha resuelto en numerosas oportunidades que para que exista derecho adquirido y, por tanto, se encuentre vedada la aplicación de la nueva ley, es necesario que su titular haya cumplido —bajo la vigencia de la norma derogada o modificada— todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata, aun cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo (*Fallos*: 296:723; 298:472; 304:871; 314:481).

El contrato de donación concluido se rige por el principio *tempus regis actum*. Impera, como regla, el principio de no retroactividad de la ley nueva. En efecto, la ley vigente en el día de la conclusión del contrato es la que determina, en cuanto al fondo y a la forma, las condiciones de validez del contrato. Las consecuencias “anteriores”, ya producidas o agotadas, se rigen por la ley antigua por más que la ley nueva pueda catalogarse de imperativa, pues de lo contrario existiría una aplicación retroactiva de ella vedada, como regla, por el segundo párrafo del artículo 7.

5. Ver: a) MARTÍ, Diego M., “Donación a herederos legitimarios. Aplicación del Código Civil y Comercial. Acción de reducción. Plazo” [online], en *Revista del Notariado*, N° 919, 2015, <https://goo.gl/UWNaMC> (dictamen aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires [expte. 16-641-15]); y b) CASABÉ, Eleonora R., “¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?” [online], en *Revista del Notariado*, N° 924, 2016, <https://goo.gl/c2zna9>, y en *Anuario de la Revista del Notariado*, N° 3 (2016), Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2017, p. 205, quien cita la opinión de J. Alterini y las conclusiones de la 41° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2015) [N. del E.: ver conclusiones de la Convención en <https://goo.gl/8ZBRTk>].

3. Límite a la acción de reducción

Este grave efecto reipersecutorio de la acción de reducción tiene un límite en el CCCN. Dice el artículo 2459: “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”. En los Fundamentos, se lee:

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.

3.1. Curso de la prescripción

Es curioso que se admita que hay un “grave problema”, y que al mismo tiempo se lo haya aumentado. Lo cierto es que, guste o no, la norma existe.

Es también llamativo que dicha norma genere críticas de ambos lados, tanto para quienes esperábamos una solución al problema de los títulos provenientes de donaciones, como para quienes defienden a ultranza la protección de la legítima.

En efecto, algunos afirman que

... con esta norma se desprotege a la legítima por cuanto mientras está corriendo dicho plazo de prescripción adquisitiva, el heredero forzoso presuntivo no tiene acción para defenderse, la cual recién le nace con la muerte del donante, cuando adquiere la calidad de heredero, en cuya oportunidad frecuentemente ya se habrá cumplido aquel plazo de diez años, con lo cual se consuma la lesión a la legítima. En otras palabras, cuando nace la acción, ya será ineficaz por causa de un plazo de prescripción que corrió cuando aquella aún no había nacido, contrariando así un principio jurídico elemental: el curso de la prescripción nace con la acción. Esto es, aunque el derecho exista, la prescripción no corre si no está abierta y expedita la acción del interesado al cual se le va a oponer aquella prescripción. Resulta claro, además, que con el arbitrio proyectado se lesiona el derecho de defensa del heredero forzoso perjudicado por la donación del autor de la sucesión. Además, se desconoce otra elemental noción sucesoria: el cálculo de la legítima recién se puede efectuar después de fallecer el causante, sobre la masa de bienes que dejó en ese momento, menos las deudas, a cuyo resultado se suman el valor de las donaciones que hizo en vida. Y es en esta oportunidad, y no en vida del causante, que podrá el heredero forzoso determinar si su porción legítima ha sido o no violada por el acto liberal de su causante; y si comprueba la lesión, entonces recién podrá ejercer la acción protectora, que es la de reducción. Por consiguiente, consideramos que es absolutamente inviable que el curso de esta prescripción adquisitiva del donatario o de sus sucesores empiece a correr desde que entraron en posesión del bien donado en vida del donante. La única prescripción oponible al heredero forzoso perjudicado en su legítima por la donación de su causante es aquella que empieza a correr desde el fallecimiento de éste último.⁶

6. FERRER, FRANCISCO, CÓRDOBA, MARCOS M. y NATALE, ROBERTO M., *Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria*, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, N° 9 (octubre), 2012, p. 127.

No comparto esta tesis. En primer lugar, es clara la norma cuando establece como requisito diez años de posesión, de modo que el cómputo comienza con el inicio de la posesión, no desde la muerte del causante. En segundo lugar, en los fundamentos se alude a la prescripción adquisitiva. Es muy distinto el inicio del cómputo cuando se trata de la usucapión, que cuando se trata de la prescripción liberatoria.

El inicio del cómputo de la prescripción adquisitiva está dado por el inicio de la posesión; de ahí la necesaria interrelación que debe existir entre estos dos elementos: posesión y tiempo. Cuando hay un título se presume, salvo prueba en contrario, que la posesión se inicia en la fecha del título (arts. 1903 y 1914). Esta es la regla general, mientras que dispone el artículo 1898 que: “Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título”. Ahora bien, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1903, primera parte, y procurando interpretar ambas normas, cabe entender que lo dispuesto en el segundo párrafo del 1898 rige para las cosas muebles cuya registración sea constitutiva.

Bajo determinadas circunstancias, el inicio de la posesión se presume: así el artículo 1914 del Código Civil y Comercial dispone que: “Si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título”.

Lo mismo ocurre en supuestos en que la posesión ha sido otorgada mediante un boleto de compraventa o una escritura traslativa de dominio suscripta por quien no es el verdadero propietario, o por quien carece de capacidad para celebrar tal acto.

Como consecuencia de los extremos precedentemente indicados, se resalta la importancia de determinar la fecha en que se adquirió la posesión, para que a partir de ese momento se compute el plazo de diez años. No obstante, puede resultar innecesaria la determinación del día exacto en que se inició la posesión, por ejemplo cuando ésta se extendió por un plazo muy superior al indicado en la norma.

He dicho precedentemente que el plazo se computa, en principio, desde que se adquirió la posesión; sobre el punto, resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 6 del CCCN: “día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche [...] los plazos fijados de meses o años se computan de fecha a fecha”. Es en virtud de esta norma que el plazo comienza a correr desde las 24 horas del día en que se adquirió la posesión.

Otra cuestión a determinar es cuándo empieza a contarse el tiempo en materia de **derechos condicionales o a plazo**. La prescripción se cumple a favor del tercero que ha entrado en la posesión real de la cosa; esas acciones reales quedarán extinguidas como consecuencia de la prescripción adquisitiva de la cosa, comenzada, a pesar de la existencia de tales derechos, desde el día de la posesión.⁷ El hecho de que el perjudicado por la prescripción tenga un derecho sujeto a plazo o a condición suspensiva no impide que se consuma a la usucapión. Lo mismo cabe decir de un futuro heredero cuya legítima puede, eventualmente, estar siendo afectada.

Como consecuencia de lo expuesto, debe señalarse que la existencia de derechos condicionales o a plazo no es óbice para considerar que el inicio de la posesión representa el punto de partida para el cómputo del tiempo indicado por el Código para usucapir. Esta opinión resulta congruente con toda idea de justicia, toda vez que lo contrario resultaría sumamente injusto. Piénsese en el ejemplo dado por

7. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales* (actualizado por Manuel J. ARGANARÁS), Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, t. 2, p. 273.

Areán en que el poseedor lleva 20 años en la posesión del inmueble, convencido de que ha usucapido, y que al promover la acción declarativa toma conocimiento de que aquel contra quien prescribió tenía un derecho condicional y la condición no se había cumplido.⁸ Es por ello que aun cuando la condición no estuviera cumplida, el interesado puede hacer valer la posesión de la cosa para sí que detenta.

Esta situación estaba bien definida en el Código de Vélez. Disponía el artículo 3961 que la prescripción a favor de un tercero corría “aunque la persona contra la cual corriese se encontrase, por razón de una condición no cumplida o por un término aún no vencido, en la imposibilidad del ejercicio de sus derechos”.

Explicaba el codificador en la nota a dicha norma, al seguir las opiniones de Aubry y Rau, Merlin, Toullier y Duranton, que

Las disposiciones anteriores sobre la prescripción de los créditos condicionales y de las acciones de garantía, no comprenden la adquisición de los derechos reales, ni la extinción de iguales derechos a beneficio de un tercer poseedor de la cosa. La prescripción de las acciones personales está fundada únicamente en la negligencia del acreedor para perseguir su derecho, pues el deudor no puede ignorar la existencia de la obligación; pero en la prescripción de los derechos reales, que está fundada sobre la posesión de la cosa, ella debe poderse cumplir, a pesar de los obstáculos temporarios que impidan a la persona en cuyo perjuicio procede, de ejercer su derecho [...] La prescripción de los derechos reales no alcanzaría los motivos de su creación, si el curso de ella debiera ser discontinuado por efecto de una condición o de un término.

En suma, cuando se trata de la prescripción adquisitiva, no rige la regla *contra non valentem agere non currit praescriptio*, ni la conocida *actioni non natae*, que gobiernan la prescripción extintiva. Mientras viva el donante el eventual heredero, como tal, no tiene derecho ni acción algunos, sino simple expectativa, inoponible a la usucapión cumplida.

No hay que olvidar que cualquier bien del donante (futuro causante) puede estar siendo poseído por un tercero y ser adquirido por usucapión. En tal caso, los eventuales herederos no podrían luego desconocer la prescripción cumplida. Por ende, no puede negarse la posesión del donatario, por hipótesis mejor posicionado que un mero intruso.

Las razones expuestas también permiten descartar la interpretación de que deba computarse el plazo de diez años a partir del 1 de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del nuevo Código. Como señalé, el plazo debe correr desde el inicio de la posesión, lo que normalmente coincidirá con la fecha del título, pero no necesariamente.

Esto tiene interés para donaciones realizadas a terceros no legitimarios, cuya situación no estaba consolidada antes de entrar a regir el nuevo Código. Ahora, si transcurren 10 años de posesión, podrían invocar este límite a la acción de reducción, se trate de donaciones anteriores o posteriores al 1 de agosto de 2015.

8. Ver AREÁN, Beatriz, *Juicio de usucapión*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 126.

3.2. Naturaleza de la consolidación

Como se adelantó, en el artículo 2459 se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve. De este modo se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico.

Para algunos, el plazo de 10 años fijado por el artículo 2459 importa una especie de inoponibilidad o restricción de ejercicio de la acción de reducción.⁹

Para otros, se trata de un plazo de caducidad,¹⁰ operando como resultado de la inacción del acreedor, por no haber ejercido su derecho durante un cierto plazo antes de haber acontecido un hecho futuro. Esto provoca la aniquilación total del derecho y no solamente de la acción para reclamarlo, siendo una de las diferencias estructurales con la prescripción, lo cual no comparto, pues no habrá inacción del acreedor si el donante está vivo.¹¹ Sin embargo, esto podría ser así si no fuera por el último agregado de la norma; en efecto, el artículo 1901 permite la unión de posesiones.

El proyecto de 1998 permitía interpretar un plazo de caducidad, pues limitaba la reducción a las donaciones hechas por el causante “en los diez años anteriores a su deceso” (art. 2402), consagrando, de este modo, un plazo de caducidad para las donaciones anteriores a los diez años, que se volvían inatacables. En cambio, el Código actual alude a la posesión durante 10 años.

Por otro lado, aludir a la caducidad o al plazo resolutorio supone que un plazo está corriendo a favor del legitimario perjudicado, quien si no demanda la reducción dentro del período de 10 años pierde su derecho. Pero, como ya expliqué, no está corriendo aún ningún plazo a favor del heredero cuya legítima no fue respetada. Ni siquiera se sabe si esto es así, pues recién se sabrá cuando muera el donante. El plazo que corre es a favor del poseedor o de sus sucesores, y a ese término no lo podemos llamar caducidad, se trata de la posesión apta para la prescripción.

La caducidad no se suspende ni se interrumpe (art. 2567). Aquí, en cambio, el plazo de 10 años está apoyado en la posesión, la que puede sufrir interrupciones. Justamente, el Código exige que la posesión apta para la usucapión sea continua (art. 1900).

Para Azpiri, no se trata de un caso de prescripción adquisitiva sino de una defensa que puede oponer el demandado a la procedencia de la acción de reducción, por la donación y la posesión del bien donado durante diez años, y no como consecuencia de la prescripción adquisitiva.¹² En verdad, también la prescripción puede hacerse valer como defensa (art. 2551).

Lo cierto es que en los fundamentos se alude a la prescripción “breve”. Además, se requiere la posesión; el artículo 2459 lleva por título “prescripción adquisitiva” y, por si fuera poco, el artículo 2459 remite al 1901, que regula la accesión de

9. MARTÍ, Diego M., ob. cit. (cfr. nota 5).

10. CASABÉ, Eleonora R., ob. cit. (cfr. nota 5).

11. DI LELLA, Pedro, “Aproximación a las modificaciones más relevantes en materia de sucesiones que propone el anteproyecto de Código Civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, número especial, 15/8/2012 (t. 2012-III, p. 95).

12. AZPIRI, Jorge, “La legítima en el anteproyecto de Código Civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, número especial, 15/8/2012 (t. 2012-III, p. 1393).

posesiones. Como es sabido, la unión o accesión tiene interés en materia de prescripción adquisitiva. Esa es su gran utilidad en el Código actual, máxime al haberse suprimido el requisito de la anualidad para intentar acciones posesorias.

Ahora bien, se ha dicho que mal puede visualizarse un caso de prescripción breve cuando esta requiere justo título y buena fe, recaudos que aquí no concurren. Esto es cierto. No hay en este caso un supuesto como el que califica el artículo 1902, dado que no se está en presencia de un otorgante que no es capaz o que no está legitimado para el acto de transmisión. Por hipótesis, el donante transmitió lo que le pertenecía y no una cosa ajena.

Señala Guardiola

... de la letra del precepto en cuestión, independientemente de la igualdad del plazo (diez 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 imperfecto¹³, resoluble por una condición legal. En relación a la buena fe, soslaya –más allá de la genérica remisión al artículo 1901 de unión de posesiones para ambas clases de prescripción– las distintas 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 artículos 1902 y 1918 CCiv.yCom. 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 resultará una sospecha que dé lugar a un error inexcusable y no se indican los actos concretos de verificación que debiera realizar.¹⁴

En mi opinión, se trata de un supuesto especial de prescripción de diez años.

No es el único caso. Como es sabido, el Código, cuando hay mala fe, exige 20 años para la prescripción larga (art. 1899). Sin embargo, el mismo artículo 1899 establece un caso especial donde bastan 10 años. Esto es cuando se ha poseído una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida, pero no se hizo la inscripción (requisito para que haya buena fe), y se recibió la cosa del titular registral o de su cesionario sucesivo.

Esto significa que el legislador, si así lo pretende, puede fijar reglas generales para la prescripción larga y la corta, y luego fijar excepciones a dichos principios. Esto es lo que sucede con la acción de reducción, pues la posesión de 10 años la detiene, sin necesidad de justo título. En verdad, aquí hay un título suficiente, que genera un derecho real revocable, imperfecto. Esto a su vez armoniza con otra regla general del Código, que establece que el dominio revocable se consolida si transcu-

13. DI LELLA, Pedro, "Reducción de la donación a heredero forzoso (o de cómo la donación es siempre título imperfecto de dominio)", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, N° 5955, 18/10/1995 (t. 1995-IV, p. 687); MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Naturaleza del dominio adquirido a través de donaciones de quien tiene herederos forzosos. ¿Se trata de dominio imperfecto?", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2 "Sucesiones", 2000, pp. 63-72 (RC D 3301/2012).

14. GUARDIOLA, Juan J., "La usucapión en el nuevo Código", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, n° 2, 2016, pp. 19-43 (cita online AR/DOC/566/2016).

rren 10 años sin haberse cumplido la condición resolutoria (ver art. 1965). También el artículo 1972 limita las cláusulas de inenajenabilidad al término de diez años.

Cabe también preguntarse por qué debe estar en mejor situación el adquirente *a non domino*, de una cosa ajena, que quien adquiere de su legítimo propietario, como ocurre con el donatario. Si es factible sanear aquella situación por el transcurso del tiempo, no veo motivos para impedirlo en la segunda, que no ha sido irregular.

Lo importante es que haya un título válido, y el derivado de una donación lo es. El fundamento y finalidad del instituto de la prescripción es asegurar la paz y el orden jurídico al conferir estabilidad a las relaciones de derecho, tornándolas inatacables por el transcurso del tiempo.

Una consideración especial merece la buena fe, pues nadie que obre de mala fe debe ser protegido. Lo que hay que observar es qué se entiende por buena fe, ya que ser donatario no es sinónimo de buena fe, aunque el donatario o sus sucesores sepan que pueden sufrir una acción de reducción durante los primeros diez años. La buena fe significa no estar persuadido de haber adquirido legítimamente. Para que haya mala fe debe haber existido negligencia para no advertir un error de hecho inexcusable, o haber incurrido en un error de derecho.

Lo cierto es que la donación es un contrato válido; nada tiene de malo, salvo la posibilidad de estar expuesto a una eventual acción de reducción. El estudio de títulos revelará la existencia de una donación, y no por ello el adquirente debe ser reputado de mala fe.¹⁵ Sabe cuáles son las reglas y que su dominio es imperfecto, pero eso no obsta a esta suerte de prescripción breve.

Distinta sería la situación, en mi opinión, si hubiera algún vicio o irregularidad en la cadena de transmisiones. Si ella pudo ser advertida, habrá mala fe y, en mi opinión, no sería suficiente con el plazo de 10 años. La remisión al artículo 1901, que permite la unión de las posesiones¹⁶, impone que tal prescripción debe fundarse en la buena fe, ya que el párrafo final de este último artículo dice que en la prescripción breve las posesiones deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico. Sumado a ello, el artículo 1902 exige el estudio de los títulos antecedentes.

También podría considerarse que la remisión al artículo 1901 no incluye la última parte. La buena fe y el vínculo jurídico conforman requisitos para la prescripción adquisitiva breve, la que debe escindirse de la prescripción de la acción de reducción.

Sin embargo, creo que es altamente deseable la exigencia de buena fe, como un principio del derecho. No encuentro motivos para proteger a un adquirente de mala fe. Pero claro, insisto, que haya una donación como antecedente no debe ser

15. No puede soslayarse que el donante no sabe al momento de la donación cuál será la composición del patrimonio que dejará como herencia; recién entonces podrá decirse en propiedad, de acuerdo al art. 2445, si "fueron inoficiosas las donaciones", de acuerdo al monto de la legítima (ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Contratos*, t. 2, Buenos Aires, 2000, p. 732).

16. La unión de dos posesiones diversas, la del enajenante y la del adquirente, a título singular fue introducida en el derecho de Justiniano con el objeto de permitirle al segundo gozar de los efectos de la posesión agregada. El término *unión o accesión* es una expresión figurada que indica el efecto jurídico de la idoneidad de la posesión precedente para integrarse a la posesión del adquirente. Para que pueda operarse la accesión de posesiones, debe satisfacerse un requisito: que proceda la una de la otra inmediatamente. El art. 1901 permite más de una unión ya que usa el plural ("sus antecesores", "otras"), pero debe haber un encadenamiento sucesivo. Una persona no podría unir su posesión a la del antecesor de su antecesor sin unir también la del segundo.

asimilado a un caso de mala fe, sino de una situación imperfecta que puede ser consolidada a través de la posesión. La cosa ya fue adquirida legítimamente, y lo que hace esta prescripción es consolidar la adquisición y ponerla a resguardo de todo reclamo.

La donación, cuando es reputada inoficiosa, no implica que queda sujeta a alguna causal de ineficacia, producto de una nulidad sino que, por el contrario, es un contrato válido y perfecto que —en todo caso— podrá ser objeto de su reducción (art. 2453) por los herederos legitimarios que la reclamen, al verificarse los extremos que la norma indica respecto de la porción legítima de los herederos del donante (art. 2444 y ss.).

3.3. Acerca de la sentencia

La prescripción, dispone el Código, puede hacerse valer por vía de acción de excepción (art. 2551), y, a diferencia de la caducidad (art. 2572), no puede ser invocada de oficio por el juez (art. 2552). En el caso de que se la oponga a una acción de reducción, es claro que será articulada como excepción; no tiene sentido por vía de acción, ya que el donatario o sus sucesores ya han adquirido el dominio.

El CCCN menciona en el artículo 1903, segundo párrafo, que “la sentencia declarativa de prescripción breve tiene efecto retroactivo al tiempo en que comienza la posesión”. La sentencia es declarativa ya que, como dije, el derecho real ya fue adquirido al momento de perfeccionarse la donación. Cabe entender que aquí la sentencia será aquella que admita la defensa de prescripción y, por ende, rechace la acción de reducción.

También es lógico el efecto retroactivo pues el donatario ya adquirió el derecho real y la posesión de 10 años lo protege de una eventual acción de reducción. De tal forma, son válidos y también se consolidan los actos de disposición que pudiere haber efectuado el donatario.

A diferencia de lo que ocurre en la prescripción larga (art. 1905), la sentencia que declara la prescripción breve tiene efecto retroactivo al momento que comenzó la posesión, que será —si no se demuestra lo contrario— el de la fecha del justo título o de la registración, según el caso.

Esto es lógico ya que el poseedor que adquirió a título gratuito es propietario frente a todos pero necesita consolidar su situación respecto de un eventual heredero forzoso perjudicado en su legítima, a quien la transmisión le resulta inoponible y puede reivindicar la cosa. Así, por ejemplo, si el donatario gravó la cosa con usufructo o con hipoteca, y luego se dicta una sentencia que declara la prescripción breve, al tener efecto retroactivo tales derechos también se convalidan definitivamente. En cambio, si la sentencia no hiciera lugar a esta defensa de prescripción corta, no habría tal efecto retroactivo. Los terceros no podrían alegar que ignoraban la imperfección del derecho del donatario.

3.4. Prescripción liberatoria

Como principio general, la prescripción oponible al heredero forzoso perjudicado en su legítima por la donación del causante es la genérica de 5 años (art. 2560 CCCN),

que empieza a correr desde el fallecimiento de este último.¹⁷ El artículo 2459 establece una excepción a ese principio, pues si han transcurrido los diez años de posesión, el poseedor puede hacer valer esa defensa.

4. Bibliografía

- AREÁN, Beatriz, [comentario al art. 4003], en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 6-B, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.
- *Juicio de usucapión*, Buenos Aires, Hammurabi.
- AZPIRI, Jorge, “La legítima en el anteproyecto de Código Civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, número especial, 15/8/2012 (t. 2012-III, p. 1393).
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. 2.
- CASABÉ, Eleonora R., “¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?” [online], en *Revista del Notariado*, N° 924, 2016, <https://goo.gl/c2zna9>, y en *Anuario de la Revista del Notariado*, N° 3 (2016), Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2017.
- CERÁVOLO, Francisco, “Donaciones inoficiosas. Propuesta de modificación del proyecto de Código”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 211, 8/11/2012 (t. 2012-F, p. 904).
- “Los títulos provenientes de donaciones a herederos forzosos no son observables”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 206, 29/10/2010 (t. 2010-F, p. 689).
- “La prescripción como figura jurídica con efectos subsanatorios de ineficacias escriturarias”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 247, 24/12/2007 (t. 2008-A, p. 692).
- DI LELLA, Pedro, “Aproximación a las modificaciones más relevantes en materia de sucesiones que propone el anteproyecto de Código Civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, número especial, 15/8/2012 (t. 2012-III, p. 95).
- “Reducción de la donación a heredero forzoso (o de cómo la donación es siempre título imperfecto de dominio)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, N° 5955, 18/10/1995 (t. 1995-IV, p. 687).
- FERRER, Francisco, CÓRDOBA, Marcos M. y NATALE, Roberto M., *Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria*, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, N° 9 (octubre), 2012.
- GUARDIOLA, Juan J., “La usucapión en el nuevo Código”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, n° 2, 2016, pp. 19-43 (cita online AR/DOC/566/2016).
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Contratos*, t. 2, Buenos Aires, 2000.
- MARTÍ, Diego M., “Donación a herederos legitimarios. Aplicación del Código Civil y Comercial. Acción de reducción. Plazo” [online], en *Revista del Notariado*, N° 919, 2015, <https://goo.gl/UWNaMC>.
- MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Introducción al derecho de la sucesión hereditaria*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1953.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Naturaleza del dominio adquirido a través de donaciones de quien tiene herederos forzosos. ¿Se trata de dominio imperfecto?”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2 “sucesiones”, 2000 (RC D 3301/2012).
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales* (actualizado por Manuel J. ARGANARÁS), Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, t. 2.
- SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. 8, Buenos Aires, Depalma, 1982.

17. Lo cierto es que no hay en el nuevo Código Civil y Comercial una norma específica que sienta que el curso de la prescripción de las acciones sucesorias corre desde la muerte del causante, como bien se establecía en el derogado art. 3953 del viejo Código Civil.

En torno a la unipersonalidad y las sociedades no constituidas según los tipos previstos y otros supuestos

Panorama actual*

Franco Di Castelnuovo

Elda Fernández Cossini

RdN 927

RESUMEN

Se analizan las materias del título de este ensayo en el marco del Código Civil y Comercial y de la Ley General de Sociedades vigente. En este sentido, del análisis realizado se podrá arribar a las siguientes conclusiones: las sociedades pueden ser constituidas válidamente por una o por varias personas humanas o jurídicas; el único tipo social que puede adoptar una sociedad unipersonal es el de sociedad anónima; si no se ajusta a este o no cumple con las demás exigencias previstas en la ley, será una sociedad unipersonal simple (regida por sección 4ª); la naturaleza jurídica del acto fundacional de una sociedad unipersonal es una declaración unilateral de voluntad de carácter organizativa con vocación plurilateral; las SRL o SC no se extinguen al reducirse a uno el número de sus socios, se les aplica el régimen de la sección 4ª; asimismo, quedan incluidas en dicha sección las sociedades civiles, las sociedades irregulares, las sociedades de hecho, las sociedades unipersonales que no adoptan el tipo SA y las sociedades simples plurilaterales que vieron reducidos a uno el número de sus socios. Los socios de las sociedades simples tienen responsabilidad ilimitada, subsidiaria (no directa) y mancomunada. El acto de reconocimiento previsto en el artículo 23 LGS es autónomo del acto constitutivo de la sociedad. Por su parte, *de lege ferenda*, se impone una reforma legislativa en materia de unipersonalidad que permita la posibilidad de limitación de responsabilidad en forma más flexible para que pueda servir como herramienta para la pequeña y mediana empresa.

Sumario: 1. Introducción. 2. Nociones de unipersonalidad. 2.1. La unipersonalidad en la legislación anterior a la Ley 26994. 2.2. Código Civil y Comercial de la Nación. 2.3. Ley General de Sociedades. 3. Sección IV del capítulo 1 de la Ley 19550. 3.1. Denominación de las sociedades de la sección IV. 3.2. Supuestos incluidos. 3.3. Oponibilidad del instrumento constitutivo. 3.4. Repre-

* Versión reeditada –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), que fue distinguido por el jurado de la Jornada con el Primer Premio.

sentación. 3.5. Adquisición de bienes registrables. 3.6. Disposición de bienes registrables. 3.7. Subsunción. 3.8. Disolución. Liquidación. 4. La responsabilidad de la sociedad y de los socios en los nuevos supuestos incorporados por la LGS. 4.1. Responsabilidad del único socio en la SAU. 4.2. Responsabilidad de los socios en las sociedades de la sección IV. 4.3. La responsabilidad del socio único de una sociedad simple. 4.4. Aplicación de la ley en relación al tiempo. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

La Ley 26994, vigente a partir del 1 de agosto de 2015,¹ deroga entre otras normas el Código Civil y el Código de Comercio. Sanciona el Código Civil y Comercial (en adelante CCCN) y modifica, también entre otras normas, la Ley 19550. En cuanto a esta última, que es la que nos ocupará en el presente, se realizan dos cambios sustanciales a nuestro juicio: la incorporación de la noción de unipersonalidad y la modificación del régimen regulatorio de la atipicidad societaria y de aquellas sociedades incluidas en la sección IV del capítulo 1 de la ley.² Estas modificaciones no son meros cambios técnicos puntuales sino que son transversales a todo el derecho societario y generan un verdadero cambio de paradigma que obliga a modificar muchas de las pautas interpretativas que rigieron históricamente la materia. Son, sin lugar a dudas, la materialización de una política legislativa, tal vez no del todo coherente en algunas ocasiones, que implican un cambio valorativo de los principios del derecho societario.

El notario, como operador del derecho, tiene la difícil tarea de asesorar –conforme la dimensión del capital involucrado en una operación, la dinámica que requiera el desarrollo de un emprendimiento económico, etc.– acerca de la conveniencia de la constitución o no de una sociedad, del sometimiento a un tipo social u otro para que dicho esquema operativo le reporte los mayores beneficios posibles al requirente e indirectamente a la economía en general y con ello al bien común. Aquí, analizaremos qué herramientas incorpora la nueva redacción de la Ley 19550 y si nos obliga a reformular o no, antiguas soluciones según el cambio de principios que para nosotros conlleva.

2. Nociones de unipersonalidad

Casi todas las legislaciones de derecho comparado aceptan de alguna forma la limitación de responsabilidad de los empresarios o comerciantes particulares, ya sea aceptando la constitución de sociedades por un solo socio o permitiendo la conformación de un patrimonio de afectación.³ En nuestro país, históricamente, tanto las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio de 1859/62, y posterior-

1. Conforme Ley 27077.

2. En adelante, “sección IV” a secas.

3. En Francia, la Ley 85-697 del 11 de julio de 1985 creó *l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (EURL). Se trata de una persona jurídica diferenciada de la persona de su socio, y su estructura, y funcionamiento, es relativamente similar a nuestra sociedad de responsabilidad limitada (SRL). Por su parte, en los arts. L526-6 a L526-21 del Código de Comercio se regula al *entrepreneur individuel à responsabilité limitée*

mente en el Código de Comercio de 1889, como las sociedades civiles reguladas en el título VII de la sección tercera del libro segundo del Código Civil de 1869 (vigente desde 1871) demandaban la pluralidad de socios para su constitución. Además, el legislador decimonónico veía con disvalor el fraccionamiento de patrimonios, por lo que no permitía, por ejemplo, la constitución de fideicomisos.

En el año 1972 se sanciona la Ley 19550, llamada entonces Ley de Sociedades Comerciales⁴ (en adelante, LSC), que modificó el régimen societario del Código de Comercio. Sin embargo, mantuvo la necesidad de pluralidad para la constitución de las sociedades comerciales: “se admite, por definición, la posible participación de dos o más partes que asumen, todas ellas, tanto derechos como obligaciones”.⁵ Esta exigencia era consecuencia de la noción de que si una sola persona –física o jurídica– creaba un nuevo sujeto de derecho, fraccionaba su patrimonio personal, vulnerando la garantía de sus acreedores, sin la necesidad de dividir las ganancias o beneficios económicos que surgieran de la actividad social con otras personas –físicas o jurídicas– lo que sí acontece al existir pluralidad. Es decir, se atomiza el riesgo pero se concentran las ventajas, lo que viabilizaría situaciones fraudulentas.

Sin embargo, la realidad del tráfico mercantil llevó a que muchos comerciantes o empresarios, con la intención de limitar su responsabilidad, recurrieran a la constitución de sociedades llamadas “de cómodo”,

(EIRL), que no configura una persona jurídica distinta a la del socio sino que el empresario, a través de una declaración, crea un patrimonio de afectación diferenciado del suyo propio.

En España, la Ley 2 del 23 de marzo de 1995 (vigente hasta el 31/8/2010) viabilizó la constitución y funcionamiento de SRL unipersonales. El 1/9/2010 entró en vigencia el Real Decreto Legislativo 1/2010 del 2 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y que prevé la sociedad unipersonal (capítulo III), que puede ser de responsabilidad limitada o anónima.

En Alemania, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*) establece en la sección 1 que una SRL puede ser fundada por una o varias personas.

En Italia, el Decreto Legislativo 6/2003 modifica el capítulo V del título V del libro V del Código Civil e introduce “una sección dedicada a los ‘patrimonios destinados a un negocio específico’, en virtud de los cuales la sociedad puede constituir uno o más patrimonios separados desde el punto de vista jurídico respecto del patrimonio unitario (no destinado) de la sociedad que además prevé un ‘contrato relativo al financiamiento de un específico negocio’ que propende al pago total o parcial de la financiación misma con los ingresos provenientes del patrimonio destinado” (conf. DASSO, Ariel A., “El mundo societario actual: La limitación de responsabilidad y el giro a la sociedad unipersonal”, en AA. VV., *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del código civil y comercial de la nación. Primer Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012, p. 306).

En Colombia, la Ley 222 (20/12/1995) (arts. 71-81) incorporó al Código de Comercio la empresa unipersonal, por la cual “una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil”. Una vez inscrita en el registro mercantil, “forma una persona jurídica”. Además, por Ley 1258 (5/12/2008) se creó la sociedad por acciones simplificada, que podrá constituirse “por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes”.

La SRL unipersonal es también aceptada en Suiza, Austria, Checoslovaquia, Liechtenstein, Dinamarca, Holanda, Portugal, Bélgica y Luxemburgo, siendo lícitas en el derecho inglés para las *public* y las *private companies*, incluso por las directivas de la Comunidad Económica Europea.

(Ver RICHARD, Efraín H., “La sociedad unipersonal”, en AA. VV., *Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Aspectos relevantes. Análisis doctrinario*, Buenos Aires, Erreius-Errepar, 2015, p. 4).

4. [N. del E.: En <https://goo.gl/h11bvF> el lector encontrará el texto ordenado de la Ley 19550 por el Decreto 841/1984 {20/3/1984}. Con las reformas introducidas por la Ley 26994, la Ley 19550 pasó a denominarse Ley General de Sociedades {los autores abordan esta cuestión en el punto 2.3 del presente ensayo}.

5. Exposición de motivos de la Ley 19550, capítulo I, sección I, punto 1. [N. del E.: el lector podrá acceder al texto completo de la exposición de motivos en el sitio web de la *Revista Electrónica de Derecho Comercial*: <https://goo.gl/NpX1NX> {texto no oficial}].

... en las cuales si bien participan dos sujetos como socios, en la realidad, es sólo uno el que aporta el capital inicial, goza de los beneficios y soporta las pérdidas...⁶

Esto generó interminables debates doctrinarios y jurisprudenciales y marchas y contramarchas en las resoluciones de los organismos registrales. Dada esa situación, existieron varios intentos académicos y legislativos de incorporar soluciones para el empresario individual en nuestro ordenamiento, pero nunca lograron efectivización legislativa.⁷ En cuanto a la posibilidad de creación de patrimonios de afectación, recién en el año 1994 se receptó en nuestra legislación el contrato de fideicomiso, a través de la Ley 24441. No obstante, dadas sus exigencias –que exceden la intención del presente–, también requiere la pluralidad de partes para su conformación.

2.1. La unipersonalidad en la legislación anterior a la Ley 26994

A pesar de los antecedentes descriptos, en la legislación anterior al dictado de la Ley 26994 se preveían algunos supuestos de sociedades unipersonales:

1) *Sociedades del Estado*: Conforme al artículo 2 de la Ley 20705,

... las sociedades del Estado⁸ podrán ser unipersonales y se someterán, en su constitución y funcionamiento, a las normas que regulan las sociedades anónimas, en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de la presente ley...

2) *Unipersonalidad derivada en la LSC*: En todos los casos en que se hubiese reducido a uno el número de socios, el artículo 94 inciso 8 disponía que la sociedad se disolvería a menos que en el plazo de tres meses se recompusiese la pluralidad. Es decir, admitía la subsistencia transitoria de la sociedad unipersonal. Durante ese lapso, el socio único respondía solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales.

3) *Cramdown*:

El régimen del art. 48 de la ley 24522 admite aún hoy la posibilidad de que la totalidad del paquete accionario o de las cuotas sociales de la sociedad concursada sometida a *cramdown* le sea transferido a un solo acreedor [...] era posible que el 100 % del capital social de la SA o SRL quedase en cabeza de un acreedor (que de este modo se convierte en socio único).⁹

6. ACEVEDO, Lucas H. S., “Aspectos trascendentes del tratamiento de las sociedades unipersonales en el proyecto de incorporación a nuestro ordenamiento”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 13/11/2013, cita online AR/DOC/3389/2013.

7. El primer proyecto al respecto surgió en el año 1940, seguido de muchos otros, ninguno de los cuales prosperó.

8. Aquellas que “con exclusión de toda participación de capitales privados, constituyan el Estado Nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades que se constituyan en orden a lo establecido por la presente ley, para desarrollar actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos” (art. 1 Ley 20705).

9. GARCÍA VILLALONGA, Julio C., “La sociedad unipersonal. Antecedentes, justificación y alcances”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 22/12/2015 (t. 2016-A, p. 648), cita online AR/DOC/4164/2015.

4) *Decreto 677/2001 de Régimen de Transparencia de la Oferta Pública*: En el caso de que una sociedad anónima (en adelante, SA) cotizante en bolsa quede sometida a un control “casi total”, se permite la unipersonalización societaria por dos caminos:

i) por un acto voluntario del controlante casi total (persona física o jurídica, en el carácter de socio, que disponga al menos del 95 % del volumen accionario, sea en forma directa o a través de otras sociedades controladas), a quien le confiere el derecho de realizar ofertas de adquisición a los minoritarios por sus participaciones accionarias a un precio equitativo, y ii) por un acto por el cual algún accionista minoritario (art. 25) fuerce al mayoritario a adquirir la totalidad de las acciones en manos de la minoría.¹⁰

El artículo 29 del decreto establece que

... respecto de las sociedades bajo control casi total que hayan sido objeto de la declaración de adquisición reglada en el presente artículo, no regirá lo dispuesto en el art. 94 inc. 8, de la 19550 y sus modificaciones.

5) *Ley 26831 de Mercado de Capitales*: Regula el régimen de participaciones residuales en el mercado de capitales en sus artículos 91 a 95, los que prácticamente reproducen el sistema del decreto indicado en el punto anterior.

2.2. Código Civil y Comercial de la Nación

El CCCN regula una “parte general” de la persona jurídica en su libro primero, título II, capítulo 1. Según los fundamentos del anteproyecto, la intención del legislador ha sido permitir que lo que denomina “microsistemas normativos” –como el de la Ley 19550– sean autosuficientes, pero se establece la parte general como complementaria de aquellos con un específico orden de prelación de normas (art. 150 CCCN –que analizaremos más adelante–).

En lo que resulta pertinente aquí, debemos mencionar que el artículo 141 CCCN define las personas jurídicas como “todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones”. Es decir que al regularse la persona jurídica como género, no se exige la plurilateralidad para su formación o existencia,¹¹ lo que debe ser tenido en cuenta como pauta interpretativa.

2.3. Ley General de Sociedades

El anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, tal como fue presentado por la comisión redactora, proyectaba el artículo 1 de la Ley General de Sociedades¹² (en adelante, LGS) con el siguiente texto:

10. *Ibidem*.

11. Lo que resulta lógico dado que la noción de persona jurídica es más amplia que la de cada especie –como la sociedad–.

12. La Ley 26994 modificó la denominación de la Ley 19550.

Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, los socios deben ser dos (2) o más.

De ello derivaba que se aceptaba que cualquier tipo societario pudiera ser unipersonal, con la única excepción de aquellas sociedades cuyo tipo exige dos clases diferenciadas de socios, como las en comandita y de capital e industria. Posteriormente, el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) realizó trascendentes modificaciones al anteproyecto. Finalmente, en el año 2014, se sancionó la Ley 26994, que incorporó la noción de unipersonalidad en el derecho societario argentino con dichas reformas.

2.3.1. Unipersonalidad originaria

El artículo 1 LGS modifica la definición misma de sociedad, indicando que “habrá sociedad si una o más personas”. Así, establece como regla general la posibilidad de nacimiento de la sociedad a partir de una única voluntad.

La naturaleza jurídica del acto fundacional societario se ha entendido históricamente en nuestro país –tras arduos debates en la materia– como contrato plurilateral de organización. Es decir, se ubicaba dentro del ámbito del contrato –acto jurídico bilateral por antonomasia–, por lo que la necesidad de más de una voluntad se volvía imperativa.

Pese a algunas críticas,¹³ en el ordenamiento hoy vigente no caben dudas de que la sociedad unipersonal es una sociedad, dado el texto expreso del artículo 1 LGS ya citado. Lo que vuelve a convertirse en objeto de debate es la naturaleza jurídica del acto constitutivo de esta especie de sociedad. En este sentido, se ha dicho que

... si se acepta la categoría del contrato plurilateral de organización esencialmente como un acto de creación de una estructura jurídica que, a partir de esa creación, funcionará por sí misma, dotada de personalidad y de la organización jurídica para formar y expresar su voluntad, con socios que se relacionan directamente en cuanto a sus derechos y obligaciones con esa estructura, no se ve inconveniente lógico para que se siga llamando «contrato plurilateral de organización» al acto jurídico de su creación, aunque haya sido celebrado por una sola persona en lugar de una pluralidad de ellas.¹⁴

Por nuestra parte, preferimos no considerar el acto fundacional de una sociedad unipersonal como contrato. Primero por la misma definición de este como acto jurídico

13. “Cabe objetar la inclusión como tipo societario (de la SAU) de algo que no es sociedad, término que da por sentada la existencia de pluralidad de personas, con base en acto de estricta naturaleza contractual...” (CARRERA GONZÁLEZ, Guillermo y CURÁ, José M., “La tipicidad societaria en el proyecto de reforma del Código”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, suplemento “Actualidad”, 7/8/2014, y en *Enfoques*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2014 [septiembre], cita online AR/DOC/2759/2014).

14. MANÓVIL, Rafael M., “Algunas de las reformas al Régimen Societario en el Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 13/11/2012 (t. 2012-F, p. 1334), suplemento “Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, cita online AR/DOC/4637/2012. El autor sugiere, sin embargo, no utilizar el término *contrato* sino *estructura plurilateral de organización*.

bilateral (art. 957 CCCN), pero además porque si bien el contrato fundacional societario tiene características particulares que lo distinguen del resto, no resulta extraño a la aplicación de las normas generales del consentimiento contractual. Algunas de ellas devendrían directamente inaplicables, pero otras podrían llegar a resultar contradictorias para posteriores interpretaciones.

Sí compartimos la noción de que este acto emanado de una única voluntad no pierde su potencial plurilateralidad, ya que la aplicación del principio de personalidad diferenciada (art. 143 CCCN) permite que al producirse el nacimiento de la persona jurídica, esta se independice de quien o quienes concurren a fundarla, por lo que nada obsta a que se incorporen nuevas voluntades al sujeto de derecho creado, sin que este pierda su esencia. Es por ello que consideramos que la naturaleza jurídica del acto fundacional de una sociedad unipersonal es una declaración unilateral de voluntad de carácter organizativa con vocación plurilateral.

2.3.1.1. Tipo societario exigido

El segundo párrafo del artículo 1 LGS, tal como quedó redactado tras la modificación incorporada por el PEN, establece expresamente que la sociedad unipersonal solo se podrá constituir como SA. Es decir, la sociedad unipersonal es una sociedad. El único tipo social que podrá adoptar es el SA. Parece innecesario aclararlo; sin embargo, será importante en las reflexiones siguientes entender claramente que el tipo social no es la unipersonalidad sino el carácter de anónima. *A contrario sensu*, no se podrá adoptar ningún otro tipo societario: sociedad colectiva (SC) (art. 125 LGS), en comandita simple (SCS) (art. 134 LGS), de capital e industria (SCI) (art. 141 LGS), responsabilidad limitada (SRL) (art. 146 LGS) y en comandita por acciones (SCA) (art. 315 LGS).

Se admite unánimemente –y por lógica– que aquellos tipos que requieren de dos clases de socios para funcionar (SCI, SCS y SCA) nunca hubieran podido ser el traje de una sociedad unipersonal y así lo establecía el anteproyecto, tal como lo adelantáramos, dado que es propio de ellas la existencia de dos clases diferentes de socios imposibles de fusionarse en una única persona. Sin embargo, se ha cuestionado si resulta ventajoso elegir un único tipo social excluyente y, en tal caso, si el tipo más adecuado es el de la SA.

Por nuestra parte, preferíamos la solución propuesta en el anteproyecto. Pero de haberse elegido limitar la constitución a un solo tipo, adherimos a la mayoría de la doctrina, que considera que hubiere sido preferible exigir la adecuación al tipo SRL, ya que

... garantiza una mayor transparencia en la actuación del ente y en la relación con los terceros, dado que el cambio de único socio –es decir en caso de transmisión por cualquier título de las cuotas sociales representativas del capital social– importan la modificación del contrato social y requiere de publicación e inscripción en el Registro Público¹⁵ de donde, en su actuación en el mercado, independientemente de quien resulte estatutariamente representante legal, al tener que remitirse al contrato de sociedad y sus modificaciones, el tercero co-

15. Entendido como el antiguo Registro Público de Comercio.

nocerá –por exhibición del contrato o por su inscripción en el Registro Público– quién es el real y actual titular del 100 % del capital social.¹⁶

Este procedimiento no ocurre del mismo modo en la SA, pues no importa modificación estatutaria bastando la anotación de cambio de titularidad en el registro de acciones al que el tercero no puede acceder.

2.3.1.2. Aspectos constitutivos

Como la sociedad unipersonal debe ajustarse al tipo SA, deben aplicarse al acto constitutivo las normas generales: lo previsto en el artículo 11 LGS y las exigencias específicas de este tipo social (sección V del capítulo II LGS).¹⁷ En cuanto a su **denominación**, el artículo 164 LGS manda que

... puede incluir el nombre de una o más personas de existencia visible y debe contener la expresión [...] «sociedad anónima unipersonal», su abreviatura o la sigla S.A.U.

Resulta llamativo que en el texto finalmente sancionado se haya eliminado el segundo párrafo del mismo artículo de la LSC que, bajo el título de “omisión: sanción”, hacía responsables ilimitada y solidariamente a los representantes de la sociedad juntamente con esta por actos que se celebren con omisión de la identificación del tipo social. Es decir que si se prescinde de la identificación del tipo no se prevé ninguna sanción. Ello resulta criticable, dado que la finalidad de la exigencia es que los terceros conozcan el tipo social y de ese modo, entre otros caracteres, el alcance de la responsabilidad societaria y de su extensión a los socios.

Por otro lado, compartimos la opinión de que hubiera sido preferible que la expresión “unipersonal”, en lugar de ser considerada como parte de la denominación, fuera entendida como un aditamento “que debe agregarse cuando esté presente la unipersonalidad y que puede retirarse al tiempo de recomponer su pluralidad”, pudiendo el órgano de administración “agregarlo o suprimirlo de acuerdo a las circunstancias, bajo apercibimiento de asumir responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas”.¹⁸ De este modo, no se requeriría una modificación del contrato cada vez que una sociedad incorporara un nuevo socio, dándole mayor flexibilidad.

En cuanto al capital social, conforme al artículo 186 LGS,

... debe suscribirse totalmente al tiempo de la celebración del contrato constitutivo. No podrá ser inferior a pesos cien mil [...] 3º) [...] En las Sociedades Anónimas Unipersonales el capital debe integrarse totalmente...

La misma exigencia sostienen los artículos 187 y 11 inciso 4 de la LGS. Por ello, en el caso de la SAU no se podrá integrar solo una parte (con un mínimo del veinticinco

16. VÍTOLO, Daniel R., “La sociedad unipersonal. Idas y venidas en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ, N° 2012-2, p. 184 (Id SAIJ: DACF120181). En el mismo sentido ver DASSO, Ariel A., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 308.

17. Por ejemplo, constitución por instrumento público y por acto único o por suscripción pública conforme art. 165 LGS.

18. BENSEÑOR, Norberto R., “La sociedad unipersonal”, en AA. VV., *LXXI Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2016, p. 20.

por ciento) y el saldo dentro de un plazo no mayor a dos años. Compartimos, además, la opinión de que “esta exigencia también se mantiene, cuando medie aumento de capital”.¹⁹

2.3.1.3. Constitución de una SAU por otra SAU

El artículo 1 LGS in fine manda: “la sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal”. La letra de la norma impone la prohibición al momento de la constitución de la sociedad. Nada dice sobre el control sobreviniente de una SAU en otra de estas sociedades.

En este sentido, se han esgrimido dos posturas. Una sostiene que nos hallamos ante una cuestión de orden público societario, por lo que cabe aplicarle al caso la interpretación doctrinaria que se elaboró del artículo 123 de la Ley 19550 en relación con las sociedades constituidas en el extranjero, que comprende

... no solo la fundación de una nueva sociedad en la República, sino también la adquisición de participación en una sociedad local ya existente, pues la misma razón legal rige ambos supuestos. Caso contrario, bastaría soslayar la etapa fundacional de una sociedad y recurrir a la llamada ‘compra’ de sociedades ya constituidas [...] para sustraerse a la aplicación de una norma en la que está comprometido el interés público.²⁰

Con esta interpretación se ha justificado que la intención del legislador “ha sido impedir que durante toda su existencia, la totalidad de las acciones de una SAU pueda estar en manos de otra sociedad de estas características”²¹ y por ello debe entenderse que

... la prohibición no sólo abarca su aspecto genético («constitución») sino también su aspecto derivado o posterior («participación») [...] se mantiene no sólo cuando un accionista ha adquirido todas las acciones de la sociedad sino cuando en virtud de una reducción del capital social (o incluso amortización) la sociedad deviene en unipersonal.²²

En sentido opuesto, se sostuvo que es necesario interpretar restrictivamente el término *constituir* empleado en el artículo 1 LGS. Para esta postura, es inaplicable el razonamiento jurisprudencial y doctrinario respecto del artículo 123 de la Ley 19550,

19. Íd., p. 19. En el mismo sentido ver URBANEJA, Aldo E., “Ley General de Sociedades N° 19550, t.o. 1984”, en AA.VV., *LXIX Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2015, p. 49.

20. VÍTOLO, Daniel R., “La sociedad constituida en el extranjero que no se encuentra inscripta en la República Argentina. Sociedades extranjeras”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 18/11/2003, p. 73, citado por BITTAR DE DURALDE, Amara y MANTEGANI, Silvia I., “Apuntes sobre sociedades extranjeras”, en *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, N° 89, 2008, p. 62.

21. HAGGI, Graciela y NISSEN, Ricardo, “Necesarias modificaciones en materia de sociedades unipersonales. Alcance de la incapacidad de una sociedad unipersonal de integrar otra sociedad de esta naturaleza y el caso de la disolución de la sociedad por reducción a uno del número de socios”, en AA.VV., *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del código civil y comercial de la nación. Primer Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012, p. 266.

22. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sociedades anónimas unipersonales”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 9/12/2014 (t. 2014-F, p. 1209), cita online AR/DOC/4408/2014.

porque este versa sobre el cumplimiento de formalidades registrales que hacen al conocimiento de la comunidad jurídica en la que se inserta la sociedad constituida en el extranjero para participar en la vida de sociedades argentinas. En cambio, en la hipótesis bajo análisis, la prohibición resulta una

... genuina incapacidad de derecho [...] no susceptible de interpretación extensiva o analógica [...] [y] cuando la propia LGS se quiere referir a una situación permanente y no a un acto, lo dice expresamente. Ejemplo de ello es el nuevo art. 30 LGS que, al limitar la capacidad de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, dice que «sólo pueden **formar parte** de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada». ²³

La norma tampoco se refiere a la participación indirecta de una SAU en otra SAU, esto es, que una SAU que sea controlante de otra SA de constitución plural, que a su vez sea la única socia de otra SAU.

Una postura aplica a la cuestión en juego de los artículos 32 y 33 LGS, ²⁴ considerando que

... teniendo en cuenta los fines que la ley procuró con dicha prohibición y que los efectos no queridos por la ley también podrían lograrse con la participación indirecta, parece razonable que en el esquema de participaciones societarias no sería aconsejable que una sociedad unipersonal participe indirectamente (a través del control de otra sociedad) en otra sociedad anónima unipersonal. ²⁵

En sentido contrario, se sostuvo que

... se trata, otra vez, de la aplicación extensiva de una incapacidad de derecho [...] más allá de que el tema no tiene conexión con el control societario, el art. 33 LGS no impide la cadena de controlantes y controladas [...] En consecuencia [...] a falta de norma que disponga algo diferente, la situación sobreviniente de participación de una sociedad unipersonal en otra no produce ninguna modificación en su status regular previo. ²⁶

Como contrapartida, el artículo 30 LGS sí resulta indiscutidamente aplicable a la SAU que solo podría formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, además de cualquier contrato asociativo.

Vale aclarar que el tema bajo análisis solo resulta aplicable a las sociedades constituidas en la República Argentina y no en el extranjero, ya que para estas continúa rigiendo el artículo 118 LGS, que conservó el mismo tenor que la LSC.

Por último, cualquier persona, física o jurídica, puede constituir más de una SAU ya que no se establece ninguna prohibición ni limitación al respecto.

23. MANÓVIL, Rafael M., "Las sociedades devenidas unipersonales", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 19/10/2015, p. 12, cita online AR/DOC/3342/2015.

24. Y las consecuencias que de ellos derivan, como la presentación como información complementaria de estados contables anuales consolidados, confeccionados con arreglo a los principios de contabilidad generalmente aceptados y a las normas que establezca la autoridad de contralor conforme, art. 62 LGS.

25. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 6.

26. MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 23), p. 12.

2.3.1.4. Fiscalización estatal permanente

Una de las modificaciones más relevantes realizadas por el PEN al régimen de la sociedad unipersonal planteado por el anteproyecto ha sido la de incorporarla al artículo 299 LGS (inc. 7), sometiéndola así, sin distinción de composición o cuantía de capital, a la fiscalización estatal permanente. Ello implica que deben tener sindicatura plural colegiada en número impar (art. 284, párrafo 2º LGS) y directorio plural en forma obligatoria (art. 255, párrafo 2º LGS).

Por lo tanto, se requerirán, como mínimo, nueve personas para conformar una SAU: tres directores, tres síndicos titulares y tres síndicos suplentes, siempre que el único socio quiera integrar el directorio. Caso contrario, se requerirán 10 personas.²⁷ La convocatoria a asambleas –del único socio– debe publicarse además en un diario de circulación general (art. 237 LGS).

Cierto sector de la doctrina entendió esta resolución como adecuada

... a fin de contar con un mayor seguimiento por parte del organismo de control que evite o disminuya la posibilidad de que se haga un ejercicio abusivo de esta figura.²⁸

Sin embargo, la opinión mayoritaria consideró excesivo y contraproducente este agregado, ya que al resultar complejo y costoso para el emprendedor de escaso capital, inhibe la posibilidad de utilización para la pequeña y mediana empresa.²⁹

Compartimos la noción de que, así delineada, la utilización de la SAU será útil para dos situaciones:

En primer lugar, el de la subsidiaria totalmente integrada de una empresa extranjera que, al contar con la figura de la SAU, podrá ser la única socia fundadora de una sociedad local (filial) sin verse sometida a los riesgos «de agencia» que derivarían de la necesidad de contar con otro socio local y, en segundo término, para las empresas nacionales de cierta envergadura, o las que ya están sometidas al artículo 299 LS (con tres síndicos y tres directores), la posibilidad de establecer unidades de negocios con patrimonios y personalidad jurídica diferenciada.³⁰

27. URBANEJA, Aldo E., ob. cit. (cfr. nota 19), p. 49.

28. TORASSA, Gustavo J., “Informe sobre los aspectos más relevantes en materia de sociedades comerciales”, en Lafferriere, Jorge N. (comp.), *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012, p. 686.

29. “Haber pensado la unipersonalidad solo para la SA y someter a las sociedades unipersonales a un capital predeterminado y al control del art. 299 LSC, resulta ser un corsé al que tendrán que ajustarse las sociedades unipersonales que quieren limitar su responsabilidad, sistema que no fue pensado para el emprendedor individual sino para las concentraciones de capitales” (ARALDI, Liliana y BAIGORRIA, Mariana, “Las sociedades unipersonales y las pymes en el proyecto de reforma del nuevo Código Civil”, en AA. VV., *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Primer Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012, p. 319.

30. FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “Panorama del derecho comercial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en Favier Dubois & Spagnolo. Abogados y Consultores [portal web: <http://www.favierduboisspagnolo.com/>], Buenos Aires, [ed. del autor], 27/5/2015, <https://goo.gl/Vg2xFt>.

2.3.1.5. No adopción del tipo exigido

Se ha sostenido que la LGS contempla las sociedades unipersonales únicamente como anónimas sometidas a fiscalización estatal permanente, por lo que no quedan alcanzadas por la sección IV de la LGS.³¹

No compartimos esta opinión. Por un lado, porque, como mencionáramos, la nueva redacción del artículo 1 LGS permite interpretar que la pluralidad societaria ya no determina la existencia de la sociedad. La exigencia de adopción del tipo SA con los demás requisitos bajo análisis no hace a la existencia de la nueva persona jurídica sino que hace simplemente a la configuración de la tipicidad. Vale mencionar, además, que la Ley 26994 también ha modificado la sección III del capítulo 1, estableciendo en el artículo 17 que en caso de infracción al cumplimiento de alguno de los requisitos esenciales tipificantes, “la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo”. Al contrario del régimen de la LSC, ya no son castigadas con la sanción de nulidad. La sociedad existe, solo que no produce los efectos propios de su tipo –el más relevante de todos ellos, si se quiere, la limitación de responsabilidad–. Es decir, la sociedad unipersonal nacerá en su acto constitutivo; podrá limitar su responsabilidad solo si se ajusta al tipo SA exigido por la ley.

Por otro lado, podría esgrimirse como argumento que las normas de la sección IV hacen referencia en sus textos al contrato constitutivo y no al acto constitutivo –lo que podría dar lugar a la interpretación de que exige pluralidad–. Sin embargo, consideramos que esto se trata, si se quiere, de una mera desprolijidad que no acarrea consecuencias jurídicas y que se ve replicada no solo en todos los artículos no reformados por la Ley 26994 que continúan aludiendo al “contrato”, sino también en varias normas sí modificadas por ella como el artículo 11 inciso 2, artículo 16, 28, 186, etc. que resultan indudablemente de aplicación al acto constitutivo de una SAU.

Por lo tanto, con abundante doctrina,³² sostenemos que una sociedad unipersonal constituida bajo otro tipo social –que no sea SA– o una SAU que no cumple con todas las exigencias de la ley genera el nacimiento de una sociedad válida sujeta al régimen de la sección IV. Sin dudas, “podrá lograr las autorizaciones fiscales para operar (v. gr., clave única de identificación fiscal) y podrá inscribirse en los distintos tributos sin ninguna limitación.”³³

31. CURÁ, José M., “De las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II Ley General de Sociedades. Interesante novedad legislativa a la zaga del Registro Público de Comercio”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 340, 2016, p. 215.

32. Ver 39ª Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 25-28 noviembre 2015), conclusiones del tema 3 (“la sociedad anónima unipersonal que no cumpla sus requisitos típicos constituirá una sociedad de la sección IV del cap. I de la LGS); asimismo, BENSEÑOR, Norberto R., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 21; DUPRAT, Diego A. J., “Sociedad unipersonal en la Ley General de Sociedades”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Thomson Reuters, julio 2015, p. 221, cita online AR/DOC/1340/2015; MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 23), p. 7; MORO, Emilio F., “La sociedad unipersonal. Diseño normativo en la ley 26994 y principales situaciones problemáticas que puede dar lugar su actuación”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 19/10/2015, cita online: AR/DOC/3423/2015; VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 16), p. 191.

33. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 3.

2.3.2. Unipersonalidad derivada

2.3.2.1. Eliminación del inciso 8 del artículo 94 LSC. Artículo 94 LGS

La Ley 26994 modificó el inciso 8 del artículo 94 de la Ley 19550, que establecía “la reducción a uno del número de socios” como causal de extinción de la sociedad. Agrega, además, el artículo 94 bis:

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

La primera parte del artículo establece, a nuestro juicio, el principio general en la materia. Esta redacción armonizada con la nueva redacción de los artículos 1 y 94 LGS indica, para nosotros, que la sociedad no se extingue al quedar reducida a uno el número de sus socios. Esto ha llevado a la doctrina a determinar que existe –además de la unipersonalidad originaria relatada en los acápites anteriores– otra clase de unipersonalidad: la derivada, que consiste en una sociedad que nació plural, vio por algún motivo reducido a uno el número de sus socios y devino, por lo tanto, unipersonal.

Más allá del principio general, la norma no es feliz en el resto de su redacción, ya que no determina claramente qué sucede con la sociedad ante esta vicisitud. Entendemos que conviene distinguir cuatro situaciones distintas.

1. Unipersonalidad derivada en una SA: Las SA plurales devenidas unipersonales deberán cumplir con la exigencia de adecuar la denominación social a la exigencia del artículo 164 LGS³⁴ y cumplir con el régimen impuesto por el artículo 299 LGS si no fueran sociedades plurales ya sometidas al régimen de fiscalización estatal permanente.

2. Unipersonalidad derivada en las SCI, SCS o SCA: En este caso, la cuestión se torna más compleja, ya que el transcripto artículo 94 bis LGS impone la transformación de pleno derecho de las sociedades que tienen dos clases de socios en SAU si no se decidiera otra solución³⁵ en el término de tres meses. Normalmente la transformación requiere el cumplimiento del complejo procedimiento previsto en la sección X del capítulo I (arts. 74-81) de la Ley 19550 con el objetivo de que el mismo no permita excusar la responsabilidad de los socios de la sociedad transformada salvo inexistencia de oposición por parte de los acreedores.

En contraposición, la noción “de pleno derecho” implica que la producción de un determinado efecto jurídico

... es independiente o prescindente de la voluntad y de la acción del o de los sujetos comprendidos o alcanzados por tal efecto, de manera tal que, acaecido el hecho, conjunto de hechos o actos previstos por la ley, como presupuesto de la causación *ipso iure* de ese efecto, él se produce inexorable e irresistiblemente.³⁶

34. Que –recordemos– no impone sanción.

35. Recomponer la pluralidad, determinar la liquidación, etc.

36. ROMERO, Raúl J., “La enigmática sección III del capítulo I de la Ley General de Sociedades”, en *SJA*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2/12/2015, p. 9 (cita online en Sistema de Información Legal de Thomson Reuters: AP/DOC/826/2015).

Por lo tanto, la transformación de pleno derecho sería una especie de transformación automática. No se alcanza a comprender qué sucedería con los requisitos que estas sociedades no cumplan con respecto a los exigidos para la SAU (capital social totalmente integrado, sindicatura colegiada e impar, denominación, etc.). Además, y más relevante aún, resulta qué ocurriría respecto a los acreedores sociales, ya que recordemos que una de las clases de socios de cada uno de estos tipos sociales responde solidaria e ilimitadamente, por lo tanto al limitarse automáticamente la responsabilidad con el nuevo tipo SAU, el acreedor –al menos hacia el futuro– estaría viendo modificada la entidad del patrimonio que es su garantía.

Se ha sostenido que

... lo que aquí se produce *ipso iure* no es, ¡obviamente!, la transformación, sino el ingreso del ente societario en una suerte de estado jurídico semejante al estado de disolución. Y aquí también, como en tal estado, el ente societario puede, finalmente, extinguirse o no.³⁷

También se ha dicho que

... aunque la figura de la transformación de pleno derecho no está legislada, ello significa que pasados los tres meses de la reducción a un socio «se le aplicarán directamente, en sus relaciones internas como externas, las normas de las sociedades anónimas unipersonales, sin necesidad de ningún acto societario interno ni registración alguna.³⁸

Sin embargo, por nuestra parte, preferimos adherir a la opinión de que, en la práctica,

... por más que así lo declame la ley, no existe la transformación de pleno derecho, atento a que una transformación requiere instrumentalidad, modificación estatutaria, emisión de acciones para representar el capital, previsiones orgánicas e integración de cargos, situaciones que no pueden ser suplidas de pleno derecho.³⁹

Por lo tanto, la frase de pleno derecho resulta de cumplimiento imposible.⁴⁰

En el mismo sentido, los organismos registrales imponen para el caso “de pleno derecho” los mismos requisitos que para cualquier otra transformación societaria. La Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires (DPPJ) en el artículo 158 de la Disposición 45/2015 (sección VI “Reorganización Societaria”) prevé los requisitos formales para el trámite de la transformación societaria y, en su inciso g), concluye: “igual criterio se aplicará, respecto de los requisitos, en el supuesto previsto en artículo 94 bis de la Ley General de Sociedades N° 19550”. Por su parte, la Resolución 7/2015 de la Inspección General de Justicia (IGJ), en su artículo 202, establece:

37. *Ibidem*.

38. NISSEN, Ricardo A., “Debe limitarse la constitución y actuación de las sociedades unipersonales incorporadas a nuestra legislación a las «sociedades anónimas unipersonales»”, en AA.VV., *Los aspectos empresarios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, Buenos Aires, Fidas, 2015, pp. 36-37 (citado por MANÓVIL, Rafael M., *ob. cit.* [cfr. nota 23], p. 18).

39. BENSEÑOR, Norberto R., *ob. cit.* (cfr. nota 18), p. 22.

40. RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Personas jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, N° 920, 2016, <https://goo.gl/oJQ7yF>.

La transformación de pleno derecho en sociedades anónimas unipersonales de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria establecida por el artículo 94 bis de la Ley N° 19.550, luego de vencido el plazo de tres (3) meses sin recomponerse la pluralidad de socios, no obstante los efectos de pleno derecho asignado por la ley citada, requerirá iniciar el procedimiento de transformación ante este organismo...

Otra cuestión que no resulta clara es si el plazo de tres meses indicado por la norma es un plazo suspensivo o resolutorio:

Si se considera suspensivo, la transformación no operaría hasta su vencimiento. Si fuera resolutorio debería considerarse operada la transformación, la cual podría quedar sin efecto de adoptarse otra solución.⁴¹

3. Unipersonalidad derivada en las SRL o SC: La norma guarda silencio respecto de la reducción a uno del número de socios para estas sociedades. La redacción del artículo 94 bis LGS resultaba lógica en el texto del anteproyecto –antes de ser modificado por el PEN–, que no imponía un solo tipo social para las sociedades unipersonales y prohibía únicamente la adopción de los que requieren dos clases de socios. Por lo que en este sistema cualquier otra sociedad que deviniera unipersonal continuaba indiscutiblemente con su vida normal. Sin embargo, actualmente, con los cambios introducidos ya relatados, que permiten únicamente la adopción del tipo SA, nos encontramos para las SRL o SC devenidas unipersonales con cuatro posturas interpretativas.

A) Estarían condenadas a la liquidación, conforme lo prescripto por el artículo 163 inciso g) del CCCN, en el que se establece que

... la persona jurídica se disuelve por: [...] la reducción a uno del número de miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y ésta no es restablecida dentro de los tres meses.⁴²

Nissen fundamenta esa solución con la interpretación de que dicha norma reviste carácter imperativo, sumado a que el artículo 150 CCCN establece que

... las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen:
a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;
[...] c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título...

Es decir que al no existir norma expresa en la legislación societaria, se aplica la norma imperativa del ordenamiento general. Recordemos que las leyes imperativas son aquellas cuyo contenido es de orden público y por ello no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes:

41. BENSEÑOR, Norberto R., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 22.

42. Ver NISSEN, Ricardo A., “Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 7/7/2015, § 5; el autor hace suya la interpretación de PERCIAVALLE, Marcelo L., *Ley General de Sociedades comentada*, Buenos Aires, Erreius, 2015, pp. 178-179, y GARCÍA VILLALONGA, Julio, ob. cit. (cfr. nota 9), nota al pie 41.

El carácter imperativo o supletorio de la ley depende de la determinación del propio legislador. Cuando este nada ha declarado, el intérprete debe decidir el punto atendiendo a la finalidad de la norma. Si se ha establecido para satisfacción del bien común o del interés público, la ley es imperativa, pero si se ha instituido en mira de un interés particular se ha de concluir, en principio, que la ley es meramente interpretativa y que puede ser dejada de lado por aquellos cuyo interés resguarda.⁴³

No se advierte en este caso en qué sentido la disolución de la persona jurídica es conducente al bien común, dado que la continuación del funcionamiento del ente es lo que resulta provechoso –económicamente– para la sociedad. Esto se refleja claramente en el artículo 100 LGS, que establece el principio de conservación: “en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad”, que ha sido reafirmado con la reforma de la Ley 26994, por lo que se mantiene más vigente que nunca. Por ello, creemos que el artículo 163 inciso g) del CCCN no es de orden público.

Por otro lado, entendemos que la LGS no guarda un silencio absoluto en la materia. El artículo 1 LGS dice que “habrá sociedad si una o más personas”, y el artículo 163 inciso g) CCCN requiere que la ley especial exija pluralidad. En este caso, la ley especial no la exige. Además, el artículo 94 bis LGS sienta un principio general: “la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución”, por lo que, por aplicación del artículo 150 inciso c) CCCN, la LGS prevalece y, en este caso, la SRL o la SC no se extinguen.⁴⁴

Insistimos con la idea de que la reforma incorporada por la Ley 26994 implica un verdadero cambio de paradigma en cuanto a la unipersonalidad y que la pluralidad de socios ya no es un requisito esencial para la existencia de una sociedad. Además, compartimos la opinión de que

... un trato diferenciado tal⁴⁵ carecería de todo fundamento y, en consecuencia, agravaría patentemente a las garantías constitucionales de igualdad y razonabilidad.⁴⁶

B) El único socio debería transformarlas en SAU mediante el sistema clásico de transformación o, de lo contrario, disolverse.⁴⁷ No cabe duda de que el único socio puede optar por transformar la sociedad o disolverla. También puede optar por recomponer la pluralidad o adoptar cualquier otra solución legal. Sin embargo, la norma no lo compele a ello –recordemos que la transformación de pleno derecho está prevista solo para las SCI, SCS y SCA– y lo que resulta trascendente desentrañar no es lo que el único socio puede hacer sino lo que ocurre con la sociedad ante su inacción.

43. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Perrot, 1973, p. 57.

44. En similar sentido, ver BENSEÑOR, Norberto R., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 23, MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 23), p. 5.

45. Entre los tipos SRL y SC y los demás tipos sociales.

46. ROMERO, Raúl J., ob. cit. (cfr. nota 36), p. 8.

47. García Villalonga adjudica esta postura a la Inspección General de Justicia. Sin embargo, a nuestro criterio, el organismo adhiere a la postura que entiende que quedarían incluidas en la sección IV LGS, tal como se menciona más adelante.

C) Para un importante sector de la doctrina,⁴⁸ a la que adherimos, **quedarían incluidas en la sección IV** que, como veremos, permite incluir varios supuestos que no encajan exactamente con los tipos legales previstos por no cumplir ciertos requisitos. Sin embargo, para varios autores, esta postura

... tropieza con el inconveniente, derivado de la letra de la ley y de lo dicho por la doctrina respecto de las normas que se sustituyen: las disposiciones de esta sección se aplican a la etapa constitutiva de la sociedad, nunca a situaciones sobrevinientes...⁴⁹

No compartimos esta opinión. A nuestro juicio, la sección IV de la LGS implica un régimen de aplicación remanente no asimilable axiológicamente al derogado, por lo que puede aplicarse tanto a situaciones de constitución como sobrevinientes. Nos referiremos a esta cuestión con más detalle en el punto 3 del presente artículo.

D) **Continúan plenamente vigentes según las reglas de su tipo y sin necesidad de recomponer la pluralidad.** El principal defensor de esta postura es Manóvil, quien, al descartar las soluciones expuestas en los puntos a), b) y c) del presente por los argumentos allí referenciados, concluye que

... en ausencia de otros argumentos jurídicos que puedan ser invocados [...] las SC y SRL devenidas unipersonales, siguen su vida jurídica regidas por las normas propias del tipo y por su contrato social, en forma inalterada e ininterrumpida.⁵⁰

Todo el debate en esta materia se debe a una laguna legal nacida de la apresurada incorporación de los cambios realizados por el PEN, que no consideró que la modificación del artículo 1 LGS –incorporando la restricción del acogimiento al tipo SA– dejaba un vacío relativo a los demás tipos sociales que no requerían pluralidad de socios en el artículo 94 bis LGS. Por lo que antes de continuar, debemos manifestar que es imperativa una reforma legislativa a este artículo que aclare todas estas cuestiones. Sin embargo, dada la laguna normativa, debemos recurrir a las demás pautas interpretativas que nos brinda el ordenamiento.

Conforme al artículo 2 CCCN, la ley debe interpretarse “teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades [...] de modo coherente con todo el ordenamiento”. Se establece para la interpretación del derecho el principio de coherencia:

48. Ver RICHARD, Soledad, “La sociedad simple en la Ley General de Sociedades” [online], en *Estudios de Derecho Empresario. La Escuela Comercialista de Córdoba y sus proyecciones*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, vol. esp. N° 5, 2015, p. 68, <https://goo.gl/KXhts>; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 3; RICHARD, Efraín Hugo, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 13; SOLARI COSTA, Osvaldo, “Modificaciones de la Ley 26994 a la Ley 19550 de Sociedades”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 27/5/2015 (t. 2015-C, p. 888), cita online: AR/DOC/1450/2015; DUPRAT, Diego A. J. y MARCOS, Guillermo A., “Sociedades anómalas, informales, atípicas, simples o residuales”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 7/7/2015 (t. 2015-D, p. 599), cita online AR/DOC/1779/2015; MORO, Emilio F., ob. cit. (cfr. nota 32). Ver asimismo art. 203 Resolución IGJ 7/2015: “en los restantes tipos sociales plurilaterales no mencionados por el artículo 94 bis de la Ley N° 19550 en que opere la reducción a uno del número de socios, en caso de no recomponerse la pluralidad de socios dentro del plazo establecido por el mismo artículo, deberá resolverse: a) su transformación voluntaria como sociedad anónima”.

49. BENSEÑOR, Norberto R., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 23.; MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 23), p. 11; VÍTOLO, Daniel R., “La Ley de Sociedades Comerciales reformada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 27/10/2014 (t. 2014-F, p. 692), cita online AR/DOC/3838/2014.

50. BENSEÑOR, Norberto R., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 24.; MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 23), p. 11.

La interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto.⁵¹

En este caso no podemos partir de las palabras de la ley, ya que justamente guarda silencio en la materia. Pero analizando el sistema de la unipersonalidad en su totalidad, consideramos que la intención del legislador ha sido, lamentablemente, beneficiar con la limitación de responsabilidad únicamente a las sociedades unipersonales que se ajusten al tipo SA y además, cumplan con los demás requisitos exigidos legalmente –integración de la totalidad del capital, directorio plural, sindicatura plural, etc.–. Por lo que una interpretación finalista del ordenamiento nos obliga a descartar la solución propuesta en este punto.

Con un criterio similar se ha sostenido que de ser válida una SRL unipersonal, “a quien quisiera beneficiarse con tal figura le bastaría con conseguirse un incapaz para celebrar con él un contrato de sociedad y, elípticamente, obtener una solución que la ley no le concede de manera directa”.⁵²

Tangencialmente debemos mencionar que, dada la relevancia de la inscripción en materia societaria en cuanto a la consecución de efectos del tipo social, mientras los organismos registrales no cambien la postura que sostienen en relación al artículo 94 bis LGS, no podrá dejarse constancia registral del carácter único del socio así devenido por lo que no resultará posible la aplicación práctica de la postura esbozada en este punto.

4. La unipersonalidad derivada en las sociedades de la sección IV: En este caso, se ha dicho que a las sociedades de la sección IV no

... les es aplicable la excepción que contempla el artículo 94 bis LGS en caso de reducción a uno en el número de socios, puesto que, al no estar comprendidas estas sociedades en alguno de los tipos del Capítulo II, no pueden recurrir a la transformación que contempla el artículo 74 LGS, que exige que la sociedad se encuentre regularmente constituida.⁵³

No compartimos esta afirmación. En principio –como ya se mencionó–, entendemos que el artículo 94 bis LGS no contempla ninguna excepción. El inciso 8 del artículo 94 LSC fue derogado y el 94 bis LGS plantea justamente un principio general: la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución. La transformación –se acepte o no como de pleno derecho– es imperativa únicamente para las SCS, SCA y SCI. Ni los restantes tipos sociales ni las sociedades que no se ajusten a ningún tipo están obligados a ninguna clase de transformación, por lo que la aplicación del artículo 74 deviene irrelevante.⁵⁴ Por lo tanto, a nuestro juicio, una sociedad

51. LORENZETTI, Ricardo L., [comentario al art. 1], en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), DE LORENZO, Miguel F. y LORENZETTI, Pablo (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 34.

52. ROMERO, Raúl J., ob. cit. (cfr. nota 36), p. 8.

53. FRENQUELLI, Marcela C. y PERETTI, Martín L., “Adquisición de bienes registrables por parte de las sociedades comprendidas en la sección IV de la Ley General de Sociedades” [online], en *Revista del Notariado*, N° 922, 2016, <https://goo.gl/66w5YZ>.

54. Por motivos de extensión, optamos por no referirnos a la posibilidad o no de transformación de una sociedad “no típica”. Recordamos solamente que ha sido un tema debatido en la doctrina y que, jurisprudencial-

simple devenida unipersonal continuará existiendo plenamente con la aplicación de los principios de responsabilidad del único socio que analizaremos en la tercera parte del presente.

3. Sección IV del capítulo 1 de la Ley 19550

En la redacción originaria de la Ley 19550, la sección IV del capítulo 1 se titulaba “De la sociedad no constituida regularmente”. Allí se incluían las denominadas sociedades irregulares y de hecho,⁵⁵ a las que se les reconocía personalidad jurídica. Personalidad que la misma exposición de motivos calificaba de

... precaria y limitada⁵⁶: lo primero porque habrán de disolverse cuando cualquiera de los socios lo requiera (art. 22); lo segundo porque ella no producirá la plenitud de sus efectos normales.⁵⁷

En líneas generales, el sistema originario de la ley era sancionatorio y propendía la adopción de un tipo social inscripto en pos de la seguridad jurídica.⁵⁸

En el año 1983, la Ley 22903 introdujo en la LSC el instituto de la regularización. Del juego de la Ley 19550 en su primigenia redacción con la modificación de la Ley 22903 surge, a grandes rasgos, un sistema en el que el contrato social era inoponible entre los socios y frente a terceros.⁵⁹ Los socios respondían en forma solidaria por las obligaciones sociales, sin beneficio de excusión y sin tomar en cuenta las limitaciones del contrato social. Podían ser demandados la sociedad o los socios o algunos de ellos en forma indistinta o conjunta; la sentencia contra la sociedad podía ejecutarse contra los socios. Ni la sociedad ni los socios podían invocar entre sí, ni respecto de terceros, defensas o derechos nacidos del contrato. En las relaciones con terceros cualquier socio representaba a la sociedad sin necesidad de poder o de auto-

mente, algún fallo permitió la transformación de una sociedad de hecho en una SRL (ver C. Civ. y Com. de San Isidro, 23/3/1976, “Uniplast SRL” [*El Derecho*, t. 68, p. 425]).

55. “El proyecto no ha podido dejar de contemplar el arduo problema de las sociedades irregulares y de hecho a fin de darles una regulación. Lo contrario hubiera significado apartarse de la realidad, ignorando, como ya lo señalara Vivante, toda una tupida red de negocios que cotidianamente se desenvuelven en su torno” (exposición de motivos de la Ley 19550, capítulo I, sección IV, punto 1; texto no oficial: <https://goo.gl/nwpRTy>).

56. Esta noción generó arduos debates doctrinarios que excederían el presente. Por nuestra parte, adherimos a la postura que entiende que las personalidades tiene o no se tiene y que no debe confundir con la capacidad: “es inadmisibles e impracticable la graduación de la personalidad jurídica” (BENSEÑOR, Norberto R., “Reorganización societaria”, en AA.VV., *LVII Seminario teórico práctico Laureano Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2009 [publicado en *Revista del Notariado*, N° 901, 2010, {ver p. 181}).

57. Exposición de motivos de la Ley 19550, capítulo I, sección IV, punto 1 [N. del E.: texto no oficial en <https://goo.gl/YM3XkK>].

58. Recordemos que el tipo social es “una especie de menú de diversas estructuras normativas para organizar la sociedad, que los socios pueden elegir de acuerdo a sus conveniencias” (AGUIRRE, Hugo, CHIAVASSA Eduardo N. y ROITMAN, Horacio, *Manual de sociedades comerciales*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 15). Implica una limitación a la libertad contractual, pero históricamente se ha fundamentado como ventajoso en cuanto a los beneficios que pueden aportar a la seguridad jurídica, ya que encuadrar al ente en un marco con características básicas predisuestas permite a quienes se asocian y a quienes contratan con la sociedad conocer las características y funcionamiento del ente, el alcance de su responsabilidad, de su administración y representación, etc.

59. “Calificada doctrina reaccionó contra esta extrema severidad, particularmente porque este último rasgo, contrario al principio general de la fuerza obligatoria de los contratos, podía ser visto como un premio a la mala fe de quien no quisiera cumplir con sus obligaciones” (MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. [cfr. nota 14], p. 245).

rización expresa. Cualquier medio de prueba era admitido para acreditar la existencia de la sociedad. Las relaciones entre acreedores sociales y acreedores individuales de los socios

... aun en caso de quiebra, se reglaban del mismo modo que para sociedades regulares. Es decir, sobre el patrimonio social los acreedores sociales se cobraban antes que los acreedores individuales, pero los acreedores sociales concurrían con los de los socios sobre el patrimonio de éstos.⁶⁰

Era objeto de debate la posibilidad de que las sociedades irregulares o de hecho adquirieran bienes registrales. Cualquier socio podía exigir la disolución de la sociedad en cualquier momento. La disolución podía evitarse si la mayoría de los socios resolvían acceder al proceso de regularización de la sociedad con derecho de receso para aquellos socios que se hubiesen opuesto, liquidándose de conformidad con el artículo 92 LSC. La liquidación de la sociedad se realizaba conforme lo pactado y las disposiciones legales que regulaban las sociedades regulares.

Se consideraban incluidas en esta sección las

... sociedades de hecho, aquellas cuya nota característica consistía en la falta de un contrato social plasmado por escrito y las sociedades irregulares propiamente dichas que incluían: a) Sociedades instrumentadas conforme a uno de los tipos regulados por la ley pero no inscriptas en el Registro Público de Comercio, b) Sociedades inscriptas en el Registro Público de Comercio a las que les falta algún requisito esencial tipificante, c) Sociedades inscriptas en el Registro Público de Comercio a las que les falta algún requisito esencial no tipificante y d) sociedades declaradas así judicialmente como consecuencia de simulación, aplicación de la teoría de la penetración, etc.⁶¹

La LGS, por su parte, titula esta misma sección como “De las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos”. La reforma en esta sección ha significado un giro axiológico de ciento ochenta grados. Si bien algunos conceptos se mantienen, la gran mayoría –los más relevantes sin lugar a dudas– ha sido completamente modificada. Revisaremos los principales.

3.1. Denominación de las sociedades de la sección IV

Ante la eliminación de denominación alguna de estas sociedades en el articulado de la sección, mucho se ha debatido sobre cómo corresponde designarlas. Se ha dicho que es una cuestión de importancia porque

... una clara identificación de las mismas permitirá conocer a los terceros con quién contratan al momento de vincularse con estas sociedades y saber cuál es el régimen legal que les es aplicable.⁶²

60. MANÓVIL, Rafael M., “La modificación de las sociedades irregulares y de hecho”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2015-2, p. 366.

61. VERÓN, Alberto V., *Sociedades comerciales. Ley 19550 comentada, anotada y concordada*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 153 (citado por BELMAÑA, Ricardo J y BERGOGLIO, Remo M., “Apuntes sobre sociedad de hecho en el marco de las reformas introducidas por la Ley 26994 al título IV de la Ley 19550” [online], en *Foro de Córdoba*, Córdoba, N° 178, 2015, p. 19, <https://goo.gl/7H7SLp>).

62. NISSEN, Ricardo A., *Curso de derecho societario. La Ley 19550 con las reformas efectuadas por la Ley 26994 y su adecuación al Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 203.

Por nuestra parte, entendemos que al momento de su constitución la sociedad no necesariamente va a indicar en su denominación su pertenencia a esta categoría,⁶³ por lo que en todos los casos el tercero contratante deberá indagar con mayor profundidad las características de la misma para garantizar su seguridad al contratar. De todos modos, sí consideramos que habría sido más claro o prolijo que la propia LGS identificara este tipo de sociedades.

En doctrina se habla de sociedades “libres”⁶⁴, “residuales”⁶⁵, “no regulares”⁶⁶, “informales”⁶⁷, sociedades generales o sociedades de la sección IV. Sin embargo, el término más aceptado hasta ahora ha sido el de “sociedad simple” o “simple sociedad”,⁶⁸ denominación que proviene de la *società semplice* del derecho italiano.

3.2. Supuestos incluidos

Una importante cuestión en cuanto a la sección IV es su ámbito de aplicación. El artículo 21 LGS manda que se regirán por lo dispuesto en esta sección:

- 1) La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del capítulo II.
- 2) La sociedad que omita requisitos esenciales.
- 3) La sociedad que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley.

Además, conforme el artículo 17 LGS, quedan regidas también por esta sección:

- 4) La sociedad que omita requisitos esenciales tipificantes.
- 5) La sociedad que comprenda elementos incompatibles con el tipo legal.

Entendemos a grandes rasgos que los supuestos 1, 4 y 5 se encuentran vinculados entre sí dado que configuran supuestos de **atipicidad** ya sea por defecto o por exceso: “por omisión de requisitos esenciales tipificantes o porque han incorporado algún elemento incompatible con el tipo”.⁶⁹ En cuanto al supuesto 2, consideramos

63. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que se pretende la creación de una sociedad sujeta a un tipo social que luego no se inscribe. Claramente su denominación va a enunciar el tipo social escogido, que no será operativo justamente por la falta de inscripción.

64. VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 49), p. 5.

65. ROITMAN, Horacio, “Las sociedades”, 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 (citado por NISSEN, ob. cit. [cfr. nota 62], p. 203, nota 5).

66. RICHARD, Soledad, “El régimen de las sociedades no regulares en el proyecto de reforma”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 296, 2012, p. 621.

67. FAVIER DUBOIS, Eduardo M., ob. cit. (cfr. nota 30).

68. VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 49), p. 1; RICHARD, Soledad, ob. cit. (cfr. nota 48); NISSEN, Ricardo y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Necesarias modificaciones que deben hacerse al régimen de las sociedades incluidas en los artículos 21 a 26 de la ley 19550 según el proyecto de reforma al Código Civil y Comercial, con especial referencia a las sociedades de hecho”, en AA. VV., *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del código civil y comercial de la nación. Primer Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012, p. 335.

69. RICHARD, Soledad, “El régimen de las sociedades de la sección IV en la Ley General de Sociedades”, en *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, N° 92, 2015, p. 46.

Los requisitos tipificantes son aquellos que permiten distinguir un tipo social de otro. Normalmente se considera que lo son aquellos consignados en el primer artículo de cada capítulo de la Ley 19550 dedicado a cada tipo social, que bajo el título de “caracterización” enuncian su configuración y la responsabilidad de sus socios. Otras cuestiones que hacen a la configuración de un tipo surgen de los órganos característicos necesarios para

que se refiere a los requisitos esenciales no tipificantes,⁷⁰ puesto que los tipificantes quedarían abarcados en el supuesto anterior. Por último, el supuesto 3, como veremos, debe interpretarse con un sentido amplio de la palabra *formalidad* que incluya la forma propiamente dicha y, además, la inscripción registral.

3.2.1. Sociedades civiles

Con la sanción de la Ley 26994 quedan derogados los artículos 1648 y siguientes del Código Civil, que preveían y regulaban las sociedades civiles. Además, estas no se regulan expresamente ni en el CCCN ni en la LGS.

Una postura doctrinaria entiende que la sociedad civil no podría incluirse en la sección IV porque no encuadra dentro del concepto de “sociedad” del artículo 1 de la Ley 19550, que exige que

... los aportes se apliquen «a la producción o intercambio de bienes y servicios», mientras que en la sociedad civil tal exigencia no existe, limitándose la regulación a disponer que se persiga «el fin de obtener una utilidad apreciable en dinero que dividirán entre sí» los socios.⁷¹

Siguiendo un razonamiento similar, se ha dicho que

... toda asociación de dos o más personas, con fines de lucro, donde haya aportes para obtener utilidades de su aplicación, pero sin explotar una empresa no es sociedad y queda subsumida en algunas de las figuras de los «contratos asociativos», que en el código son contratos sin personalidad jurídica (artículos 1442 a 1478). En definitiva, a partir de la Ley 26994, las sociedades no se denominan más «comerciales» pero deben ser todas «empresarias».⁷²

En sentido opuesto, se ha dicho que aun cuando el concepto “para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios” esté

... ausente del art. 1648 Cód. Civ., no quiere decir en modo alguno que se prevea una sociedad cuyas utilidades deriven de algo diferente que la muy genérica y amplia noción de producir o intercambiar bienes o servicios...⁷³

su funcionamiento y de la representación del capital social (partes sociales, cuotas o acciones) (BENSEÑOR, Norberto R., ob. cit. (cfr. nota 56), p. 9).

70. Aquellos contenidos generales que debe reunir el instrumento constitutivo de toda sociedad. Se considera como tales a los previstos en la parte general de la ley, especialmente en el art. 11.

71. VÍTOLO, Daniel R., “Las sociedades civiles, irregulares y de hecho en el proyecto de Código”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 6/8/2012 (t. 2012-D, p. 1216), cita online AR/DOC/3415/2012.

72. FAVIER DUBOIS, Eduardo M., ob. cit. (cfr. nota 30).

73. Ver MANÓVIL, Rafael M., “Las sociedades de la sección IV del proyecto de Código”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 24/10/2012 (t. 2012-F, p. 758), cita online AR/DOC/4907/2012. En el mismo sentido: “Si bien coincido con el criterio de que toda sociedad, como requisito de existencia y como condición esencial para gozar de personalidad jurídica, debe desarrollar una actividad, enmarcada dentro de la fórmula ‘producción o intercambio de bienes y servicios’ a la que alude el art. 1 de la ley 19.550 y de cuyo resultado sus integrantes pretenden obtener ganancias, no concuerdo con la conclusión en que esa actividad deba ser de tal magnitud que implique incluirla dentro del concepto de ‘empresa’, más allá de la ambigüedad que para el derecho argentino supone este concepto” (NISSEN, Ricardo, ob. cit. [cfr. nota 62], p. 207; RICHARD, Soledad, ob. cit. [cfr. nota 66], p. 47).

Por lo tanto,

... se habrá pues ampliado el horizonte de las sociedades civiles, pero no se habrá generado una situación en que éstas no puedan subsistir en las mismas condiciones en que hoy funcionan.⁷⁴

Por nuestra parte, adherimos a esta última opinión y consideramos, además, que posiblemente la razón por la cual no se han previsto específicamente las sociedades civiles como tales, se deba a que en la unificación de los códigos Civil y Comercial el legislador pretendió quitar estos adjetivos de la misma Ley 19550 y de las demás instituciones –por ejemplo, el discutible cambio de denominación de “Registro Público de Comercio” por “Registro Público” a secas–. El hecho de que la ley ya no se denomine “de sociedades comerciales” implica a nuestro juicio que serán regidas por ella todas las sociedades –de derecho privado–, incluso las civiles. Nótese además que si la ley exigiera carácter empresario de la sociedad, podría haberla denominado “Ley de Sociedades Empresariales” –o empresarias o cualquier otro adjetivo pertinente– y no lo hizo, por lo que consideramos que no era la finalidad de la norma. A partir de la unificación del derecho privado, la polaridad civil-comercial ya no debe entenderse tan estricta o excluyente como en el ordenamiento derogado.

Creemos pertinente aclarar que las sociedades civiles existentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 26994 que se hubieran constituido por escritura pública continuarán existiendo como tales y se registrarán por lo establecido en su estatuto. Las que no hubieran cumplido con el requisito de la forma escritura pública se registrarán por la sección IV de la LGS.⁷⁵ De cualquier modo, como veremos, el régimen de la sección IV, en cuanto a oponibilidad, responsabilidad, etc., es muy similar al de las sociedades civiles, por lo que no generará consecuencias gravosas. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 26994, quien quiera constituir una sociedad con el objeto de las antiguas sociedades civiles podrá encuadrarlas dentro de la sección IV LGS.

3.2.2. Sociedades irregulares

La LGS no se refiere expresamente a este tipo de sociedades. Parte de la doctrina las considera incluidas en el supuesto del artículo 21 LGS, que se refiere a aquellas sociedades que incumplan con las “formalidades” exigidas por la ley. VÍTOLO considera que la irregularidad societaria se aplica en aquellos casos en que una sociedad constituida según alguno de los tipos del capítulo II de la Ley 19550 no ha sido inscripta en el Registro Público de Comercio, conforme lo manda el artículo 7 de dicha ley, y que

... la inscripción en el Registro Público de Comercio para adquirir la «regularidad» en modo alguno es una «formalidad», pues es algo que no se conecta con la «forma» del acto, ni tampoco con el «modo de ejecutar el acto». La regularidad se vincula con la «oponibilidad» y con los «efectos» del acto constitutivo o del contrato...⁷⁶

74. *Ibidem*.

75. En el mismo sentido: ver 39ª Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 25-28 noviembre 2015), conclusiones del tema 3. [N. del E.: ver conclusiones completas en <https://goo.gl/Nkwmw8T>].

76. VÍTOLO, Daniel R., *ob. cit.* (cfr. nota 72), p. 3.

Por ello, la LGS se mantiene la noción de regularidad, pero no prevé qué sucede en caso de irregularidad societaria. En primer lugar, históricamente, para la mayoría de la doctrina, la solución legal para los vicios de fondo era la nulidad⁷⁷ y para las omisiones formales, la irregularidad. Por ello, este supuesto no se limitaba exclusivamente a las sociedades que no hubieran logrado la inscripción registral.⁷⁸ En materia societaria, se ha dicho que “la forma, como requisito global, abarca tanto el acto constitutivo como la publicidad impuesta por la ley hasta llegar a la regularidad”.⁷⁹

Compartimos con Vítolo la noción de que la registración no está incluida en la forma del acto jurídico en sentido estricto. Sin embargo, el artículo 21 LGS se refiere a formalidad y esta no es sinónimo absoluto de la palabra *forma*. Además, esta palabra no tiene un concepto unívoco, aceptándose muchas veces nociones bastante amplias de la misma.⁸⁰

Lo expuesto nos lleva a sostener la inclusión de las sociedades irregulares en el tercer supuesto del artículo 21 LGS y contenerlas en el ámbito de la sección IV.⁸¹

3.2.3. Sociedades de hecho

En el régimen de la LSC, se denominaba sociedad de hecho a la sociedad “que funciona como tal sin haberse instrumentado”, a la cual el derecho le reconoce virtualidad por imperio de la necesidad que se deriva de la realidad misma.⁸² Debían tener objeto comercial y normalmente su funcionamiento requería la inscripción ante algunos organismos fiscales que les exigían, para llevar a cabo ciertos trámites, la redacción de un breve contrato escrito bastante precario. Esta práctica generó un debate doctrinario en cuanto a si este instrumento las convertía en sociedades irregulares o en sociedades atípicas –nulas, conforme al artículo 17 LSC–.

Cierto es que la LGS no se refiere expresamente a estas sociedades. Por ello, se ha entendido que como se mantiene la redacción del artículo 4 de la Ley 19550 y se suprime del artículo 21 la referencia a “las sociedades de hecho con objeto comercial” que contenía la LSC, estas no podrían incluirse dentro de la sección IV porque

77. Como mencionáramos, la Ley 26994 también ha modificado la sección III de la Ley 19550, por lo que en algunos supuestos la sanción de nulidad se reemplaza por la aplicación de la –no tan sancionatoria– sección IV.

78. Solo a modo de ejemplo, son sociedades irregulares aquellas que presentan vicios en la instrumentación del acto jurídico (solo en la instrumentación, ya que –al menos en el sistema de la LSC– “los vicios en el contenido del acto constitutivo son causal de nulidad” [AGUIRRE, Hugo, CHIAVASSA Eduardo N. y ROITMAN, Horacio, ob. cit. {cfr. nota 58}, p. 118, nota 2]) como falta de ratificación o certificación de firmas en el instrumento privado, algún defecto en la escritura pública del contrato constitutivo como la falta de la firma de alguna de las partes o del notario o la falta de constitución por acto único de la SA mediante instrumento público, etc.

79. AGUIRRE, Hugo, CHIAVASSA Eduardo N. y ROITMAN, Horacio, ob. cit. (cfr. nota 58), p. 118.

80. Por ejemplo, se ha agrupado como “forma” de publicidad a aquella “serie de procedimientos, de los cuales –lato sensu– puede decirse que cumplen una función integrativa a los efectos de que el contrato se vuelva oponible a terceros” (LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Zavallia, 2006, p. 320).

81. En el mismo sentido: MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 74), p. 9; NISSEN, Ricardo, ob. cit. (cfr. nota 62), p. 210; FAVIER DUBOIS, Eduardo M., ob. cit. (cfr. nota 30); DUPRAT, Diego A. J. y MARCOS, Guillermo A., ob. cit. (cfr. nota 48), p. 1; RICHARD, Soledad, ob. cit. (cfr. nota 66), p. 47.

82. AGUIRRE, Hugo, CHIAVASSA Eduardo N. y ROITMAN, Horacio, ob. cit. (cfr. nota 58), p. 119.

... a pesar de que mencionan dentro de los supuestos abarcados aquellas sociedades en las cuales «se incumpla con las formalidades previstas en esta ley» pareciera referirse sólo a contratos celebrados por escrito...⁸³

Ello dado que los “beneficios” mencionados en dicha sección solo podrían efectivizarse mediante la instrumentación del acto constitutivo.⁸⁴

En sentido opuesto, se ha sostenido que el concepto substancial de contrato no debe confundirse con el documento que lo instrumenta y que

... la ausencia de instrumento escrito constituye uno de los vicios formales que hacen que la sociedad quede expresamente incluida en el ámbito de aplicación de la normativa proyectada para la sección IV del capítulo I de la LSC.⁸⁵

Por nuestra parte, compartimos esta última noción, sumado a que el texto del artículo 23 LGS establece que “la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba”. Por lo tanto, la sociedad de hecho existirá como sociedad simple aun sin contrato constitutivo escrito, y su existencia y oponibilidad podrán valerse de otros medios de prueba (p.ej., la invocación específica de la misma en un contrato celebrado por la sociedad en el que así se consigne o el acto de reconocimiento previsto para la adquisición de bienes registrables).

3.2.4. Sociedades unipersonales que no adoptan el tipo SA

Remitimos al punto 2.3.1.5.

3.2.5. Sociedades de la sección IV derivadas

Como brevemente mencionáramos, una postura doctrinaria entiende que la Sección IV se aplica únicamente a las sociedades en el momento de su constitución, por lo que solo podrían existir sociedades simples originarias y nunca derivadas.

Por nuestra parte, no compartimos esta opinión, en principio, porque a diferencia de lo que ocurría en la LSC en donde esta sección se titulaba “De la sociedad no constituida regularmente”, en la LGS se titula “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”. Esto implica que, más allá de la primera mención casuística del artículo 21 LGS (justamente, la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del capítulo II), se recogen también los demás supuestos enunciados en el mismo artículo y en el artículo 17 LGS. Y algunos de estos pueden acaecer en cualquier momento de la vida societaria.

Se ha mencionado que durante la vigencia de la LSC la doctrina no admitía la posibilidad de que una sociedad devenga irregular. Más allá de que existen algunas

83. VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 72), p. 4.

84. En similar sentido, ver NISSEN, Ricardo A., y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., ob. cit. (cfr. nota 68), p. 337.

85. MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 74), p. 10. En el mismo sentido: “Entendemos que las «formalidades» cuyo incumplimiento la ley castiga con su inclusión en la sección IV se refieren a las que comprenden la totalidad del *iter* constitutivo o formativo de una sociedad”; lo que abarcaría la inexistencia del contrato escrito constitutivo (BELMAÑA, Ricardo J y BERGOGLIO, Remo M., ob. cit. [cfr. nota 61], p. 21; FAVIER DUBOIS, Eduardo M., ob. cit. (cfr. nota 30); DUPRAT, Diego A. J. y MARCOS, Guillermo A., ob. cit. (cfr. nota 48), p. 2; RICHARD, Soledad, ob. cit. (cfr. nota 66), p. 47).

opiniones contrarias a esta afirmación, a nuestro juicio deviene irrelevante, porque la nueva sección IV, además de sus diferencias técnicas con la redacción anterior, implica un giro valorativo en la materia. Es por ello que, repetimos, se produce un verdadero cambio de paradigma del régimen societario. En la nueva visión presentada por la LGS, esta sección resulta de aplicación como categoría “residual” o “remanente” para todos aquellos casos en los que no se haya previsto una regulación, sanción o solución legal expresa. Es por ello que, a nuestro humilde criterio, las sociedades “devenidas” simples existen y, más específicamente aún, este debería ser el régimen aplicable a las SRL o SC que vieron reducido a uno el número de sus socios.

3.3. Oponibilidad del instrumento constitutivo

En cuanto a los aspectos constitutivos de las sociedades simples, la LGS no prevé formalidad alguna. Además, como ya mencionáramos, se permite cualquier medio para probar su existencia. Sin embargo, por cuestiones de practicidad y por los beneficios que conlleva en cuanto a la oponibilidad que seguidamente analizaremos, consideramos que resulta recomendable la redacción de un contrato constitutivo por escrito. En este sentido, la escritura pública resulta un instrumento idóneo porque en ella confluyen el asesoramiento previo prestado por el notario, la fehaciencia de su contenido, la posibilidad de guarda y expedición de segundas o ulteriores copias, etc.

En cuanto a la oponibilidad, al contrario de la LSC, la LGS “ha vuelto a principios del derecho común del cual se había autoexcluido”.⁸⁶ Así, la nueva redacción del artículo 22 manda: “El contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros solo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores”.

Entre socios, rige plenamente el efecto vinculante previsto en el artículo 959 CCCN.⁸⁷ En cuanto a los terceros, la sociedad o los socios podrán oponérselos solo si aquellos han tenido conocimiento efectivo del contrato al momento del nacimiento de la obligación. Esto puede realizarse suscribiendo el co-contratante una copia del contrato constitutivo o declarando expresamente en el contrato que se celebre que conoce la existencia y el contenido del instrumento que da nacimiento a la sociedad.

En principio, la sociedad o los socios no podrán oponer el contrato a sus acreedores involuntarios. Sin embargo, estos sí podrán invocarlo contra la sociedad, los socios y los administradores, de resultarles beneficioso, si llegan a conocerlo.

Veremos que los supuestos mencionados a continuación (administración y representación societaria, disolución, etc.) son un derivado del principio de oponibilidad aquí descripto. Es sin dudas una muestra más del cambio axiológico que significó la reforma introducida por la Ley 26994 en esta materia.

3.4. Representación

En materia de administración y representación social, los socios de una sociedad simple tienen total libertad para establecer sus órganos sociales ya que no deben

86. RICHARD, Soledad, ob. cit. (cfr. nota 66), p. 53.

87. Llamado “fuerza obligatoria” en el régimen velezano. Estaba previsto en el art. 1197 del Código Civil.

ajustarse al “molde” de ningún tipo social y las normas del contrato constitutivo son plenamente invocables entre ellos. En cuanto a las relaciones con terceros, el segundo párrafo del artículo 23 LGS manda que

... cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica.

En este aspecto se ha dicho que

... es un contrasentido: por una parte, las sociedades de hecho no tienen contrato que pueda exhibirse y, por la otra, si se exhibe el contrato, éste y las reglas y limitaciones relativas a la administración y representación se hacen oponibles a los terceros, con lo cual la indistinta representación por cualquier socio deja de ser aplicable.⁸⁸

Entendemos que si bien asiste razón a la crítica esbozada en cuanto a las sociedades de hecho, consideramos en cuanto al resto que el artículo se refiere a la prueba del carácter de socio y no del carácter de administrador de la sociedad. Si en el contrato constitutivo no se pactó ninguna previsión en cuanto a la administración o representación, para poder contratar con la sociedad, el tercero debería asegurarse el carácter de socio de su co-contratante a través de la exhibición del instrumento para garantizarse que efectivamente está contratando con dicho ente –lo que no resultaría posible para la sociedad de hecho, por lo que deberán tomarse otros recaudos para la prueba–.

Sin lugar a dudas, el contrato constitutivo funcionará como documentación habilitante del carácter invocado, en principio, para el otorgamiento de cualquier acto jurídico, más allá de las reservas que corresponden para la adquisición de bienes registrables. Compartimos la opinión de que

... a falta de normativa específica prevista contractualmente en relación a sus órganos sociales, le serán aplicables las normas previstas en el Título II del CCC referido a la Persona jurídica, tal como dispone el artículo 150 de dicho cuerpo normativo.⁸⁹

3.5. Adquisición de bienes registrables

El artículo 26 LSC establecía que

Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, inclusive en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad regular, excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración.

Esto le llevó a entender a una gran parte de la doctrina que las sociedades irregulares o de hecho no podían ser titulares de bienes registrables. Sin embargo, otro sector doctrinario lo entendía admisible y el Registro de la Propiedad del Automotor efectivamente inscribía este tipo de bienes a nombre de esta clase de sociedades. Todo lo cual generaba una situación bastante irregular.

88. MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 14), p. 246.

89. RICHARD, Soledad, ob. cit. (cfr. nota 66), p. 56.

En el nuevo ordenamiento previsto por la LGS, el artículo 23 en su tercer párrafo manda:

Bienes registrables. Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad.

Y por si fuera necesario, a mayor abundamiento, el artículo 26 LGS modificó su última parte por “incluso con respecto a los bienes registrables”, no cabiendo entonces ninguna duda acerca de la viabilidad de estas adquisiciones en el régimen vigente.

La adquisición de bienes por parte de las sociedades de la sección IV, tanto en la LSC como en la actualidad, despierta la desconfianza de cierta parte de la doctrina que entiende que dada la falta de contralor del órgano inscriptor en esta clase de sociedades, se puede dar lugar a fraudes por parte de quienes la conforman, poniendo bienes a nombre del ente para eludir a los acreedores individuales de los socios. Nosotros entendemos que, lamentablemente, la intervención del registrador no es suficiente para evitar maniobras fraudulentas, dado que nada obsta a que una sociedad perfectamente constituida e inscrita no opere en el mercado y sea una mera pantalla para la despatrimonialización de sus integrantes. Es por ello que consideramos que no corresponde interpretar la norma con excesiva rigidez, debiendo tomarse los mismos recaudos que el notariado acostumbra evaluar para cualquier sociedad, es decir, acreditar su existencia –que a nuestro juicio incluye la identidad de sus socios– y las facultades de su representante, con particular atención en el contenido del contrato escrito si existiere.

En cuanto a la efectiva operatividad de la sociedad en el mercado, excede la evaluación del notario –y del registrador–, por lo que deberá recurrirse a las otras herramientas que otorga el ordenamiento –entre ellas, la inoponibilidad de la persona jurídica⁹⁰–.

3.5.1. Acto de reconocimiento

El artículo 23 LGS exige un acto de reconocimiento que debe acreditar la existencia de la sociedad, todos quienes la integren en carácter de socios, la proporción en que participan los socios en la sociedad y las facultades de su representante. A nuestro juicio, debe diferenciarse el acto de reconocimiento del acto constitutivo. Este es –naturalmente– el que da nacimiento a la sociedad. Aquel, en cambio, presupone una sociedad ya existente y, valga la redundancia, la reconoce.

El acto de reconocimiento autónomo al acto constitutivo será de utilidad para aquellas sociedades que no tienen estatuto escrito, que lo tienen pero redactado de

90. Recordemos que “uno de los supuestos más habituales en torno a la aplicación de la doctrina de la personalidad jurídica lo constituyen, precisamente, las sociedades sin actividad, sólo titulares de bienes registrables (CNCom., Sala C, 10/5/95, «Ferrari Vasco c/ Arlington SA y otra s/ sumario», CNCom., Sala C, «Laffont, Jorge R. y otro c/ Yosemite SA s/ ordinario») o aquellos entes que no han tenido actuación orgánica interna (CNCom., Sala C, 15/8/06, «Pardini, Fabián C. c/ Compañía Fredel SRL y otros s/ ordinario»)» (NISSEN, Ricardo, ob. cit. [cfr. nota 62], p. 205).

forma tan precaria que resulta insuficiente para acreditar los extremos exigidos por la norma⁹¹ o en el caso de que quien se presente en representación de la sociedad a los fines de requerir la registración no coincidiera con el designado administrador o representante legal en el acto constitutivo.

La forma legalmente exigida es la escritura pública o instrumento privado con firmas certificadas. Doctrinariamente se ha entendido que si el acto constitutivo de la sociedad simple cumple con estas formalidades, debe exceptuarse la exigencia de un acto de reconocimiento.⁹² Entendemos que para el acto fundacional bastará con el cumplimiento de cualquiera de las dos formas indistintamente ya que la ley no exige ninguna formalidad para la constitución de la sociedad simple. En cambio, para el acto de reconocimiento autónomo, consideramos aplicable el artículo 1017 inciso c) CCCN,⁹³ por lo que si el acto de adquisición debe instrumentarse por escritura pública, el acto de reconocimiento también debería instrumentarse así.

La última parte del párrafo del artículo 23 LGS aquí reseñado establece que “el bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad”. Esta redacción ha provocado discrepancias en cuanto a si las proporciones deben constar en el acto de reconocimiento o si deben inscribirse en el asiento registral. Por nuestra parte compartimos la opinión de que “la indicación debe constar en el acto de reconocimiento y no en las constancias de inscripción”.⁹⁴

3.5.2. Bienes inmuebles

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Disposición Técnico Registral (DTR) 14/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble establece que será materia de calificación la acreditación de la existencia de la sociedad, las facultades de su representante y el nombre y la proporción de quienes afirman ser sus socios:

El reconocimiento exigido por el art. 23 de la Ley General de Sociedades podrá surgir del mismo documento, de la referencia al contrato constitutivo y sus eventuales modificaciones, o a cualquier otro instrumento otorgado con anterioridad que cumpla con los requisitos establecidos en la norma y que permita su identificación.

Es decir, el registrador porteño toma en cuenta a aquellas sociedades que no tienen contrato constitutivo al permitir que del propio acto de adquisición surja la existencia de la sociedad. A la inversa, en el caso de que sí exista contrato constitutivo con las formalidades legales exigidas, no será necesario un nuevo otorgamiento, lo que resulta absolutamente práctico, sin menoscabar la seguridad jurídica.

91. Típico caso de los contratos de media carilla de extensión –y escaso contenido– suscriptos únicamente a los efectos de obtener la clave fiscal ante los organismos tributarios.

92. NISSEN, Ricardo, ob. cit. (cfr. nota 62), p. 218; “si existe contrato social escrito y está dotado de estas formalidades, éste puede servir como acto de reconocimiento”; MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 60), p. 418.

93. Art. 1017: “Escritura pública. Deben ser otorgados por escritura pública: [...] c) todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escriturapública...”

94. MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 60), p. 418.

Por último, indica:

El asiento se practicará a nombre de la sociedad, consignándose expresamente que se trata de una sociedad de la sección IV, el número de la CUIT, y los datos relativos al instrumento donde conste el acto de reconocimiento.

Agrega en sus considerandos que

... será la sociedad la titular del bien registral, por lo cual la publicidad que compete a este Registro se cumple con la registración de esa titularidad del dominio y no con la de las participaciones que en la sociedad pudieran corresponder a los socios. Además, la mutabilidad que pueda sufrir la integración de los socios que conforman el ente no altera que el dominio pertenezca a la sociedad, por lo cual –más allá de su constancia documental– carece de sentido la toma de razón de sus datos filiatorios y proporción de su participación.

En la provincia de Buenos Aires, por su parte, a la fecha no se ha dictado ninguna DTR en la materia, pero la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad Inmueble ha esbozado algunos lineamientos en la Orden de Servicio (OS) 45/2015, que establece que el registrador deberá calificar los siguientes aspectos: “el acto de adquisición debe instrumentarse por escritura pública (art. 1017 CCCN)”. Si se refiere a la adquisición de un bien inmueble, no cabe ninguna duda tanto para las sociedades de la sección IV como para cualquier otro caso, exceptuándose únicamente esta forma en cuanto a la subasta judicial:

El notario deberá dejar constancia en el documento que tuvo a la vista el contrato social, que comparecieron a celebrar el acto la totalidad de los socios y, si actúa un representante, consignar que todos los socios ratifican su actuación.

El registrador exige, en todos los casos, el contrato social escrito. No prevé la posibilidad de que se perfeccione el acto de reconocimiento en el mismo acto de la adquisición. Luego plantea dos opciones: que todos los socios concurran a otorgar el acto de adquisición –y el notario deje constancia de que concurrieron en su totalidad– o⁹⁵ que concurre un representante de la sociedad –entendemos que por representación orgánica, si así se hubiera estipulado en el contrato constitutivo, o voluntaria–, debiendo el notario consignar que todos los socios ratifican su actuación. Consideramos que el verbo adecuado no es ratificar, dado que la ratificación se otorga con posterioridad a la realización del acto y en este caso suponemos que el registrador la requerirá anterior o simultáneamente al acto de adquisición,⁹⁶ por lo que la exigencia versará en que todos los socios presten su conformidad para el acto específico.

Continúa diciendo la OS:

En el testimonio y en las minutas rogatorias deberá surgir la proporción que cada socio tiene en la sociedad, pero ésta no se publicitará en el asiento (posibi-

95. En rigor, el texto de la orden de servicio dice “y”, pero entendemos que se trata de un error involuntario ya que no tendría sentido la doble imposición de que concurran todos los socios más el representante.

96. Más allá de que también pueda otorgarse con posterioridad al mismo en caso de haberse omitido.

lidad de gran cantidad de socios con diversos porcentajes, lo que dificultaría la registración).

Se exige que las proporciones consten necesariamente en el instrumento continente del acto de adquisición –poco serviría que consten en el testimonio y no en la matriz– y en las minutas rogatorias. Surge claramente de la norma que no se publicitará la proporción de cada socio en la sociedad, lo que –insistimos– consideramos correcto. No surge del texto, sin embargo, si se anotarán o no los datos filiatorios de los socios, aunque, teniendo en cuenta el último párrafo de la OS (“la titularidad debe publicitarse a nombre de la sociedad, consignando todos los datos que surjan del título, fundamentalmente el domicilio social y CUIT”), entendemos que se publicitará –correctamente– a nombre de la sociedad sin consignar los datos de los socios que la integran.

3.5.3. Automotores

Por su parte, el Digesto de Normas Técnico-Registrales del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor no modifica esencialmente su criterio con respecto al que sostenía durante la vigencia de la LSC. En el título I, capítulo I, sección 2ª, el artículo 4 manda que cuando se trate de sociedades de la sección IV,

... se deberá completar una solicitud tipo con los datos de la sociedad y su clave única de identificación tributaria (CUIT) suscripta por cualquiera de los socios. En los supuestos en que se trate de una inscripción inicial o una transferencia a favor de una de esas sociedades, se deberá acompañar con carácter de minuta tantas solicitudes tipo como número de socios, consignando los datos personales de cada uno de ellos y la proporción en que participan los socios en tal sociedad, las que podrán ser suscriptas por cualquiera de los socios.

Entendemos que necesariamente esta disposición debe complementarse con el artículo 1 de la sección 3ª del capítulo IV del título I, que establece:

Personas jurídicas: [...] 3) Sociedades no constituidas regularmente de los tipos autorizados por la Ley General de Sociedades (artículo 21 - Capítulo I - Sección IV de la Ley 19550 modificada por Ley 26994): En las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato. Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad. Se seguirá el mismo criterio establecido en el punto 1.⁹⁷

97. El punto 1 mencionado se refiere a los requisitos exigidos para las SA que habitualmente el notario tiene en cuenta en la práctica cotidiana.

3.5.4. Aeronaves

En cuanto a la adquisición de aeronaves, el Código Aeronáutico prevé en su artículo 48:

Para ser propietario de una aeronave argentina se requiere: [...] 3) Si se trata de una sociedad de personas, de capitales o asociaciones, estar constituida conforme a las leyes argentinas y tener su domicilio legal en la República.

Dada la letra de este artículo, el Registro Nacional de Aeronaves interpreta que pueden ser propietarias de aeronaves únicamente las sociedades regulares –hoy llamadas “constituidas conforme a los tipos del capítulo II LGS”–, por lo que no acepta la inscripción para las que no lo son.

El fundamento de esta interpretación es la especialidad de este tipo de bienes, que más allá de su valor económico o de los daños que puedan provocar ante terceros, tienen un mecanismo operacional muy particular que normalmente exige recaudos muy severos de control para la seguridad no solo jurídica sino del tráfico aéreo en general. De cualquier modo, este código data del año 1967, momento en que ni siquiera se había sancionado la Ley 19550 –y mucho menos sufrido las modificaciones que estamos comentando–, por lo que sería recomendable analizar en profundidad la necesidad o no de una efectiva actualización del mismo.

3.5.5. Buques y artefactos navales

El Registro Nacional de Buques no ha dictado aún una ordenanza específica en la materia. En la práctica se exige la acreditación de la existencia de la sociedad –mediante contrato constitutivo con las formalidades exigidas o acto de reconocimiento autónomo– y calificación de las facultades del representante legal. Para ello, la Ordenanza 2/2005 (DPSN) exige los mismos recaudos que para las demás personas jurídicas –aún denominadas en la norma como personas de existencia ideal–.

3.5.6. Caballos pura sangre de carreras

En este caso, la Ley 20378, que regula el caso específico de los equinos (reglamentada por Decreto 4827/1973) y la Ley 22939, genérica para todo tipo de ganado, establecen el efecto constitutivo de la inscripción de la transferencia de estos animales en los respectivos registros genealógicos aprobados por el Ministerio de Agricultura y Ganadería⁹⁸ (este, por Resolución 288/2013, reconoce como registro genealógico y selectivo de las razas de animales de pedigrí de la especie equina, árabe y anglo-árabe al que organiza y administra el Stud Book Argentino del Jockey Club Argentino).

El reglamento del Stud Book en su artículo 55 admite la titularidad de estos animales a nombre de personas humanas o jurídicas y en su artículo 56 establece que la transferencia de la propiedad debe ser solicitada mediante los formularios que la institución proporciona, en los que se consignarán el nombre de las partes intervinientes, el del ejemplar cuya transferencia se efectúa, fecha y lugar de la operación como asimismo “toda información que sea requerida”. Dicha información se esta-

98. Posteriormente, Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca.

blece a través de resoluciones emanadas de la comisión del Stud Book. En el caso de las sociedades simples, se exige, de modo similar que en el punto anterior, que el notario⁹⁹ deje constancia de la acreditación de la existencia de la sociedad –mediante manifestación de haber tenido a la vista el contrato constitutivo con las formalidades exigidas o acto de reconocimiento autónomo– y calificación de las facultades del representante.

3.6. Disposición de bienes registrables

En cuanto a la disposición de un bien registral que ya se encuentre bajo la titularidad de una sociedad simple, la norma nada dice. Entendemos que el acto de reconocimiento opera con la necesidad de justificar la existencia de la sociedad y de quienes la conforman. Una vez “probados” esos extremos al momento de la adquisición no debería volver a requerirse. La necesidad de otorgamiento de un acto no ya de reconocimiento sino de autorización de venta del bien dependerá de las normas generales aplicables a cualquier acto de disposición societario y, por supuesto, de lo estipulado en el contrato social al respecto.

Consideramos, además, que al requerirse para la adquisición la identificación de los socios y sus porcentuales de participación, si el elenco de éstos ha variado, al realizarse un acto de disposición convendría realizar el encadenamiento de titularidades en el carácter de socios de aquellos que adquirieron con aquellos que resultan socios al momento de la disposición, a los efectos preventivos para evitar fundamentalmente algún supuesto de evicción. De cualquier modo, insistimos, lo consideramos conveniente mas no obligatorio. Esta evaluación corresponde al notario y no debería ser objeto de calificación registral. A los efectos del tracto sucesivo registral bastará que quien transmita sea la misma sociedad que adquirió.

3.7. Subsanción

Como mencionáramos anteriormente, la Ley 26994 elimina de la Ley 19550 el concepto de regularización, y el nuevo artículo 25 LGS permite que cualquier sociedad incluida en la sección IV sea pasible de subsanción, sin definirla:

Si el legislador hubiera querido mantener el criterio actualmente previsto para adecuar el funcionamiento de la ley 19550, hubiera mantenido la figura de la «regularización» [...] pero como ese concepto ha sido reemplazado por el de «subsanción», cabe interpretar que el proyectado artículo 25 de la Ley 19550 ha querido algo distinto, que lamentablemente no lo ha explicado, de modo que no encontramos otra manera de ver las cosas que asimilar el concepto de «subsanción» al de regularización previsto por la vigente ley 19550.¹⁰⁰

La norma prevé que la subsanción puede llevarse a cabo durante el plazo de duración previsto en el contrato. En cuanto a ello se ha dicho que la norma excluye a “aquellos entes que no pudieren exhibir un contrato social con un plazo de duración

99. En el acto de certificación de firmas en el formulario. En el supuesto de que la sociedad simple adquiera a título de donación, será de aplicación el art. 1552 CCCN.

100. NISSEN, Ricardo A., y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., ob. cit. (cfr. nota 68), p. 338.

determinado, tal como acontece en las sociedades de hecho”.¹⁰¹ No compartimos dicha opinión dado que entendemos que la norma se refiere a que solo puede subsanarse la sociedad mientras “vive”, pues si tuviera un plazo de vigencia y este hubiera expirado habría que recurrir a otros institutos tendientes a su extinción o reconducción mas no a su subsanación.

El acuerdo de subsanación según la letra de la norma debe ser unánime, pero entendemos que nada obsta a que en el contrato se pacte la posibilidad de subsanar conforme determinada mayoría o incluso que se pacte la imposibilidad de someterse al proceso de subsanación dado que no es una materia de orden público al no protegerse ningún interés superior.

La norma dispone que a falta de unanimidad la subsanación se ordene judicialmente. No prevé ninguna mayoría para solicitarla por lo que bien podría un único socio concurrir a sede judicial. El juez puede suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan y además el socio disconforme podrá ejercer derecho de “receso”¹⁰² dentro de los diez días de quedar firme la sentencia judicial. Todo ello implicaría que la subsanación podría imponerse como decisión minoritaria, no teniendo la mayoría de los socios que no la pretenden más opción que adaptarse al tipo social adoptado o retirarse de la sociedad, lo que no resulta una solución demasiado justa. Sobre todo en un sistema que contrariamente al de la LSC no tiene tintes sancionatorios. Se impone, más que nunca, la necesidad de prudencia y razonabilidad en los pronunciamientos judiciales.

3.8. Disolución. Liquidación

En el último párrafo del artículo 25 LGS se prevé el sistema de disolución y liquidación de las sociedades de la sección IV. En cuanto a la disolución, se permite a cualquier socio solicitarla siempre que no medie estipulación escrita del pacto de duración. Nuevamente, se hace relevante la existencia de un contrato escrito que contenga en este caso el plazo de duración de la sociedad (inc. 5 del art. 11 LGS). En aquellos casos en que la sociedad no tenga contrato escrito podrá solicitarse en cualquier momento. El socio que decide la disolución deberá notificar fehacientemente –carta documento o acta notarial– la decisión a todos los socios. Los efectos de la disolución¹⁰³ se producirán de pleno derecho entre los socios a los noventa días de la última notificación. Es decir que los socios tendrían un plazo de noventa días para decidir otra solución sin que la decisión disolutoria afecte a terceros.

Por último, expresa el artículo 25 LGS que “Los socios que deseen permanecer en la sociedad, deben pagar a los salientes su parte social”. La norma se refiere expresamente a que los socios remanentes paguen a los socios salientes, lo que no resulta del todo claro ya que

... quien debería reembolsar a los mismos su parte en la compañía no es otra que la misma sociedad, pero nunca puede la Ley 19550 obligar a los socios no

101. NISSEN, Ricardo A., ob. cit. (cfr. nota 62), p. 225.

102. “No se trata de un supuesto estricto de ‘receso’ sino de una ‘exclusión’, instituto que difiere sustancialmente de aquél” (VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. [cfr. nota 49], p. 9).

103. Es decir, la disolución misma, pues la disolución es un “instante” (VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. [cfr. nota 49], p. 9).

disolventes a adquirir las participaciones sociales de quienes pretenden desvincularse de la compañía.¹⁰⁴

En cuanto a la liquidación, el último párrafo del artículo 25 LGS dice que se regirá por las normas del contrato y de la ley.

4. La responsabilidad de la sociedad y de los socios en los nuevos supuestos incorporados por la LGS

La limitación de responsabilidad es una de las cuestiones más trascendentes en el ámbito societario y, sin lugar a dudas, una de las más relevantes a tener en cuenta por el notario al momento del asesoramiento de sus requirentes en pos de la adopción de una u otra modalidad o tipo societario.

4.1. Responsabilidad del único socio en la SAU

Como ya mencionamos, en este caso el tipo social es la SA. A la responsabilidad del único socio de la SAU se le aplicarán las mismas reglas que a los socios de las SA plurales. Es decir que la SAU permite la limitación de responsabilidad del único socio al capital suscrito.

El capital social es

... la garantía indirecta de los acreedores sociales y la contrapartida de la limitación de responsabilidad. Por eso es relevante en las sociedades de responsabilidad limitada y no en las de responsabilidad ilimitada.¹⁰⁵

Al constituirse una persona jurídica unipersonal se produce un fraccionamiento del patrimonio de la persona humana o jurídica “socio”, que pasará a tener dos patrimonios –o uno fraccionado– bajo su órbita de control.

Al permitirse la limitación de responsabilidad del único socio, éste podría contraer deudas imputables, por ejemplo, a la sociedad, aumentando el pasivo en la universalidad del patrimonio social –bajo su control–, y acumular sus activos en su patrimonio personal, es decir, fuera del alcance de los acreedores de aquella, pero sirviéndose plenamente de ellos. En los casos de sociedades plurales, se entiende que la existencia de diferentes socios, que recibirán beneficios o sufrirán las pérdidas, articula –al menos en teoría– un sistema de contrapesos de control que evitaría este tipo de accionar.

A primera vista, la unipersonalidad requiere más cautela para evitar abusos. Consideramos que es por ello que el legislador exige en este caso la integración total del capital al momento del acto constitutivo y, según nuestra opinión, al momento de producirse un aumento de capital, para intentar otorgar una garantía más firme a los posibles acreedores sociales ya que, al menos al momento de la constitución de la sociedad, el capital es igual a su patrimonio. Además de permitir la integración diferida se corre el muy probable riesgo de que el único socio no se “autointime” a

104. NISSEN, Ricardo, ob. cit. (cfr. nota 62), p. 229.

105. RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., ob. cit. (cfr. nota 40), p. 13.

integrar lo debido. Sin embargo, como en cualquier otro caso, esto no es garantía suficiente para evitar la infracapitalización¹⁰⁶ o la insolvencia a lo largo del resto de la vida societaria, ni por supuesto, las maniobras fraudulentas que pueda intentar el único socio.

Obviamente, al ser personas de derecho distintas, la persona humana o jurídica “socio” puede, sin ningún inconveniente, contratar con la persona jurídica SAU conformada únicamente por él, por lo que un importante sector de la doctrina ha criticado que la LGS no contemple “una norma donde se establezca que los créditos del socio único respecto de la sociedad quedan subordinados a los créditos de los demás acreedores sociales”.¹⁰⁷ En respuesta a esta afirmación se ha sostenido que

... la subordinación de los créditos de los socios no es propia sólo de la sociedad unipersonal: los mismos fundamentos existirían para establecerla respecto del o de los controlantes de una sociedad pluripersonal.¹⁰⁸

Devendrá de suma utilidad el instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica previsto en el artículo 54 LGS –ahora incorporado para todas las personas jurídicas en el artículo 144 CCCN– y, además, el principio de buena fe como pauta interpretativa.¹⁰⁹

4.2. Responsabilidad de los socios en las sociedades de la sección IV

La LGS plantea una reforma significativa en esta materia para las sociedades de la Sección IV. En primer lugar, debemos analizar el beneficio de excusión previsto en el artículo 56 LGS. Este instituto implica a grandes rasgos imponer al acreedor social la obligación de intentar cobrar su crédito primero con el patrimonio de la sociedad. Si el patrimonio social alcanza para saldar la totalidad de la deuda no se le reclamará más nada al socio, pero si alcanza solo para saldar la deuda parcialmente, se le reclamará al socio únicamente el remanente impago.¹¹⁰

Al respecto se ha dicho que el artículo 56 LGS admite la excusión “para las sociedades regularmente constituidas”¹¹¹. No compartimos esta opinión. Primero porque la letra de la norma nada distingue al respecto y luego, porque el artículo 23 conforme redacción de la LSC consignaba que los socios de las sociedades irregulares o de hecho no podrían invocar el beneficio del artículo 56. Si el legislador lo excluía expresamente es porque de no hacerlo hubiera resultado de aplicación. En la redacción de la LGS, el artículo 56 se mantuvo intacto; la nueva sección IV no se refiere a la materia y en el resto de la normativa no existe ninguna prohibición al respecto. Por ende para nosotros es legalmente aplicable el beneficio de excusión, lo que im-

106. Falta de concordancia evidente y notoria de gran proporción entre la cifra estática e intangible que figura en el estatuto social como capital social y el flujo de los fondos o gastos de la sociedad.

107. ARALDI, Liliana y BAIGORRIA, Mariana, ob. cit. (cfr. nota 29), p. 318.

108. MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 14), p. 250.

109. Recordemos que el CCCN lo incorpora normativamente no solo en materia contractual (art. 961 CCCN) sino también en su parte general (art. 9 CCCN).

110. Por aplicación subsidiaria del art. 1583 CCCN, previsto para el contrato de fianza.

111. NISSEN, Ricardo, ob. cit. (cfr. nota 62), p. 223.

plica que los socios de las sociedades simples tendrán responsabilidad subsidiaria no directa.

En segundo lugar, el artículo 24 LGS impone que frente a terceros los socios responden como obligados simplemente mancomunados y en partes iguales. La obligación simplemente mancomunada (arts. 825 y 826 CCCN) es aquella en que “habiendo pluralidad de deudores y/o de acreedores, cada uno de ellos debe cargar con la cuota parte del crédito que le corresponde o tiene derecho a pretenderla”.¹¹² Es decir, se produce un fraccionamiento del vínculo: cada deudor debe pagar su cuota parte de la deuda o –en su caso– cada acreedor puede reclamar solo su cuota parte del crédito, a diferencia de las obligaciones solidarias en las que cualquier deudor debe –a pedido del acreedor– pagar la totalidad de la deuda, pudiendo luego ejercer el derecho de repetición contra sus codeudores que no han cumplido. Según el artículo 826 CCCN, los efectos de la obligación simplemente mancomunada se rigen por lo previsto para las obligaciones divisibles¹¹³ o indivisibles¹¹⁴ según su objeto.

Sentada la regla general de la mancomunación, el artículo 26 LGS prevé la posibilidad de pactar la solidaridad de los socios con la sociedad o entre ellos o una distinta proporción en la mancomunación.

Debemos resaltar que la norma no posibilita la limitación de la responsabilidad: la excepción es a los fines de agravarla –es decir, pasar de la mancomunación a la solidaridad– o de cambiar las proporciones en la mancomunación.

En el primer caso pueden plantearse dos supuestos: que los socios prevean la solidaridad con la sociedad, lo que generaría una responsabilidad directa del socio o que los socios prevean la solidaridad entre sí, es decir, primero se aplica el beneficio de excusión en cuanto al patrimonio social y, en defecto de su alcance, todos los socios responden por el todo adeudado remanente.

En el segundo caso, los socios pueden pactar que no responderán por partes iguales sino en distintas proporciones. No se impone ninguna limitación al respecto, por lo que será aplicable inter partes la autonomía de la voluntad. Sin embargo, entendemos que no será posible diferenciar las proporciones en un total para un socio y nada para el otro, porque ello implicaría la desaparición de la mancomunación respecto de este último.

El artículo 26 LGS requiere que esas situaciones excepcionales surjan:

- 1) “De una estipulación expresa respecto de una relación o conjunto de relaciones”, es decir, de una cláusula que así lo determina en un contrato celebrado entre la sociedad y otro contratante. Esta hipótesis resultará inaplicable frente a los acreedores involuntarios de la sociedad. A nuestro juicio, será de aplicación restrictiva en caso de que el cocontratante de la sociedad carezca de libertad contractual, es decir, se halle desprovisto de algún poder de negociación que le hubiera podido permitir acotar los riesgos de la contratación u obtener determinadas garantías.¹¹⁵

112. ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 519.

113. Aquellas susceptibles de cumplimiento parcial (art. 805 CCCN).

114. Aquellas no susceptibles de cumplimiento parcial (art. 813 CCCN).

115. Tal vez no en cuanto a la solidaridad que probablemente lo beneficie, pero sí en cuanto a las proporciones en la mancomunación que pueden beneficiarlo o perjudicarlo.

- 2) “De una estipulación del contrato social, en los términos del artículo 22”, es decir, que se pacte la solidaridad en el contrato y este resulte oponible a terceros conforme las normas ya analizadas. Una vez más resulta conveniente a los efectos prácticos la configuración del contrato constitutivo en forma escrita. En cuanto a los terceros entendemos que deberá ponderarse la libertad de contratación del cocontratante, es decir, la facultad de decidir contratar o no y en caso de sí hacerlo, determinar con quién¹¹⁶, para interpretar la efectiva oponibilidad del contrato.
- 3) “De las reglas del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales”. Interpretamos aquí también “formales” en un sentido amplio que incluye la falta de inscripción registral aunque no sea la forma propiamente dicha del acto.

En el caso de que se haya intentado conformar una SC, todos los socios responderán solidariamente. En caso de que se hayan intentado conformar una SCI, una SCS o una SCA, entendemos que los socios capitalistas y comanditados responderán en forma solidaria –tal como lo hubieran hecho haberse accedido al tipo social– mientras que los socios industriales o comanditarios responderán en forma mancomunada. Ya que de haberse accedido al tipo no hubieran agravado su responsabilidad sino que la hubieran limitado.

Recordemos que doctrinariamente siempre se ha dicho que, dada la gravedad de sus consecuencias, la solidaridad debe ser expresa y no se presume, aun cuando se admitan amplios medios de prueba. Por lo tanto, debe interpretarse restrictivamente y a estos últimos debería aplicárseles el régimen general de mancomunación.

Si lo que se intentó constituir fue una SRL o un SA, los socios no responderán limitadamente, ya que, como ya mencionáramos, el artículo 26 LGS solo plantea la posibilidad de agravamiento. Sin embargo, dadas sus características tampoco responderán solidariamente sino solo en forma mancomunada como se prevé como regla general.

Resultará relevante la determinación de cuándo se puede considerar abandonado el *iter* constitutivo de la sociedad, dado que para el caso de que una sociedad se encuentre en formación, conforme los artículos 183 y 184 LGS, los administradores o incluso los socios podrían llegar a responder ilimitada y solidariamente, en contraposición a una sociedad simple que pretendió asumir un tipo con responsabilidad limitada que responderá en forma mancomunada.

Un supuesto no previsto expresamente en el texto de la norma, pero que resulta de la interpretación armónica del ordenamiento, es que la

... responsabilidad mancomunada se mantendrá mientras no se altere la funcionalidad de la sociedad, pues en supuestos especiales como los previstos en artículos 144 o 167 in fine del CCC y artículos 54 in fine o 99 de la LGS se generaría responsabilidad solidaria por las obligaciones insatisfechas.

Resultará interesante analizar también qué ocurre con la posibilidad de extensión de la quiebra de la sociedad al socio. El artículo 160 de la Ley 24522¹¹⁷ (LCQ) la prevé para los socios que tengan –o hayan tenido– responsabilidad ilimitada.

116. Situación normalmente excluida en las relaciones de consumo monopólicas o cuasi monopólicas.

117. Art 160: “Socios con responsabilidad ilimitada. La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubie-

Se han sostenido tres teorías sobre el significado de “socios ilimitadamente responsables”: a) la tesis restrictiva o contractualista, que limita la aplicabilidad de la hipótesis contemplada en el precepto a los socios que originariamente tuvieron ese tipo de responsabilidad; b) la tesis amplia, que comprende no solo a los socios que originariamente contrajeron responsabilidad ilimitada sino también a otros supuestos de ilimitación previstos en el ordenamiento societario (arts. 54 incs. 1 y 2, 28, 29, 59, etc.); c) la tesis intermedia, en la que la idea de ilimitación resarcitoria alude al socio a quien, aunque no hubiese asumido dicha responsabilidad ilimitada, la ley impone la obligación de responder con todo el patrimonio por todo el pasivo social.¹¹⁸

Como el régimen de la LGS no prevé la solidaridad, se ha dicho que: “El deudor en una obligación simplemente mancomunada responde en forma limitada”.¹¹⁹ Por lo que no corresponderá en este caso la aplicación del artículo 160 LCQ.¹²⁰ Por nuestra parte, disentimos con esta interpretación, ya que entendemos que la limitación de responsabilidad implica que el socio responda únicamente hasta el monto del capital suscrito, es decir, no con todo su patrimonio, lo que sí ocurre en caso de ilimitación y esto no se modifica con el régimen de aplicación del beneficio de excusión o de la mancomunación. El primero implica una postergación temporal: el acreedor debe primero excutir el patrimonio social y si no es suficiente para el cumplimiento total de la obligación aun así puede dirigirse contra el del socio. El segundo implica una fragmentación en las proporciones de cumplimiento: el acreedor no puede demandar a cada socio por el todo sino solo por la parte que le corresponde según su participación, pero aún respecto a esta puede dirigirse contra el patrimonio del socio.

Vale distinguir también que el nuevo régimen permite a los socios optar entre un régimen de responsabilidad mancomunado o solidario, lo que claramente lo convierte en un régimen vinculado directamente con la supletoriedad y la eficacia de la autonomía de la voluntad. En cambio, a nuestro juicio, la limitación de responsabilidad es una cuestión excepcional –solo viable en los casos específicamente permitidos por la ley– y de absoluto orden público. El hecho de que únicamente ciertos tipos la ostenten es una decisión de política legislativa directamente vinculada a la seguridad jurídica. Por ello consideramos que la responsabilidad de los socios de las sociedades simples continúa siendo ilimitada durante la vigencia de la LGS y resulta de aplicación el artículo 160 LCQ.

En conclusión, como principio general:

Se pasó de la anterior responsabilidad ilimitada, directa (no subsidiaria) y solidaria a una responsabilidad también ilimitada, aunque subsidiaria y mancomunada, por partes iguales.¹²¹

sen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso. Cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios indicados en este artículo”.

118. BELMAÑA, Ricardo J y BERGOGLIO, Remo M., ob. cit. (cfr. nota 61), p. 24.

119. Ídem, p. 28.

120. “... la quiebra de la sociedad simple no importará la extensión de quiebra de sus socios (art. 160, LCQ), salvo que se haya pactado expresamente la solidaridad” (MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Programación patrimonial en la empresa familiar”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 8/9/2015 [t. 2015-E, p. 677], cita online AR/DOC/2986/2015).

121. RICHARD, Soledad, ob. cit. (cfr. nota 66), p. 52.

4.3. La responsabilidad del socio único de una sociedad simple

Si bien este supuesto puede llegar a generar alguna confusión, consideramos que es relevante distinguir que “personalidad’ no implica limitar responsabilidad sino dividir patrimonios”.¹²² Esto implica que el socio de una sociedad simple unipersonal puede oponer el beneficio de excusión previo, dado que su patrimonio y el de la sociedad son autónomos de igual manera que en la sociedad simple plurilateral. Podrá también agravar su responsabilidad pactando la solidaridad, no ya con otros socios sino con la sociedad, convirtiéndose en responsable directo (no subsidiario).¹²³

En cuanto al orden de prelación de los acreedores sociales y los del único socio, deberán aplicarse las mismas pautas interpretativas que para la SAU.

4.4. Aplicación de la ley en relación al tiempo

El cambio del sistema de una extensión de responsabilidad a otra puede generar dudas sobre cómo deberían responder los socios en ciertos casos. En este sentido, se ha dicho que el régimen de mancomunación previsto en la LGS no se aplica a las obligaciones contraídas durante la vigencia de la LSC porque, primero, las partes pueden pactar libremente someterse a un régimen de solidaridad o mancomunación y, conforme al último párrafo del artículo 7 CCCN, las leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución y, además,

... la solidaridad o mancomunidad integra la relación jurídica; no se trata de una mera consecuencia; por lo tanto, las obligaciones que nacieron como solidarias bajo la ley anterior no se convierten en mancomunadas por la entrada en vigencia de una ley que las individualiza como meramente mancomunadas.¹²⁴

Esta interpretación se encuentra en consonancia con abundante jurisprudencia y doctrina dictada durante la vigencia de la LSC en los casos en que la modificación de la responsabilidad se efectúa por transformación societaria¹²⁵ o de regularización.¹²⁶ De este modo, si alguien contrató con una sociedad de responsabilidad ilimitada, no puede por un cambio legislativo ver reducida la garantía de su acreencia únicamente al capital social suscripto. A nuestro juicio, ya sean las obligaciones de ejecución única o instantánea o de duración continuada o periódica, siempre debe analizarse la cuestión de acuerdo al momento de nacimiento de la obligación.

122. RICHARD, Efraín H., “En torno a la no personificación de las sociedades de hecho”, en AA. VV., *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del código civil y comercial de la nación. Primer Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012, p. 354.

123. El art. 1800 CCCN consagra a la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres. Entendemos que en este caso, tiene fuente legal.

124. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 179.

125. Si una sociedad en la que sus socios respondían ilimitadamente, por ejemplo, una SC se transforma en una que permite la responsabilidad limitada como una SA.

126. Sociedad de hecho o irregular que adoptaba un tipo social que limitaba la responsabilidad de sus socios.

Vale mencionar que este criterio es el que se ha comenzado a aplicar jurisprudencialmente.¹²⁷

5. Conclusiones

- Es indudable que el régimen de la sección IV, conforme a la LGS, ha desvirtuado muchos de los beneficios de la tipicidad. En el sistema sancionatorio de la LSC, la constitución de una sociedad informal no resultaba recomendable para quien requiriera plena seguridad jurídica. Es por ello que en algunas ocasiones se podía llegar a proponer la constitución de una sociedad colectiva que, con el mismo régimen de responsabilidad, otorgara certezas en cuanto a su oponibilidad, organicidad, etc. Sin embargo, en el régimen actual se consagran mayores beneficios a las sociedades simples que a las SC, las que sin dudas, devendrán menos habituales aún. A pesar de esto, en líneas generales consideramos beneficiosos los cambios introducidos, dado que implican un reconocimiento pleno de la personalidad de estos entes.
- Será función del notario prestar acabado asesoramiento en la materia, ponderando fundamentalmente los beneficios del contrato escrito y los recaudos convenientes a tener en cuenta, en cuanto a su oponibilidad, a la posibilidad de consignar una estructura orgánica y el régimen de administración, consignar el plazo de duración de la sociedad considerando su relevancia para la viabilidad de la solicitud de disolución, consignar o no el mecanismo de subsanación, las mayorías para él requeridas, los mecanismos de liquidación y, fundamentalmente, el alcance y proporciones en la responsabilidad.
- Insistimos en que la escritura pública resulta una forma extremadamente beneficiosa para lograr estos alcances.
- En cuanto a las sociedades unipersonales, el pequeño y mediano empresario individual encontrará sumamente gravosa y engorrosa la constitución de una SAU, que tal como está prevista, será solo de utilidad para grandes estructuras societarias.
- Entendemos a quienes tienen sus reservas en cuanto a la cuestión. Sin embargo, consideramos que, lamentablemente, la plurilateralidad no impide las maniobras fraudulentas y que, además, no debe legislarse desde la patología. Asimismo, cuando el ordenamiento no recepta las necesidades sociales, se suelen buscar otros caminos para lograr los objetivos legalmente ignorados, lo que muchas veces genera resultados más disvaliosos aún que los que se intentaron evitar. Por ello, propugnamos un cambio legislativo en la materia.

127. Cám. Civ. y Com. Junín, 22/9/2015, “Barbieri, Graciela c/ Proyecto EDUCAT Esc. Del Alba SRL, Schiavi, Olga Mabel y San Miguel, Irene Alcira s/ cobro ordinario sumas dinero” [N. del E.: ver fallo en <https://goo.gl/LU8ciq>]; Cám. Cont. Adm. de Mar del Plata, 16/6/2016, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Galera Mellberg Claudio y Raschilla, Ángel Gabriel S. de H. s/ apremio provincial” [N. del E.: ver fallo en <https://goo.gl/ifE5Tj>].

6. Bibliografía

- ACEVEDO, Lucas H. S., “Aspectos trascendentes del tratamiento de las sociedades unipersonales en el proyecto de incorporación a nuestro ordenamiento”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 13/11/2013, cita online AR/DOC/3389/2013.
- AGUIRRE, Hugo, CHIAVASSA, Eduardo N. y ROITMAN, Horacio, *Manual de sociedades comerciales*, Buenos Aires, La Ley, 2009.
- ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar J., LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- ARALDI, Liliana y BAIGORRIA, Mariana, “Las sociedades unipersonales y las pymes en el proyecto de reforma del nuevo Código Civil”, en AA. VV., *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del código civil y comercial de la nación. Primer Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012.
- BELMAÑA, Ricardo J y BERGOGLIO, Remo M., “Apuntes sobre sociedad de hecho en el marco de las reformas introducidas por la Ley 26994 al título IV de la Ley 19550” [online], en *Foro de Córdoba*, Córdoba, N° 178, 2015, <https://goo.gl/4Wt32h>.
- BENSEÑOR, Norberto R., “La sociedad unipersonal”, en AA. VV., *LXXI Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2016.
- “Reorganización societaria”, en AA. VV., *LVII Seminario teórico práctico Laureano Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2009.
- BITTAR DE DURALDE, Amara y MANTEGANI, Silvia I., “Apuntes sobre sociedades extranjeras”, en *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, N° 89, 2008.
- CARREIRA GONZÁLEZ, Guillermo y CURÁ, José M., “La tipicidad societaria en el proyecto de reforma del Código”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, suplemento “Actualidad”, 7/8/2014, y en *Enfoques*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2014 (septiembre), cita online AR/DOC/2759/2014.
- CURÁ, José M., “De las sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II Ley General de Sociedades. Interesante novedad legislativa a la zaga del Registro Público de Comercio”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 340, 2016.
- DASSO, Ariel A., “El mundo societario actual: La limitación de responsabilidad y el giro a la sociedad unipersonal”, en AA. VV., *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del código civil y comercial de la nación. Primer Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012.
- DUPRAT, Diego A. J., “Sociedad unipersonal en la Ley General de Sociedades”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Thomson Reuters, julio 2015, cita online AR/DOC/1340/2015.
- DUPRAT, Diego A. J. y MARCOS, Guillermo A., “Sociedades anómalas, informales, atípicas, simples o residuales”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 7/7/2015 (t. 2015-D, p. 599), cita online AR/DOC/1779/2015.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “Panorama del derecho comercial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en Favier Dubois & Spagnolo. Abogados y Consultores [portal web], Buenos Aires, [ed. del autor], 27/5/2015, <https://goo.gl/Vg2xFt>.
- FRENQUELLI, Marcela C. y PERETTI, Martín L., “Adquisición de bienes registrables por parte de las sociedades comprendidas en la sección IV de la Ley General de Sociedades” [online], en *Revista del Notariado*, N° 922, 2016, <https://goo.gl/66w5YZ>.
- GARCÍA VILLALONGA, Julio C., “La sociedad unipersonal. Antecedentes, justificación y alcances”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 22/12/2015 (t. 2016-A, p. 648), cita online AR/DOC/4164/2015.
- HAGGI, Graciela y NISSEN, Ricardo, “Necesarias modificaciones en materia de sociedades unipersonales. Alcance de la incapacidad de una sociedad unipersonal de integrar otra sociedad de esta naturaleza y el caso de la disolución de la sociedad por reducción a uno del número de socios”, en AA. VV., *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del código civil y comercial de la nación. Primer Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Perrot, 1973.

- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Zavallía, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), DE LORENZO, Miguel F. y LORENZETTI, Pablo (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- MANÓVIL, Rafael M., “Las sociedades devenidas unipersonales”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 19/10/2015, cita online AR/DOC/3342/2015.
- “La modificación de las sociedades irregulares y de hecho”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2015-2.
- “Algunas de las reformas al Régimen Societario en el Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 13/11/2012 (t. 2012-F, p. 1334), suplemento “Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, cita online AR/DOC/4637/2012.
- “Las sociedades de la sección IV del proyecto de Código”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 24/10/2012 (t. 2012-F, p. 758), cita online AR/DOC/4907/2012.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Programación patrimonial en la empresa familiar”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 8/9/2015 [t. 2015-E, p. 677], cita online AR/DOC/2986/2015.
- “Sociedades anónimas unipersonales”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 9/12/2014 (t. 2014-F, p. 1209), cita online AR/DOC/4408/2014.
- MORO, Emilio F., “La sociedad unipersonal. Diseño normativo en la ley 26994 y principales situaciones problemáticas que puede dar lugar su actuación”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 19/10/2015, cita online AR/DOC/3423/2015.
- NISSEN, Ricardo A., *Curso de derecho societario. La Ley 19550 con las reformas efectuadas por la Ley 26994 y su adecuación al Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- “Debe limitarse la constitución y actuación de las sociedades unipersonales incorporadas a nuestra legislación a las «sociedades anónimas unipersonales»”, en AA.VV., *Los aspectos empresarios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, Buenos Aires, Fidas, 2015.
- “Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 7/7/2015.
- NISSEN, Ricardo y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Necesarias modificaciones que deben hacerse al régimen de las sociedades incluidas en los artículos 21 a 26 de la ley 19550 según el proyecto de reforma al Código Civil y Comercial, con especial referencia a las sociedades de hecho”, en AA.VV., *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del código civil y comercial de la nación. Primer Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012.
- PERCIAVALLE, Marcelo L., *Ley General de Sociedades comentada*, Buenos Aires, Erreius, 2015.
- RICHARD, Efraín H., “La sociedad unipersonal”, en AA.VV., *Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Aspectos relevantes. Análisis doctrinario*, Buenos Aires, Erreius, 2015.
- “En torno a la no personificación de las sociedades de hecho”, en AA.VV., *Las reformas al derecho comercial en el proyecto del código civil y comercial de la nación. Primer Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Legis, 2012.
- RICHARD, Soledad, “La sociedad simple en la Ley General de Sociedades” [online], en *Estudios de Derecho Empresario. La Escuela Comercialista de Córdoba y sus proyecciones*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, vol. esp. N° 5, 2015, <https://goo.gl/KXhts>].
- “El régimen de las sociedades de la sección IV en la Ley General de Sociedades”, en *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, N° 92, 2015.
- “El régimen de las sociedades no regulares en el proyecto de reforma”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 296, 2012.
- RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Personas jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, N° 920, 2016, <https://goo.gl/oJQ7yF>.
- ROITMAN, Horacio, “Las sociedades”, 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.
- ROMERO, Raúl J., “La enigmática sección III del capítulo I de la Ley General de Sociedades”, en *SJA*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2/12/2015 (cita online en Sistema de Información Legal de Thomson Reuters: AP/DOC/826/2015).
- SOLARI COSTA, Osvaldo, “Modificaciones de la Ley 26994 a la Ley 19550 de Sociedades”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 27/5/2015 (t. 2015-C, p. 888), cita online AR/DOC/1450/2015.

- VERÓN, Alberto V., *Sociedades comerciales. Ley 19550 comentada, anotada y concordada*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2007.
- VÍTOLO, Daniel R., “La Ley de Sociedades Comerciales reformada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 27/10/2014 (t. 2014-F, p. 692), cita online AR/DOC/3838/2014
- “Las sociedades civiles, irregulares y de hecho en el proyecto de Código”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 6/8/2012 (t. 2012-D, p. 1216), cita online AR/DOC/3415/2012.
- “La sociedad unipersonal. Idas y venidas en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ, N° 2012-2 (SAIJ: DACF120181).
- “La sociedad constituida en el extranjero que no se encuentra inscripta en la República Argentina. Sociedades extranjeras”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 18/11/2003.
- TORASSA, Gustavo J., “Informe sobre los aspectos más relevantes en materia de sociedades comerciales”, en Lafferriere, Jorge N. (comp.), *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2012.
- URBANEJA, Aldo E., “Ley General de Sociedades N° 19550, t.o. 1984”, en AA. VV., *LXIX Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2015.

El título de adjudicación de inmueble por partición privada de la indivisión hereditaria y poscomunitaria

Néstor D. Lamber

RdN 927

RESUMEN

El título de adjudicación parcial de un inmueble a un solo comunero por partición privada total o parcial de la indivisión hereditaria o poscomunitaria es perfecto y no es observable en sí mismo. No requiere como condición de validez transcribir el contrato de partición en forma íntegra ni su incorporación al protocolo. La partición privada no es un contrato de contraprestaciones recíprocas, y la adjudicación no está sujeta al cumplimiento de las restantes prestaciones. Puede integrarse con bienes ajenos a la masa sin alterar su finalidad y calificación de partición. Su nulidad se causa en los vicios propios de los actos jurídicos y con sus mismos efectos e inoponibilidad. No se puede calificar o interpretar como donación sin declaración judicial de nulidad por simulación.

Sumario: **1.** Introducción. Adjudicación parcial y finalidad liquidatoria. **2.** El contrato de partición privada. **3.** La partición privada y las nulidades del acto jurídico. **3.1.** Acuerdo unánime. Legitimados a partir. Nulidad por vicios del acto jurídico. **3.2.** Capacidad plena. Nulidad por vicios del consentimiento. **3.3.** Partición parcial. La partición complementaria del artículo 2408 2º párrafo. **3.4.** Libertad de formas. Nulidad por vicio de forma del contrato de partición privada. **4.** Principios de especialidad e igualdad en la partición y adjudicación parcial. **4.1.** Atribución preferencial en la partición privada. **4.2.** Partición por saldo. **5.** Adjudicaciones parciales y protección de la porción legítima hereditaria. **5.1.** Contrato partitivo de contenido mixto. **5.2.** Interpretación del contrato como cesión de derechos hereditarios. **5.3.** Indivisión poscomunitaria. **6.** Interpretación de los contratos: calificación del contrato de partición privada total o parcial y la adjudicación de un solo bien. **7.** Conclusión. **8.** Bibliografía.

1. Introducción. Adjudicación parcial y finalidad liquidatoria

El Código Civil y Comercial (CCCN) ha reconocido y jerarquizado la evolución de la partición privada de la indivisión hereditaria y poscomunitaria, haciendo efectiva la sistemática recepción de la mayor autonomía de voluntad en detrimento del orden público de los subsistemas del derecho de familia y de las sucesiones. Ello, en aras del principio de autonomía autorreferencial consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional y el plexo constitucional que integran los tratados internacionales de

derechos humanos. Así, la reforma ratifica la previa evolución del derecho y la jurisprudencia, sentando los principios de la adjudicación por partición de la indivisión hereditaria o poscomunitaria, como resultado de un proceso liquidatorio, judicial o extrajudicial de estas universalidades jurídicas, con criterios diferenciados a la división de condominio.

Los artículos 2363, 481 y 498 CCCN determinan que tales comunidades solo se extinguen por la adjudicación proporcional o en partes iguales de la masa líquida resultante o masa partible,¹ no las cosas o bienes en particular que las integren. Ello con la consiguiente posibilidad de adjudicar solo a uno el único bien remante existente en la masa partible, que puede atribuirse no a título gratuito sino por la asunción del adjudicatario de cargas o deudas de la masa como hijuelas de baja, o por la recompensa debida al comunero adjudicatario, o por la colación de donaciones en vida del causante, o por la compensación con bienes ajenos a la indivisión traídos por el adjudicatario en la partición por saldos, o por la compensación dineraria en la atribución preferencial, entre otros.

El nuevo texto legal aclara la interpretación previa que ya sostenía que tales comunidades no se transforman en condominio de cosas por el paso del tiempo ni por la inscripción con respecto a los bienes registrables,² demostrando la diferencia de su título que pese a ser una división de bienes, en verdad lo es de la universalidad.³ Admite así la adjudicación parcial de un solo inmueble, aun cuando, acordada la partición con otros bienes, estos no se adjudiquen, no estando sometido el título de la adjudicación a la otra adjudicación. Este principio se refleja en el artículo 2404 CCCN, que determina que en caso de que un adjudicatario sufra alguna turbación en su derecho, la acción de evicción tendrá por efecto el deber de indemnizar de cada uno de los restantes partícipes en la proporción de su cuota, y en caso de insolvencia de uno de los obligados, su parte es cubierta por los restantes, no dando lugar en ambos casos a la resolución o nulidad de la partición privada.

La distinción entre la partición privada como contrato de división de bienes –con posibles compensaciones entre activos y pasivos– y la adjudicación como título del derecho real de los bienes concretos –e inmuebles en particular– llevó en el régimen anterior y lleva en el actual a la consideración de título perfecto al de adjudicación parcial de un inmuebles de esta universalidades jurídicas por su determinación en la partición. El título del derecho real no es la partición, contrato o procedimiento que se limita a determinar el bien que se adquiere por la transmisión mortis causa, o por la ley o convención matrimonial que determina la existencia y conclusión de la comunidad de gananciales.

1. A excepción de los actos de disposición unánime que tienen efectos partitivos (art. 2403 CCCN, 2º párrafo) y la adjudicación en especie con fines liquidatorios (art. 2374 CCCN).

2. Ver: CNCiv., Sala F, 20/2/2004, “Labayru, José María c/ Registro Propiedad Inmueble N° 392/03”, expediente 97537/03 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 2004-IV, p. 888; *La Ley*, t. 2004-D, p. 626, cita online AR/JUR/635/2004 [N. del E.: también en *Revista del Notariado*, N° 876, 2004, pp. 115-119, <https://goo.gl/9kkuKh>, y en la web del RPI, <https://goo.gl/E3C5iU>]); CSJN, 13/8/1998, “Codevilla, Víctor y otros c/ Ayelli, Enrique A. y otros s/ división de condominio” (*Fallos*, t. 321-II, pp. 2162-2166); SC de Buenos Aires, 8/9/1992, “Arias, Rodolfo c/ Arias, Juan Carlos s/ división de condominio”, ac. 49483 (*Acuerdos y Sentencias*, t. 1992-III [N. del E.: ver <https://goo.gl/3W5GwL> {pp. 301-303}]); Cám. Civ. y Com. de San Isidro, Sala I, 1/10/2002, “Oliva, Juan A. c/ Mercado, Nova P” (*La Ley Buenos Aires*, t. 2003, p. 507); id., 8/9/1998, “Scardasis, Hilario s/ sucesión intestada” (*El Derecho*, t. 181, 1999, p. 723); CNCiv., Sala H, 4/9/2000, “Zuccotti, Alfredo J. c/ Zuccotti, Jorge J. y otro” (*La Ley*, t. 2001-D, p. 415).

3. Arts. 1 y 2 (2º párrafo) DTR 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal.

La partición privada se diferencia de la judicial en que su naturaleza es un acto jurídico de contenido patrimonial. Se está ante un contrato plurilateral, que se rige la autonomía de voluntad (art. 2369 CCCN), y en consecuencia no se requiere que la partición parcial esté fundada en la imposibilidad de partir (como el artículo 2367 CCCN lo exige para la judicial). No le es aplicable la limitación de la partición por saldos solo en dinero y hasta la mitad del valor del lote del artículo 2377 CCCN (2º párrafo), referido a la judicial. Tampoco es exigible la igualdad cuantitativa del valor de los lotes o su integración en especie, como explica Pérez Lasala al comentar la reforma:

Los dos grandes principios que regulan la partición judicial, a saber, el principio de igualdad de las adjudicaciones y el principio de partición en especie no son aplicables en esta partición.⁴

Asimismo, la privada no está supeditada a la previa liquidación, inventario y avalúo de bienes, ni el dictado de la declaratoria de herederos o auto que apruebe el testamento. Puede realizarse en cualquier momento desde el fallecimiento del causante –sujetos sus efectos a estos–, incluso antes del fallecimiento del causante en la partición por ascendientes.

Aun cuando exista la atribución a solo uno de los comuneros, o haya notoria desproporción en el avalúo de los lotes –sin colación de bienes o hijuelas de baja–, la misma constituirá un negocio mixto de adjudicación al comunero y de atribución entre ellos título oneroso o gratuito, pero que importa una unidad negocial que extiende los principio de la adjudicación por partición de estas comunidades a todo el negocio –y su carácter neutro–, del cual surge la garantía entre los comuneros, por lo que “no cabe la acción de nulidad por incumplimiento de la igualdad de los lotes”.⁵

Los artículos 2408 a 2410 CCCN regulan la nulidad de la partición y remiten en la privada solo a los vicios del acto jurídico –y no a los del proceso aplicables a las judiciales–, con su consecuente carácter de nulidad relativa. En consecuencia, es confirmable y renunciable su acción, en forma expresa o tácita, como lo ratifica la norma del artículo 2410 CCCN al prohibir la admisión de la acción de nulidad de la partición por quien enajenó bienes de su lote previamente (confirmación tácita).

Pero la mayor innovación no es su expresa regulación sino la parte final del artículo 2408 CCCN, que permite solicitar la partición complementaria, su rectificación, o atribución de un complemento, en lugar de la nulidad. La cuestión toma relevancia en aquellos vicios que solo afectan a algunos de los comuneros y no a todos, donde se deberá estar al criterio judicial de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, la distribución de los bienes y los intereses de los restantes comuneros y terceros, pudiendo decidir que se haga una partición complementaria.⁶ Las nuevas normas, como veremos en este trabajo, no producen conflicto en su aplicación a las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes, por reafirmar y aclarar la interpretación del régimen anterior al momento de la entrada en vigencia de la Ley 26994.

El CCCN avanza en la regulación de comunidades de bienes que no son condominio. Incluye la generada por la autonomía de voluntad de los convivientes, que

4. PÉREZ LASALA, José L., *Tratado de las sucesiones*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 730.

5. Ídem, p. 731

6. Ídem, p. 753 (sobre el dolo solo de un comunero con respecto a otro).

mediante un pacto convivencial de distribución de bienes pueden determinar que al momento del cese de la unión convivencial el bien adquirido por uno –o ambos– puede ser parte de la comunidad de los bienes de dicho especial régimen familiar, con reconocimiento incluso del trabajo en el hogar como aporte, al igual que la previsión legal lo hace para el matrimonio o en la proporción que ellos estimen (art. 514, 528 y concs. CCCN). Esta comunidad no importa la creación de una universalidad jurídica, como las que son objeto de este trabajo, sino que es una comunidad de hecho con el fin del sostenimiento de la familia convivencial, y con el correlativo tratamiento *ut singuli* de los bienes que la integran.

Al momento del cese de la unión convivencial, se adjudicará en la proporción o modo previsto, sin la consideración de las cargas, deudas o recompensas, una vez acreditado el acaecimiento del hecho previsto, y el título causal será el pacto convivencial que integró tal bien en comunidad independientemente de su titularidad. Si las partes pretenden la liquidación de pasivos deberán pactarlo como modalidades o recaudos previos para la adjudicación. La adjudicación requiere la constancia expresa del pacto convivencial con relación al bien en particular en su título, y la inscripción en el registro de bienes en su caso, para ser oponible a terceros (art. 517 CCCN).

2. El contrato de partición privada

La partición es un acto jurídico que tiene virtualidad en caso de la existencia de dos o más comuneros que participen de la titularidad de la indivisión de bienes sin consideración a los de estos en particular, y requiere la necesaria determinación de los que integren la masa partible. Este acto jurídico plurilateral, destinado a regular relaciones jurídicas patrimoniales entre los comuneros, es un contrato en los términos del artículo 957 CCCN.⁷ Sin embargo, la especial situación de la indivisión de bienes lo diferencia de otros contratos de división de bienes como el del condominio.

La atribución de los bienes se rige por el principio sentado en el artículo 2403 CCCN en materia sucesoria, de aplicación subsidiaria en la indivisión poscomunitaria cuando no es por causa de fallecimiento o presunción de fallecimiento de uno de los cónyuges. En consecuencia, cada comunero recibe el bien directamente del causahabiente y desde el momento del nacimiento de la indivisión. El adjudicatario nada recibe de los restantes comuneros, quienes tampoco nada reciben del adjudicatario.

Este contrato tiene por efecto el determinar su derecho, transformando su propiedad de la cuota parte de la indivisión en el dominio exclusivo de bienes singulares, no pudiendo calificarse entre los contratos de cambio u onerosos.⁸ No hay transmisión de bienes entre los comuneros sino que su objeto es declarar lo que ya tenía cada uno desde el inicio y con efecto retroactivo. Este carácter declarativo conlleva a calificar que la partición no es un contrato oneroso, dado que la integración y determinación de los lotes no se hace en miras a las ventajas o sacrificios de cada copartícipe,

7. FERRER, Francisco A. M., “La partición mixta de herencia”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 23/11/2016 (t. 2016-E, p. 886, cita online AR/DOC/3623/2016): “La partición es un acto de contenido patrimonial, por lo cual es correcta la calificación de «contrato»”.

8. *Ibidem*.

ni gratuito en tanto se reciben bienes sin sacrificio alguno. Por tanto se trata de un acto neutro sin perjuicio de la caracterización de la relación tributaria.

El carácter ajeno a la calificación onerosa o gratuita se reafirma en las normas por obligación de saneamiento, donde el artículo 1033 CCCN enuncia separadamente que están obligados a ella los transmitentes de bienes a título oneroso en su inciso a, en tanto que también establece como obligado a quien divide bienes con otros en su inciso b; distinguiendo a estos de los primeros, por lo que requieren de tal norma expresa por no ser a título oneroso. La independencia de prestación a cada comunero no se causa en un contrato de cambio como surge del artículo 2404 CCCN, que establece que la turbación del derecho adjudicado en su lote se resuelve por el deber de indemnizar, sin condicionar los restantes bienes adjudicados, manteniéndose firme la partición. Prevé que tal responsabilidad subsiste aun para el copartícipe cuyo bien adjudicado hubiere perecido por caso fortuito.

También la distingue el texto legal de los transmitentes a título gratuito, en que no se responde por esta garantía o saneamiento, pero sí se pueden aprovechar las acciones que al respecto tienen sus antecesores (arts. 1035, 1556, 1628, 2305 CCCN), criterio que ratifica en el 2419 CCCN en materia partición por donación hecha por los ascendientes, que al regular la evicción priva la regla de la responsabilidad del inciso b del artículo 1033 CCCN para los contratos de división de bienes sobre la reglas de las donaciones y actos a título gratuito.

En este contrato se debe respetar –en cuanto sea admisible en los hechos– la adjudicación en especie de los bienes de cualquier naturaleza para integrarse con criterio de igualdad cualitativa, más no cuantitativa. Es decir, que se admite la posibilidad de no ser idéntico el valor de cada lote, aunque tal diferencia de avalúo deberá ser razonable, sin perjuicio que su incumplimiento en la partición privada no da lugar a la acción de nulidad como hemos dicho previamente.

Tanto en la indivisión hereditaria como la poscomunitaria nos encontramos ante universalidades creadas por la ley desde su origen con una estructura finalista de liquidación y división de la masa remanente:

- a) En la primera, tal fin es la determinación de las deudas del causante y cargas de la masa, así como las recompensas que se puedan deber entre la masa y los copartícipes, el pago a acreedores y legatarios, la colación de legados y donaciones, y la colación de deudas; una vez hecha esa determinación y liquidación se podrá proceder a la partición de los bienes resultantes que integran la masa partible en los términos del artículo 2376 CCCN. De este modo, la hijuela tendrá un avalúo que se disminuirá por su proporción en el pago de las deudas y recompensas asumidas y que conformarán una hijuela de baja,⁹ como también la hijuela podrá integrarse con el valor de los bienes de donaciones o legados colacionados o reducidos, que en el primer caso no integraban el patrimonio hereditario por haber sido transmitido en vida por el causante. Así podrá ocurrir que, por el pago de deudas y cargas, solo al comunero que solventó o asumió la misma se le adjudique el único bien del acervo, en razón de compensar la hijuela de baja por el valor del activo adjudicado, sin constituir un acto

9. El art. 2377 CCCN expresamente hace aplicación de este principio al disponer que “si hay cosas gravadas con derechos reales de garantía, debe ponerse a cargo del adjudicatario la deuda respectivo, imputándose a la hijuela la diferencia entre el valor de la cosa y el importe de la deuda”.

oneroso ni gratuito, sino consecuencia del acto de liquidación del pasivo de la indivisión.

- b) En la segunda, la finalidad es la liquidación de las deudas solidarias de los cónyuges con terceros en los términos de los artículos 455 y 468 CCCN, la recompensas entre la masa y los cónyuges conforme al artículo 468 CCCN, o por la cargas de la comunidad y personales de los cónyuges, así como las recompensas debidas con respecto a la adquisición de bienes propios o gananciales (arts. 464 y 465 CCCN) entre otras. Solo una vez concluido ese balance, se solventarán con los bienes remantes, o en caso de insuficiencia de bienes gananciales podrá generarse un crédito de un cónyuge al otro (art. 495 CCCN).

En ambos casos se está a la determinación previa de activo y pasivo, con recompensas debidas, siendo titular cada comunero a la cuota alícuota de su titularidad sobre la masa partible resultante (arts. 497 y 2376 CCCN).

Por ser la partición privada un contrato consensual, su solo consentimiento perfecciona el mismo, quedando determinada la prestación de titularidad de cada comunero, esto es el derecho de adjudicarse los bienes singulares en propiedad exclusiva (u otros derechos reales como condominio, usufructo, etc.), sin importar si los demás formalizan la adjudicación de los derechos sobre los bienes que les correspondan. El adjudicatario recibe directamente el bien desde el inicio de la indivisión: en el caso de la hereditaria desde el fallecimiento del causante y directamente de él, no hay transmisión de los copartícipes. En la poscomunitaria desde el inicio de la ganancialidad, determinada por el matrimonio y momento de adquisición del bien según la norma del artículo 465 CCCN (con las excepciones de los arts. 464 y 466), pese a que se califique al momento de la extinción de la comunidad o su exclusión anticipada con el correspondiente asentimiento conyugal del artículo 470 CCCN.

El título de transmisión en la hereditaria es la sucesión mortis causa, que se rige por sus normas específicas del derecho sucesorio, aún al transmitir derechos reales como expresamente lo regula el último párrafo del artículo 1982 CCCN: “a la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del libro cuarto”. El fallecimiento es el título del derecho real, no la transmisión derivada entre vivos, sino por causa de muerte.

En la indivisión poscomunitaria la propia ley determina al momento de la adquisición, es decir al nacer el derecho real de carácter ganancial, su potencialidad de ser adjudicado al mismo u otro cónyuge, no por la transformación del derecho real, sino por la naturaleza del bien comunitario y su específica finalidad. Esta sustancial distinción tiene dos consecuencias culminantes:

- a) En la partición privada de las indivisiones analizadas no rige la condición resolutoria tácita (arts. 1083, 1084 CCCN), dado que no existen contraprestaciones recíprocas sino la simultánea adjudicación a cada uno del derecho que ya tenía sobre la universalidad.¹⁰

10. FERRER, FRANCISCO A. M., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 4: “En este contrato no rige la condición resolutoria tácita (arts. 1083, 1084 CCCN y 1204 Cód. Civil). Si a uno de los herederos se le adjudica un bien y a otro se le atribuye una compensación en dinero (partición por saldo, arts. 2373-2º párr., y 2377, 2º párr., CCCN), la adquisición de la propiedad a favor del uno no está subordinada al pago del saldo del otro, y no es aplicable la

- b) La formalización de la adquisición de la propiedad de un bien a un comunero no está condicionada o supeditada a que se cumpla con la adjudicación simultánea a los restantes. Existiendo varios lotes o bienes pendientes de adjudicación, se puede validar y perfectamente formalizar la adjudicación parcial de un solo bien de la indivisión. La falta de adjudicación a los restantes no vicia, limita ni restringe el derecho perfecto y pleno adjudicado.

El título de adjudicación parcial por partición de herencia o comunidad de gananciales se basta a sí mismo referenciando su causa,¹¹ pero a diferencia de la división de condominio, no exige la formal adjudicación simultánea de los todos los bienes a partir.

En la división de condominio sin indivisión forzosa no se está ante una comunidad o indivisión ordenada por la ley a los fines por ella contemplados, como en las que venimos analizando, sino que su constitución o creación tiene por causa la autonomía de voluntad de las partes o la última voluntad del testador, recayendo solo sobre cosas que se tienen entre varias personas con el destino común según el artículo 1985 CCCN. En esta comunidad de hecho no se requiere la previa liquidación del activo y el pasivo, u otros reembolsos a la masa, dado que solo se refiere a cosas singulares; cada condómino tiene acción para reclamarles a los restantes el crédito causado por los gastos o deudas de todos pero solventados por él. La falta de esta unidad de bienes, cosas, derechos y deudas, impone que no se divida el remante de activo y pasivo una vez cumplida la etapa de liquidación, ni la asunción de obligaciones que disminuyan el valor del lote adjudicado. Se dividen directamente los bienes, pero, en esencia, mientras en las restantes indivisiones el derecho de propiedad sobre la universalidad se concreta sobre los bienes en particular: inmuebles, cosas no registrables, derechos, participaciones sociales, etc.; en la división de condominio de cosas se pasa del derecho real de condominio a uno distinto: el derecho real de dominio. Esta modificación del derecho real solo se perfecciona si todos los bienes a dividir se adjudican simultáneamente.

La causa de la modificación del derecho real de condominio en dominio de una cosa a favor de uno de los condóminos, es la misma transformación del condominio en dominio de la otra cosa a favor del otro condómino. La falta de simultaneidad importa la insuficiencia del título de los nuevos dominios adjudicados, su imperfección y la posibilidad de su resolución ante la falta de la modificación del derecho real en la otra cosa a dividir. Asimismo, siendo la división de condominio un contrato partitivo, que no se rige por las normas del derecho sucesorio ni de la indivisión poscomunitaria, y su objeto claramente es la modificación del derecho real sobre inmueble, es aplicable el recaudo formal de escritura pública del artículo 1017, inciso a), CCCN, solo dispensable como título en caso de subasta en ejecución judicial o administrativa.

resolución por incumplimiento, porque no se trata de un contrato de prestaciones recíprocas, lo cual evita perjuicios a los herederos ajenos a la deuda”.

11. “La partición no crea un derecho distinto, pues el heredero tiene desde la muerte del causante una cuota ideal sobre el patrimonio adjudicado, la adjudicación transforma esa parte ideal en bienes singulares [...] En consecuencia la partición privada no tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos sobre inmuebles. Es la muerte la que causó la transmisión de los bienes” (ARIANNA, Carlos A., “Las reformas en materia de partición de herencia”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 9/11/2016 [t. 2016-F, p. 709, cita online AR/DOC/2928/2016]).

La condena a dividir el condominio importa una obligación de hacer, otorgar la respectiva escritura pública que, en caso de negativa, la podrá hacer el juez en su representación de conformidad al artículo 1018 CCCN. En consecuencia, el título de adjudicación parcial, de un solo bien o lote de la indivisión hereditaria o poscomunitaria es perfecto aun cuando no se adjudiquen en el mismo acto todos los derechos sobre cosa, bienes o derechos que integraban la comunidad, que las partes pueden adjudicarse en momento posterior y diferente, cumpliendo en cada caso con la formalidad propia de la naturaleza de cada bien.

3. La partición privada y las nulidades del acto jurídico

El artículo 2369 CCCN mantiene el principio de libertad para partir y la admisión plena de la partición privada ya consagrados en su antecesor artículo 3462 del código derogado, con toda independencia de intervención judicial, como lo regulan los códigos procesales locales refiriéndose a la sucesión extrajudicial.

La nueva redacción mejora el texto anterior y establece las precisiones que surgen de la jurisprudencia y doctrina.

3.1. Acuerdo unánime. Legitimados a partir. Nulidad por vicios del acto jurídico

En primer término, adecuadamente se refiere al acuerdo unánime de los partícipes de la indivisión, no limitando su otorgamiento a los herederos. Incluye a los cesionarios de herencia, en forma total o parcial, en concordancia con el artículo 2363 CCCN que les confiere acción directa para petitionar judicialmente la partición.¹²

El cesionario ha adquirido el derecho de comunero, es el propietario común de la universalidad con la extensión que tenía el cedente y con los límites de ese contrato desde su celebración. En consecuencia, tiene los mismos derechos patrimoniales recibidos con respecto a la comunidad de bienes que el resto de los copartícipes, y allí ocupa la posición jurídica de su cedente con las limitaciones del artículo 2303 CCCN, excepto pacto expreso al respecto.

También son partícipes, ya no en la indivisión hereditaria sino como titulares de la masa partible, el cónyuge supérstite o sus cesionarios de derechos gananciales, por la confusión de ambas masas, que se determinan en una liquidación y partición conjunta, conforme lo ordena la norma del artículo 481 CCCN primer párrafo, que remite la aplicación de las normas de la indivisión hereditaria por su necesario tratamiento unificado. En cambio, no son partícipes de estas indivisiones los acreedores de los herederos, de sus cesionarios y los del cónyuge supérstite, que carece de tal carácter, y no podrán otorgar partición privada. Su derecho se limita a pedir la partición judicial (art. 2371 inc. b) CCCN y 486 CCCN), en especial cuando han solicitado previamente medidas precautorias con respecto a la indivisión, como es el embargo de los derechos del partícipe que se pretende ejecutar y requiere la necesaria determinación de los bienes singulares del deudor.

12. "La partición privada solo puede realizarse mediando acuerdo unánime de los copartícipes, que son los herederos (legales o testamentarios, sean estos universales o de cuota), y cesionarios, totales o parciales de los derechos hereditarios del cedente" (FERRER, FRANCISCO M. A., ob. cit. [cfr. nota 7]).

Tampoco podrán hacerlo los acreedores de la masa,¹³ que tiene por garantía todo el patrimonio hereditario, a quienes el artículo 2359 CCCN les confiere el derecho a “oponerse a la entrega de los bienes a los herederos hasta el pago de sus créditos o legados”,¹⁴ pero no a decidir la integración de los lotes. En consecuencia, la partición celebrada por los partícipes será oponible a los acreedores de la masa que no se hayan opuesto a su realización y peticionado la judicial, y a los acreedores de los partícipes que no hayan solicitado la partición judicial, u obtenido la declaración judicial por simulación o fraude.

Estos acreedores no pueden decidir en modo alguno qué bienes le serán atribuidos a cada comunero y su deudor en particular. No pueden influir ni condicionar el modo de formar el consentimiento de los copartícipes si cada uno recibe en su lote valores de equivalencia cualitativa con suficiente razonabilidad en la extrajudicial. Por ello, la ley solo les confiere el derecho a que se determinen los lotes en la partición judicial con su concepción de igualdad cuantitativa de avalúos, la previa seguridad de los bienes que la integran con el inventario, avalúo y formación de lotes por el perito partidor, pero no importa el derecho a entrometerse en qué bienes recibirá su deudor.

En caso de haberse realizado la partición, liquidando un bien para su distribución del resultado o adjudicado al comunero, los acreedores de la masa que no tenían garantías reales y no se opusieron a la partición están en la misma situación de cualquier acreedor con un derecho personal ante la posterior transmisión frente al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe. Los acreedores de los partícipes que no solicitaron oportunamente la partición judicial y que invoquen que su deudor recibió menos de lo que le correspondía –sea por los bienes que conforman su lote o por la sobrevaluación de estos bienes que la integran– deberán impugnar la partición por los vicios del acto jurídico: fraude o simulación, en caso de pretender demostrar que la disparidad de valores importa un perjuicio a su interés, o una liberalidad a favor los restantes comuneros.

Fundada la adjudicación a un comunero, la causa de su título no se reputará nula hasta tanto no se sustancie judicialmente (art. 383 CCCN) la respectiva nulidad del acto jurídico. Por lo cual, la falta de publicidad de esta impugnación por lesión subjetiva, fraude o simulación de la partición importa que el tercer adquirente a título oneroso del adjudicatario es de buena fe, y la posterior nulidad del acto causal no le será oponible en los términos del primer párrafo del artículo 392 CCCN.

3.2. Capacidad plena. Nulidad por vicios del consentimiento

En segundo lugar, refiere a la plena capacidad de los otorgantes, ya que si son menores, personas con capacidad restringida o incapaces, será obligatoria la partición judicial (art. 2371 inc. a CCCN). El artículo 2408 CCCN prevé que la partición será

13. Los acreedores de la masa hereditaria deben prestarse y obtener en autos la declaración de legítimo abono (art. 2357 CCCN), salvo el caso de los acreedores titulares de garantías reales (art. 2356 CCCN).

14. Ver PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 739, y CÓRDOBA, Marcos A. y FERRER, Francisco A. M., *Práctica del derecho sucesorio*, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 83: “Los acreedores sucesorios carecen de interés en la partición de la herencia, puesto que pueden embargar y ejecutar cualquier bien hereditario. La herencia es la garantía común de sus créditos”.

inválida por los mismos vicios que los actos jurídicos, no limitándose a los del acto sino también a los del consentimiento, el cual queda netamente comprometido en los casos de quien no es plenamente capaz. Por lo tanto, si la persona con aparente discernimiento carecía de él, o el mismo estaba viciado por error esencial de hecho, dolo principal o violencia, el perjudicado –o su representante– podrá solicitar la nulidad de la partición o su complemento o rectificación (art. 2408 CCCN).

El tercer adquirente a título oneroso será de buena fe en la medida de su falta de conocimiento y en que no exista publicidad de la impugnación judicial del acto causal por su nulidad cuya declaración se persiga –aun en los casos de los artículos 39 y 44 CCCN–, y –como en el caso anterior– la resolución judicial invalidante posterior no le será oponible.

3.3. Partición parcial. La partición complementaria del artículo 2408 2º párrafo

En tercer lugar, el CCCN ratifica la posibilidad de la partición parcial en estos casos como ya lo había reconocido la doctrina y jurisprudencia. La partición parcial se funda no solo en que existan bienes que no sean susceptibles de partir (art. 2367 CCCN –norma destinada a la partición judicial que se regula en el capítulo de acción de partición–), sino también cuando los copartícipes lo estimen conveniente (art. 2369 CCCN) sin necesidad de fundarlo más que en el principio de libertad contractual, o cuando, con efectos partitivos parciales por unanimidad decidan vender parte de los bienes para posibilitar la formación de los lotes (art. 2374 *in fine* CCCN),¹⁵ supuesto habitual en la venta por tracto abreviado que tiene el efecto partitivo por excluir al bien inmueble –que en los hechos no se puede dividir– y que extingue la indivisión con respecto a él, pero subroga el dinero (precio) a la indivisión para su división simultánea o posterior.¹⁶ En este último supuesto, se extingue la comunidad con respecto al inmueble enajenado con los efectos del segundo párrafo del artículo 2403 CCCN, pero no divide el mismo, sino que se está ante un acto liquidatorio para dividir el bien o los bienes recibidos como contraprestación.

En los hechos se puede sostener que toda partición es parcial en potencia, dado que en la total, el conocimiento posterior de nuevos bienes la convierte en parcial, pero ello no es causa suficiente para provocar un vicio sobreviniente de la ya realizada,¹⁷ y por ende razón para observar los actos de enajenación onerosa a ter-

15. La partición privada “puede obedecer a tres supuestos: que determinados bienes no sean susceptibles de división actual, conforme lo establece el art. 2367, tales los casos de indivisión que regulan los arts. 2330 a 2333; si la división se torna antieconómica, el aprovechamiento de la partes, en rigor esta disposición veda la partición en especie como surge del segundo párrafo del art. 2375; y por último porque los partícipes así lo deciden (art. 2369)” (ARIANNA, Carlos A., ob. cit. [cfr. nota 11]).

16. CÓRDOBA y FERRER, refiriéndose a la partición judicial (en ob. cit. [cfr. nota 14], p. 85), lo explican como un supuesto de la excepción al principio de partición en especie, al decir que “esta regla no es absoluta, pues la aplicación del citado principio no puede conducir al extremo de contrariar la finalidad misma de la partición, que consiste en disolver definitivamente la comunidad hereditaria, materializar la porción ideal que tiene cada uno de los herederos en el patrimonio relicto y convertir a éstos en dueños exclusivos de las cosas que se les adjudiquen. Por eso, el Código Civil y Comercial permite vender parte de los bienes si es necesario para posibilitar la formación de los lotes (art. 2374, párr. último). Asimismo, si un bien es materialmente imposible de dividir, se podrá vender para repartirse el efectivo producido por la venta”.

17. “La exclusión por error de bienes que pertenecían al sucesorio en la partición extrajudicial, no ocasiona la nulidad de la partición, sino una simple partición complementaria (en el mismo sentido se manifiesta la doctrina francesa: Chabot, Colin y Capitant, etc.)” (PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. [cfr. nota 4], p. 749).

ceros de buena fe por los adjudicatarios. Aun cuando el desconocimiento de los bienes se funde en un doloso ocultamiento, ello importa el vicio del consentimiento de los partícipes, se requiere la sustanciación de la acción de nulidad y su resolución judicial consecuente. El título de adjudicación por partición parcial de estas indivisiones es perfecto a la hora de su calificación para la disposición como cualquier otro título contractual, por ejemplo la compraventa, y es pasible de los mismos vicios no ostensibles.

En la partición parcial la regla ya no puede ser la nulidad que priva a la partición de sus efectos propios, sino la partición complementaria o atribución del complemento de la porción del perjudicado. Por ello, todos los copartícipes capaces pueden otorgar esta complementaria o rectificativa, o incluso atribuir bienes que no integraron la masa partible al copartícipe perjudicado, integrando así una convención propia de la partición por saldos.

En el caso de la adjudicación de único inmueble a un comunero, bastará la escritura pública con el objeto de dar cuenta de la atribución de otros bienes al perjudicado –integrantes de la indivisión o no– o la integración de hijuelas de baja o colación o recompensas, sin necesidad de obtener la previa declaración de ineficacia del acto.

3.4. Libertad de formas. Nulidad por vicio de forma del contrato de partición privada

Por último, la reforma no trae norma alguna en cuanto a la forma de la partición privada. Rige el principio de la libertad de formas ante la derogación del artículo 1184 del Código Civil, que exigía la escritura pública o el instrumento privado con autorización judicial (inc. 2). El CCCN solo prevé para la indivisión causada en el divorcio, que, de incluirse en el convenio regulador de sus efectos, suscripto bajo la forma de instrumento privado, para su eficacia requiere la homologación o aprobación judicial (art. 440).

Al regular la indivisión poscomunitaria por cualquiera de las causas diversas al fallecimiento o presunción de fallecimiento, el artículo 498 CCCN prescribe que “si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado”, tal como ocurre, por ejemplo, en la partición de bienes gananciales por la convención matrimonial de cambio de régimen de comunidad al de separación sin disolver el matrimonio. La partición privada pura es la que no requiere ningún tipo de intervención judicial. Estando solo al consentimiento de las partes, importa un contrato formal cuando tiene por objeto la adquisición, modificación o extinción de derecho reales sobre inmuebles (art. 1017 inc. a CCCN), por lo que en estos casos debe ser otorgada por escritura pública.¹⁸

La reforma legislativa generó dudas interpretativas en cuanto a la validez o subsistencia de la posibilidad de otorgar la denominada partición mixta –en cuanto a su forma– por los coherederos en instrumento privado, presentado en el expediente y homologado por el juez del sucesorio, cuestión que no se plantea en la partición de la indivisión poscomunitaria por estar expresamente prevista en los artículos 439 y

18. PÉREZ LASALA concluye con respecto a la partición extrajudicial que “se necesitará documento privado, y cuando haya inmuebles escritura pública” (ídem, p. 730).

440 CCCN. La partición tiene una doble naturaleza, por un lado es el acto jurídico plurilateral que determina y divide los bienes entre los copartícipes de la indivisión, y por otro es el acto que concluye con la indivisión en forma total o parcial, el cual es un acto procesal en caso de ser la partición judicial.¹⁹

Como hemos señalado, el copartícipe recibe el bien por la transmisión mortis causa del causante y no de los restantes partícipes, y tal transmisión se rige por las normas y forma del derecho sucesorio (art. 1892 CCCN, último párrafo), y no por la forma de las transmisiones entre vivos propias de los contratos. El instrumento privado suscripto por los herederos para dividir los bienes requiere de su homologación judicial, donde el juez tiene siempre la potestad de observar y rever el convenio presentado. No hay una absoluta vigencia de la autonomía de voluntad, sino que la misma es revisada someramente por el órgano jurisdiccional.

No se está ante una partición completamente extrajudicial y, pese a que no intervino el perito partidor como en las particiones judiciales puras, el juez puede tener por cumplido el inventario con la denuncia de bienes, el avalúo con la conformidad unánime de los copartícipes (así como de ese modo designa tasador, pueden acordar tasación), y homologar o aprobar la cuenta particionaria presentada y su consecuente adjudicación judicial. El juez cumple la misma labor que la requerida en el artículo 440 CCCN y su intervención; se convierte, al decir de Ferrer,²⁰ en el requisito de eficacia para solicitar la inscripción de los bienes registrables.

La homologación judicial no es la forma sustitutiva de la escritura pública, sino que es el documento judicial con la forma prevista para la transmisión mortis causa, y asimismo la adjudicación por partición es el acto conclusivo del proceso sucesorio.²¹ En este sentido, entendemos que la denominada partición mixta en el nuevo sistema debe calificarse como un subtipo de la judicial,²² por la necesaria interven-

19. Ver ARIANNA, Carlos A, ob. cit. (cfr. nota 11), p. 1: “Si la partición es concluida en forma privada tiene la naturaleza de acto jurídico y en consecuencia le serán aplicables las normas relativas a la invalidez e ineficacia del negocio. En cambio, si es judicial su naturaleza participa a la vez de un acto sustancial y de un acto procesal que culminará con la aprobación de la cuenta particionaria (art. 731 del Cód. Procesal)”.

20. Ver FERRER, FRANCISCO A. M., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 2, para quien “tal acto jurisdiccional no modifica el carácter mixto y extrajudicial de la partición y su efecto vinculante entre las partes, pues el auto aprobatorio es un requisito de eficacia que no integra el acto jurídico particionario en sí mismo. Es una condición extrínseca que atañe al perfeccionamiento del acto y a la constitución formal de título”.

21. Hemos sostenido previamente –en respuesta a una consulta en la Asesoría Notarial Personalizada del Colegio Escribanos de la Provincia de Buenos Aires–: “El juez en sus facultades ordenatorias puede tener por cumplido el inventario con la denuncia de bienes (art. 2342 CCCN); y el avalúo y partidor por quien designen los copartícipes de común acuerdo, lo cual puede estar cumplido en la misma partición y considerar que todos actuaron en tales caracteres (tasadores y partidores, dado que los arts. 2343 y 2373 CCyC no establecen un carácter o título para ello). La falta de oposición en tiempo oportuno en el proceso sucesorio, de su impugnación o solicitud de partición judicial, por el acreedor del heredero (único lugar donde puede ejercer su derecho), conllevan el carácter firme del acto procesal que homologó o aprobó la partición, y le daría efectos análogos a la partición judicial, a estas particiones mixtas hoy no contempladas expresamente en el Código Civil y Comercial, pero admitidas sin hesitación en los estrados judiciales...” (LAMBER, Néstor D., “Partición”, en Lamber, Rubén A. (coord.), *Cuadernos de Apuntes Notariales*, La Plata, Fundación Editora Notarial, N° 133, 2016, p. 25).

22. En este sentido –antes de la sanción de la Ley 26994–, ver CAPPARELLI, Julio C., “¿Cesión de derechos hereditarios o partición?”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 20/2/2014 (t. 2014-A, p. 374), y en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2014-abril, p. 125, cita online AR/DOC/331/2014: “Si son mayores y capaces, pueden hacerlo extrajudicialmente, pero rige la restricción formal de la escritura pública. Pero si lo hacen por instrumento privado agregado al expediente, esta partición es judicial en cuanto se somete a la aprobación judicial”.

ción del juez para su homologación o aprobación, sin perjuicio de la relevante determinación en la adjudicación por la autonomía de voluntad, lo que admite apartarse del rigor de los principios de especialidad e igualdad de la partición judicial pura. En consecuencia, en caso de incluir inmuebles, la partición privada extrajudicial requiere ser otorgada por escritura pública, por lo cual el instrumento privado sin homologación es el compromiso a partir de ese modo; pero una vez homologado, no tendrá el efecto del artículo 1018 CCCN, sino que será el título mismo de adjudicación por partición (como subtipo de la judicial).

El objeto de este estudio no son estos títulos judiciales de adjudicaciones por partición sino los títulos de adjudicación por partición privada de inmuebles sin intervención judicial alguna, que deben ser otorgados bajo la forma escritura pública.

La calificación de la adjudicación por partición privada, en cuanto a los posibles vicios que generen su ineficacia, son los propios de los actos jurídicos, así como los del instrumento, no viéndose afectada por vicios procesales de la etapa de la partición judicial.²³

4. Principios de especialidad e igualdad en la partición y adjudicación parcial

La partición judicial en la indivisión hereditaria debe realizarse luego de dictada la declaratoria de herederos o auto que aprueba el testamento que acredite la legitimación de los copartícipes, y una vez cumplido el inventario y avalúo. En cambio, en la privada no rigen estos requisitos procesales previos, por lo que puede otorgarse en cualquier momento desde el fallecimiento del causante, pero quedará sujeta a que los partícipes sean los herederos declarados y sus cesionarios a ese momento, si es que se celebra antes del dictado de la declaratoria de herederos o aprobación del testamento y la determinación del pasivo.

La falta de cumplimientos de estas etapas del proceso judicial no impide la partición privada por la que de antemano los comuneros acuerdan la determinación de los bienes singulares a cada copartícipe una vez cumplida la liquidación del patrimonio hereditario. Ello se ratifica en los casos en que la partición es un acto que impide el nacimiento de la indivisión de tales bienes, como sucede en la partición por ascendientes, en que los herederos deben estar a la determinación hecha por el causante.²⁴

La partición por ascendientes, en coherencia sistemática con la norma del artículo 481 CCCN –que establece la liquidación de la masa ganancial por las mismas

23. CÓRDOBA, Marcos A. y FERRER, Francisco A. M., ob. cit. (cfr. nota 14), p. 98; COSTANZO, Mariano y POSTERARO SÁNCHEZ, Leandro N., [comentario al art. 2363], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 8, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 67-68; PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 4), t. I, pp. 727 y 730.

24. “Si la partición por el ascendiente se realiza a través de un testamento, se impone la voluntad a los hijos, pues establece una distribución y una atribución de bienes de la herencia que los descendiente son pueden contradecir. La «voluntad ilustrada» de los padres sustituye a los deseos y a las preferencias que pudieren tener los hijos, y, aunque la partición efectuada por el ascendiente no puede afectar o violar cuantitativamente las porciones legítimas, si puede definir las, o conformarlas, atribuyéndole a cada uno de sus hijos los bienes, que, en concreto, el padre o la madre quieren dejarles” (MAZZINGHI, Jorge A. M., “La partición de la herencia realizada por ascendientes. Novedades y conflictos a partir de la sanción del Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 19/12/2016, cita online AR/DOC/3739/2016).

normas que las de la hereditaria cuando su causa es la muerte o fallecimiento de uno de los cónyuges–, es admitida cuando su objeto sean de bienes gananciales y sea otorgada por acto conjunto de ambos cónyuges bajo la forma de partición donación (arts. 2411 in fine y 2415 CCCN), resolviendo anticipadamente la conclusión ambas indivisiones.²⁵ Recepta así la interpretación previa del Código derogado y lo convierte en expreso texto legal, constituyendo una excepción a la incompatibilidad del artículo 1002 (inc. d) CCCN. La transmisión por donación tendrá a la vez el efecto partitivo previsto en el artículo 2403 CCCN (2º párrafo), concluyendo la indivisión mediante el impedimento de su formación con respecto a los bienes donados.

En la partición privada, el inventario, avalúo y formación de lotes son actos bajo la autonomía de la voluntad unánime de los comuneros plenamente capaces. Así como en la judicial, el inventario se ve suplido por la denuncia de bienes (art. 2342 CCCN) y el avalúo se puede realizar por quienes designen los copartícipes (art. 2343 CCCN), que en la práctica foral en las particiones denominadas mixtas se da por cumplido con la declaración del valor a los efectos del pago de tasas de justicia. En la privada, como señala Ferrer,²⁶

... el acuerdo presupone la conformidad expresa o tácita sobre los bienes que componen la herencia, su valuación, la formación de los lotes y la adjudicación. La valuación deberá hacerse en la época más próxima a la partición (art. 2343 CCCN).

Al otorgarse por escritura pública, estos actos quedan cumplidos con la calificación y exigencia de presupuestos propios de los deberes funcionales del notario. La estructura interna de la partición se conforma por:

- a) *Delación de bienes*, que en caso de omisión en la redacción del contrato el notario lo cumple en las constancias notariales de los títulos antecedentes.
- b) *Tasación de los bienes*, que en caso de omisión se cumple en la técnica escrituraria con los certificados de avalúos que exigen las leyes impositivas, aunque siempre es de buena técnica que lo hagan las partes.
- c) *Formación de las hijuelas*, que de ser parcial solo incluirán el bien –o activo y pasivo– en cuestión.

La reforma legislativa mantiene el principio de la atribución en especie de los bienes que integran la indivisión (art. 2374, 1º párr., CCCN), por lo que debe procurarse la adjudicación de ellos evitando su liquidación o el condominio entre los comuneros, sin perjuicio que el propio artículo prevé la posibilidad de proceder a su venta y distribución del precio obtenido. La norma es rigurosa para la judicial, en que solo procede ante la petición de parte y por resolución fundada; en cambio en la privada basta el unánime consentimiento.

Tales bienes deben distribuirse en forma equitativa entre los comuneros en la proporción de sus cuotas. En principio se debe procurar entregar a todos por igual-

25. “Si los cónyuges poseen bienes gananciales, la partición solo puede realizarse con relación a los hijos y a través de la donación de los bienes mediante un acto conjunto de los cónyuges. De esta manera –contemplada en el art. 2411 segundo párrafo del Código Civil y Comercial–, los cónyuges se desprenden de la titularidad de los derechos que pudieren ostentar sobre los bienes gananciales, transmitiéndoles el dominio a sus hijos” (ibídem).

26. FERRER, FRANCISCO M. A., ob. cit. (cfr. nota 7).

dad proporcional, pero a diferencia de las normas procesales que prevén la formación de lotes o hijuelas de igual avalúo (igualdad cuantitativa),²⁷ en la privada priva el principio de igualdad cualitativa, atribuyendo la misma especie o calidad en tanto sea posible. La equivalencia no importa igualdad matemática o exacta,²⁸ la autonomía de voluntad asimismo permite la integración con bienes de diversas especies, en tanto se mantenga el equitativo valor de las hijuelas, en aras del principio de libertad contractual, pero su violación, como se dijo, no es un vicio nulificante de la partición privada en sí misma, a diferencia de la judicial. Solo cabría peticionar la sentencia judicial de nulidad por simulación ilícita (art. 333 y concs. CCCN), fraude (arts. 338 y concs. CCCN), o lesión subjetiva (art. 332 CCCN), por los legitimados a ellas, pero no por la mera disparidad de atribuciones.

El acuerdo unánime de los comuneros es el mejor camino para evitar conflictos y permite resolver adecuadamente las situaciones particulares y específicas que ameritan estas diferencias de distribución, como por ejemplo en la atribución del inmueble al comunero que ha realizado mejoras sustanciales en el valor del mismo de su peculio.

4.1. Atribución preferencial en la partición privada

La partición privada también puede considerar los supuestos de atribución preferencial, pudiendo todos los comuneros reconocer tales situaciones de hecho:

- 1) la existencia del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios en cuya formación participó el comunero que constituya una unidad económica, y en caso de explotación en forma social de la atribución de los derechos sociales si no afecta disposiciones legales o estatutarias (art. 2380 CCCN);²⁹
- 2) la propiedad del inmueble en que habitaba con el causante al momento de su fallecimiento (art. 2381 inc. a CCCN);
- 3) la propiedad del lugar donde el comunero ejercía su actividad profesional y los muebles allí situados (art. 2381, inc. b CCCN);
- 4) el conjunto de cosas muebles necesarias para la explotación agropecuaria al heredero que continúa como aparcerero o arrendatario (art. 2380 inc. c CCCN).

En estos casos, de exceder su valor su porción hereditaria, la diferencia debe pagarla de contado a los restantes herederos, norma estricta en la partición judicial, pero en la privada nada obsta que las partes acuerden la dación en pago del tal valor con otros bienes, o su pago a plazos y en cuotas, con las garantías que ellos acuerden.

En el nuevo sistema normativo, la misma finalidad partitiva, con atribución preferencial de estos establecimientos o empresas como unidades económicas, se

27. PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 710.

28. CAPPARELLI, Julio C., ob. cit. (cfr. nota 22).

29. ARIANNA (ob. cit. [cfr. nota 11]), siguiendo la opinión de CESARETTI, María y CESARETTI, Oscar D. –aunque se refiera solo al pacto sucesorio– (“El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación” [online], en *Revista del Notariado*, N° 918, 2015, <https://goo.gl/XbRg8T>), concluye que para esta atribución preferencial es esencial la idea de explotación productiva por lo que se debe descartar su viabilidad cuando se trate de sociedades meramente tenedoras de bienes que no desarrollan una actividad de producción.

tendrá en el caso en que, en vida del causante, él con sus herederos presuntivos, o estos solamente, mediante el pacto de herencia futura previsto en el segundo párrafo del artículo 1010 CCCN, acuerden la disposición de futuros derechos hereditarios por los que se atribuyan este objeto a uno de los herederos, estableciendo compensaciones a favor de los demás herederos legitimarios. La determinación de la unidad económica como objeto del mismo y compensaciones a los restantes puede importar un negocio partitivo parcial, en el que la disposición de los futuros derechos hereditarios tendrá como consecuencia también la extinción de la comunidad con respecto a su objeto, con los efectos partitivos del artículo 2403 segundo párrafo CCCN, por más que no sea una partición en sentido estricto.

También se prevén como supuestos de atribución preferencial en el artículo 499 CCCN para la indivisión poscomunitaria: a) la propiedad intelectual o artística, b) la propiedad de los bienes de uso relacionados con la actividad profesional de uno, del establecimiento comercial, industrial o agropecuario por él adquirido o formado que constituya una unidad económica, c) la propiedad de la vivienda por él ocupada al momento de la extinción de la comunidad. Esta atribución es procedente aun cuando excedan su parte en la división, con el cargo de pagar en dinero la diferencia al otro, y faculta expresamente al juez a admitir plazos de pago si el deudor ofrece garantías suficientes.

En la partición privada los comuneros podrán acordar libremente el modo del pago en dinero o con otros bienes, o la compensación con crédito que surjan de la propia liquidación de la comunidad o ajenos a ella. Este pago o compensación podrá surgir del mismo contrato de partición o de su complementario celebrado con posterioridad, en concordancia con el principio de que en la privada la diferencia desproporcionada no es causal de nulidad sino de complemento con atribución de bienes.

4.2. Partición por saldo

El pago en dinero o compensación con bienes ajenos a la masa nos posiciona ante un negocio jurídico mixto pero único,³⁰ propio de la partición por saldo, expresamente reconocido en el artículo 2377 CCCN, que determina que si la composición de la masa no permite formar lotes de igual valor, las diferencias deben ser cubiertas en dinero garantizándose el saldo pendiente a satisfacción del acreedor, que no puede superar la mitad del valor del lote, excepto casos de atribución preferencial. Córdoba y Ferrer critican esta limitación cuantitativa al decir que

... no se justifican, pues se trata de cuestiones patrimoniales entre coherederos, que siendo capaces y estando presentes, pueden hacer la partición por la forma y modo que estimen conveniente (art. 2369 Cód. Civil y Comercial).

La norma del artículo 2377 no es de orden público y está destinada al juez que tiene limitaciones en la aprobación de formación de las hijuelas por el perito partidor, como es la prohibición de imponer la constitución del derecho real, por ejemplo,

30. "... la partición es un negocio jurídico único que absorbe los negocios incidentales o auxiliares que contiene (compraventa, permuta, cesión, donación), lo cual determina los distintos aspectos secundarios del negocio único particionario" (CÓRDOBA, MARCOS A. y FERRER, FRANCISCO A. M., ob. cit. [cfr. nota 14], p. 87).

de usufructo (arts. 1896 y 2133 CCCN), evitando que deba resolver cuestiones sobre el avalúo de los bienes o la preferencias subjetivas de los comuneros. Por ello, compartimos la conclusión de Arianna al sostener que

... la disposición está inserta en la partición judicial, donde el principio de la autonomía está restringido. En la privada, en cambio, como hemos analizado supra no hay obstáculo para que los copartícipes dividan como crean conveniente, es obvio que aquí no habrá límite para el saldo.³¹

Del mismo modo, tampoco lo habrá en cuanto a la naturaleza del bien dado en compensación, cumpliéndose el pago del crédito (saldo) con la entrega bienes de otra naturaleza que no sea dinero.

La partición por saldo es un negocio mixto, donde se conjugan dos causas de negocios típicos, que derivan de un único negocio sucesorio o liquidatorio de la indivisión poscomunitaria, que se sujetan a las normas de negocio partitivo que es la causa fin determinante frente a los negocios accesorios: compraventa, dación en pago, permuta, donación, cesión, entre otros.

El artículo 281 CCCN reforma el sistema precedente, admitiendo expresamente como causa fin de los negocios jurídicos “los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”. Estos negocios accidentales del negocio partitivo no se deciden por las partes por su razón económica categórica común a su tipo –al igual que su transmisión derechos *inter vivos* consecuente–, sino que solo se acuerdan para obtener la adjudicación en la partición los bienes. Es decir, carecen de causa autónoma en los términos de la segunda parte del artículo citado si no existe la partición. Por ello, quedan bajo la regulación del negocio que deviene principal.

En la partición el saldo importa un crédito que no es una contraprestación con relación al bien adjudicado en particular, sino en compensación de los valores de todas las hijuelas. No nace el crédito como contraprestación de un bien en particular, sino que se integra al negocio en consideración a todas los bienes que integran la indivisión, e incluso a su pasivo, como sucede, por ejemplo, en el caso en que entre tres comuneros se adjudicasen tres bienes de idéntica naturaleza y valor, pero uno fuera acreedor de una hijuela de baja con respecto a los restantes, el saldo se decidiese por el valor de tal hijuela. En consecuencia, el título de adjudicación parcial de un inmueble, fundado en la atribución preferencial o partición por saldo, también es calificado perfecto aun cuando no se haya acreditado el pago del saldo, por regir los principios de la partición y no de los actos de contraprestaciones recíprocas. El adquirente a título oneroso del adjudicatario será de buena fe, y no le será oponible eventual posterior resolución, dado que el pago del crédito es una obligación entre los comuneros con causa genética en el negocio partitivo pero con carácter personal.

Al igual que en el supuesto anterior, el saldo o crédito entre los comuneros se puede establecer también en una partición complementaria, atribuyendo bienes ajenos a la masa con la finalidad de cubrir el valor de la cuota del perjudicado.

31. ARIANNA, Carlos, ob. cit. (cfr. nota 11).

5. Adjudicaciones parciales y protección de la porción legítima hereditaria

Hemos desarrollado en este trabajo la distinción entre la adjudicación parcial por la que se ha determinado uno o más lotes o hijuelas, de la partición integral en que uno de los herederos no se adjudica bien alguno. También hemos explicado las razones de tal inexistencia de adjudicación a un comunero de bienes partibles; puede deberse a diversos casos:

- a) colación de donaciones que no integraban la indivisión por haber sido transmitidas por el causante por acto entre vivos;
- b) compensación del valor que debe a uno o más comuneros, liberando así de su obligación originada en la indivisión;
- c) unánime acuerdo de hacer una partición parcial de uno o más bienes que se adjudican a uno de los comuneros, quedando indivisos otros bienes para su posterior liquidación y distribución solo entre los restantes copartícipes, extinguiendo la indivisión solo con respecto a los bienes de la partición parcial y con respecto al que aquí adjudica y deja de ser copartícipe, entre otros.³²

Claramente, en estos casos no están disponiendo o renunciando a la propiedad de su cuota parte en la indivisión o bienes que la integran, sino que se hace por haber recibido su parte antes, o para evitar tener que abonar deudas a la indivisión o a los restantes copartícipes por créditos originados en ella; o por integrarse con un negocio accesorio o accidental al de partición; o por extinguir parcialmente la indivisión con reserva de bienes para los restantes. Pero la partición privada también es válida y eficaz, aun cuando uno o más copartícipes renuncien a su cuota y consecuente atribución. Tal liberalidad –que no es una donación– estará sujeta a su colación por los herederos del renunciante (art. 2391 CCCN), pero en estos actos que acceden a la partición, la acción de reducción no tendrá efectos reipersecutorios, sino el creditorio por el valor de la porción legítima afectada de los herederos legitimarios. En doctrina y jurisprudencia se ha sostenido, para explicar su naturaleza, que se está ante un contrato partitivo mixto, o que en realidad se trata de una cesión de derechos hereditarios.

5.1. Contrato partitivo de contenido mixto

La doctrina y la jurisprudencia han admitido la validez de los acuerdos o contratos de partición, que para cumplir su finalidad propia incluyen la renuncia de uno o más copartícipes para llegar al fin querido por las partes de extinguir la indivisión en forma total o parcial. Uno o más copartícipes realizan un acto jurídico accesorio para llegar a la partición por los demás, apartándose o abdicando del derecho a que se les adjudiquen bienes singulares, y de ese modo permiten la partición en especie entre los restantes. Al igual que en el sistema derogado, en el CCCN se funda en que los copartícipes

32. CNCiv., Sala F, 16/12/2009, “De Rosa, Andrea Lucía c/ De Rosa, Ana Victoria” (*La Ley Online*, AR/JUR/61183/2009), resolvió el rechazo de la acción de colación intentada con relación a la cesión de herencia si tal acto forma parte de un negocio o un complejo de negocios integrativos del modo de partir el acervo hereditario del causante.

... podrán recibir menos de su cuota hereditaria pues el orden público relativo que impide al heredero renunciar a una herencia futura (art. 2286 CCCN) no rige cuando la sucesión ha sido abierta, pues si el heredero puede renunciar a la herencia con mayor razón podrá resignar parte de ella.³³

No se refiere a la renuncia pura y simple, que no es posible cuando la herencia ha sido aceptada (art. 2298 CCCN) y que no puede ser por partes (art. 2287 CCCN), sino a la renuncia en beneficio de los coherederos aunque sea gratuita, que importa la aceptación tácita de la herencia (art. 2294 inc. f CCCN), que es un verdadero acto de disposición y no habilita el ejercicio del derecho de representación.³⁴

Zavala y Weiss, analizando el actual texto legal, explican con respecto a esta renuncia que

... implica aceptación de la herencia, no está aludiéndose a la renuncia como a un acto jurídico unilateral sino como convenio entre coherederos o entre herederos de distintos grados, que es susceptibles de adoptar diversas formas o figuras contractuales a cuyas reglas habrá de someterse ...³⁵

Y concluyen que

... conlleva a una transferencia de derechos a favor de los beneficiarios, acreciendo los que ya tienen en su calidad de herederos.³⁶

Tiene fuerte analogía con la cesión de herencia si su objeto es la totalidad de la masa partible, o con la cesión de bienes determinados del artículo 2309 CCCN si lo es con relación a solo uno o algunos bienes que integran la indivisión. Pero el tratamiento legislativo independiente de esta renuncia indica que no son idénticas, ni se rige por todas las normas de los contratos. Por ejemplo, en caso de ser gratuita, esta renuncia a uno o algunos herederos mantendrá su vigencia aun cuando el renunciante fallezca o se vea afectado por restricción a su capacidad de modo sobreviniente, sin que los beneficiarios hayan hecho acto de aceptación alguno. La inclusión de esta renuncia en un convenio partitivo mixto conlleva, además, su simultánea aceptación por los beneficiarios y debe estar en su interpretación a la finalidad

33. ARIANNA, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 11). En el mismo sentido, ver FERRER, Carlos A. M., ob. cit. (cfr. nota 7).

34. Juzg. 1^a. Inst. de la 11^a Nominación de Salta, 19/11/2015, "S. C. R. s/ sucesorio" (sentencia firme) (*elDIAL.com. Biblioteca Jurídica Online*, N° AA9538), resolvió que la renuncia a persona importa una cesión de herencia, y debe cumplir con las formalidades de esta, con fundamento en que "los supuestos de los incs. f y g del art. 2294 del CCyC implican aceptación de la herencia, porque la renuncia cuando se hace a favor de alguno o algunos herederos, sea gratuita u onerosa, importa cesión de derechos hereditarios (inc. e), o sea, se está aceptando y disponiendo de los derechos sucesorios. Solo hay renuncia o repudiación de la herencia cuando se hace en forma impersonal y gratuita (FERRER, Francisco A. M., [comentario al art. 2293], en Alterini, Jorge H. [dir.] y Alterini, Ignacio E. [coord.], *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 11, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 173). Pero a continuación convalida el acto no como renuncia o cesión de herencia sino como partición de herencia.

35. ZAVALA, Gastón A. [con la colab. de WEISS, Karen M.], [comentario al art. 2294, en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 937.

36. *Ibidem*. En el mismo sentido –antes de la reforma–, ver BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, p. 166; y ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 323 y nota 141.

partitiva como causa fin principal de los convenios entre las partes y su calificación de partición.³⁷

Al igual que la partición por saldo analizada, es la partición la causa principal a la que acceden los demás actos que la permiten. Capparelli, comentando el caso “Kwacz”, señala que

La naturaleza de esta renuncia no configura, por el hecho de la compensación en el exterior, una venta y si hubiese sido gratuita tampoco hubiese sido una donación, porque hasta el momento mismo de la celebración de la partición subsiste la comunidad hereditaria, la universalidad jurídica en la que los herederos no tienen un derecho sobre los bienes que integran el acervo sino un derecho a que se les adjudiquen bienes en proporción a su cuota. Esto es importante tenerlo presente porque el título de adjudicatario en la partición surge de un acto privado presentado en el expediente y respeta las formas legales, razón por la cual resulta inobservable en cuanto a su validez.³⁸

En la calificación del acto jurídico debe estarse a la real intención de las partes que actúan de buena fe y primeramente a la literalidad de los términos señalados, por lo que, en principio, se está ante una partición como negocio mixto.

Tampoco puede dejarse de lado la interpretación de parte de la jurisprudencia en cuanto a que toda cesión de herencia entre coherederos es un partición, en tanto la reducción de la cantidad de copartícipes de la indivisión siempre importa una partición parcial, y en ello convalidan estas cesiones de herencia con tal efecto partitivo en tanto cumpla las formas de la partición.³⁹ Se está a la finalidad prevalente, pero este convenio mixto también importa una transmisión entre vivos, y por tanto beneficio, o liberalidad, lo que obliga a su colación o reducción por sus herederos del renunciante. En este sentido, dice Ferrer:

Si uno de los herederos no recibe nada o bienes por valor sensiblemente menor al valor que le corresponde de acuerdo al monto de su cuota, indudablemente el acto comporta una liberalidad a favor de los otros coherederos, por lo cual los herederos forzosos del heredero que ha beneficiado al otro u otros, podrá demandar oportunamente la colación o reducción del valor de dicha diferencia según corresponda.⁴⁰

No debe perderse de vista que tal liberalidad no se limita a beneficiar, sino que también se hace en miras a la extinción de la comunidad –al menos con respecto a ciertos bienes–, y será gratuita en tanto no se trate de una partición parcial y existan

37. Ver CNCiv., Sala H, 25/9/2013, “Kwacz Khon, Salomón y Hara, Adela Noemí s/ sucesión ab intestato” (*La Ley*, 20/2/2014 [t. 2013-F, p. 314, y t. 2014-A, p. 374], *Doctrina Judicial*, 14/5/2014; cita online AR/JUR/60313/2013) [N. del E.: ver completo en <https://goo.gl/VVFgqG>], donde se revoca el rechazo de la primera instancia para la homologación de un acuerdo particionario adjudicando un solo inmueble a unos herederos, con la manifestación compensarse los gastos y deudas de la sucesión en Bolivia, que entendió que era una cesión de derechos hereditarios pero a la vez exigió que se informe cómo se componía las hijuelas.

38. CAPPARELLI, Julio C., ob. cit. (cfr. nota 22).

39. Cám. Civ. y Com de San Nicolás, 16/2/1995, “Turchi, Luis J. s/ sucesión” (*La Ley Buenos Aires*, t. 1995, p. 1272, cita online AR/JUR/3948/1995); Juzg. 1ª. Inst. de la 11ª Nominación de Salta, 19/11/2015, “S. C. R. s/ sucesorio” (sentencia firme) (*elDial.com. Biblioteca Jurídica Online*, N° AA9538); CNCiv., Sala D, 15/9/2015, “Córdoba, Segundo Pantaleón c/ Castellón, Azucena del Carmen” (*Revista Código Civil y Comercial*, 2015 [diciembre], p. 135; *Doctrina Judicial*, 2/3/2016, p. 80; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2015-IV, p. 604).

40. FERRER, Francisco M. A., ob. cit. (cfr. nota 7).

otros bienes que en posterior partición completen su lote. Asimismo, el objeto de la renuncia del copartícipe no es el bien singular mismo, sino su derecho a adjudicarse en la indivisión. El renunciante lo hace en miras al activo y pasivo o cargas y deudas de la masa, adjudicándose los restantes el o los bienes y asumiendo las cargas y deudas pendientes de la masa y bienes. Por ello, al no ser el objeto de esta disposición accesoria los bienes registrables que se adjudican, su reducción no tendrá el efecto reipersecutorio del artículo 2458 CCCN por no ser una donación de bienes registrables del derecho dispuesto. Su reducción en todos los casos se resuelve por el crédito que el beneficiario deberá al legitimario, a fin de satisfacer el complemento de su legítima (art. 2451 CCCN).

El carácter partitivo distintivo de este contrato privado importa que uno de los copartícipes se separa o aparta de la comunidad y permite que los demás resuelvan la división. Aun cuando la renuncia sea en el mismo acto simultánea al contrato de partición, la misma es necesariamente previa por cuanto se excluye de la misma, y entre otros efectos propios del acto no debe la garantía de evicción de los artículos 2404 y consiguientes del CCCN. Asimismo, esta conclusión guarda coherencia sistemática con el principio sentado en el artículo 2403 CCCN, dado que la partición no es el título de transmisión de derechos, sino que cada copartícipe recibe directamente del causante como si los demás nunca hubieran tenido derecho alguno a tal bien. Por ello, el bien adjudicado nunca ingresó al patrimonio de los demás copartícipes y no sería coherente pretender atribuir a la reducción del acto efectos reipersecutorios.

5.2. Interpretación del contrato como cesión de derechos hereditarios

Una serie de fallos ha negado la homologación de convenciones que preveían la adjudicación del único bien a uno o algunos de los comuneros por entender que se está en realidad ante una cesión de derechos hereditarios gratuita, y así calificarla en aras a la conservación del acto.⁴¹ En similar sentido, ha dicho la Cámara Nacional en lo Civil, Sala H:⁴²

Si bien es procedente homologar el acuerdo particionario celebrado en forma privada por lo herederos, éstos deberán informar al magistrado cómo se conforman las hijuelas, ya que se evidencia una disparidad entre los porcentajes –en el caso se adjudicó a uno de ellos el único inmueble integrante del acervo–, y ello

41. Cám. Civ. y Com. de Quilmes, Sala II, 25/11/2014, “Rojas, Antonio y otro/a s/ sucesión ab intestato” (datos Juba: CC0002 QL 16120 161/14, fallo B2953008) (“... puedo observar que la petición efectuada en autos, donde la totalidad de los herederos piden la inscripción del inmueble que forma parte del acervo hereditario a nombre de solo dos de ellos, cediendo así parte de su proporción hereditaria, no goza de características de partición, sino de una cesión de derechos hereditarios. En consecuencia resulta aplicable en el sub examine el inciso 6 del artículo 1184 del Código Civil, que establece que en forma imperativa y precisa, que la cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios debe ser hecha en escritura pública...”); y Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala III, 6/8/2015, “Taladriz de Peña, Rosario s/ sucesión ab-intestato” (datos Juba: CC0003 LZ 6635, fallo B3751077); Cám. Civ. y Com. La Plata, Sala II, 16/12/2014, “San Pedro, Osvaldo y Luna, María Leonza s/sucesiones” (datos Juba: RSD 264/14 B267767) (“La cesión constituye una forma de partición. Se excede del objeto del sucesorio en tanto nos encontramos frente a una cesión gratuita de derechos hereditarios efectuada hacia terceros no herederos, mediante un instrumento privado”).

42. CNCiv., Sala H, 25/9/2013, “Kwacz Khon, Salomón y Hara, Adela Noemí s/ sucesión ab intestato” (*La Ley*, 20/2/2014 [t. 2013-F, p. 314, y t. 2014-A, p. 374], *Doctrina Judicial*, 14/5/2014; cita online AR/JUR/60313/2013) [N. del E.: ver completo en <https://goo.gl/VVFgqG>].

conduce a la necesidad de verificar que no se configure un supuesto encubierto de cesión de derechos hereditarios.

En esta interpretación, se puede concluir igualmente en la validez por la conversión del acto que sería pasible de tenerlo por nulo por simulación ilícita (aparente partición en vez de la real disposición de los derechos hereditarios por cesión gratuita) en otro válido, fundado en el artículo 384 CCCN, que lo tendrá como cesión de herencia válida si satisface sus requisitos, y el fin práctico querido por las partes permite suponer que así lo hubieren otorgado si hubiesen previsto su nulidad. Esta conversión validante conlleva la exigencia del artículo 1618 inciso a) y el 2302 CCCN de la forma escritura pública para la cesión de herencia que consagra la reforma legislativa, por lo que no genera observaciones cuando la partición privada se hubiere otorgado por escritura pública, pero sí cuando se hubiere otorgado mediante instrumento privado homologado judicialmente.

Más allá de las consideraciones en cuanto a la forma, que excede el objeto de este trabajo, lógicamente se ha señalado que se está ante una liberalidad,⁴³ por lo que los herederos del comunero que nada reciben podrán ejercer las acciones en protección de su legítima por la disminución del patrimonio de este. Si se califica como cesión de sus derechos hereditarios, por la norma del artículo 2391 CCCN, que impone colacionar los beneficios recibidos a consecuencias de convenciones hechas con el difunto con el objeto de procurarles una ventaja particular, excepto dispensa o mejora estricta. Esta acción procederá en caso de ser los beneficiarios también coherederos del copartícipe que nada recibe. En caso de no ser los beneficiarios herederos del cedente, los herederos legitimarios tendrán acción de complemento o reducción –que sería aplicable subsidiariamente por el artículo 1543 CCCN–. Sin embargo, la cuestión en cuanto al estudio del título se centra en si tiene o no tal acción efecto reipersecutorio, que el artículo 2458 CCCN limita solo para el caso de los bienes registrables. La forma establece que la donación solo se resuelve si la parte legítima afectada es mayor al valor del bien donado (art. 2454 CCCN); y siempre que el objeto no constituya un supuesto de atribución preferencial (arts. 2380 y 2381 CCCN), sin perjuicio de las mejoras en la porción disponible que hubiere dispuesto el causante.

De tratarse de una cesión de derechos hereditarios, su objeto es la cuota parte de la universalidad sin consideración a los bienes en particular, el cual no es un bien registrable –dado que la reforma optó por dar oponibilidad solo por su presentación en el expediente sucesorio–. En consecuencia, no está comprendida en la norma restrictiva del artículo 2458 CCCN, y procede la reducción solo al efecto de originar un crédito contra los beneficiarios, pero sin efecto reipersecutorio sobre su objeto.⁴⁴

43. FERRER, Carlos A. M., ob. cit. (cfr. nota 7): "... si uno de los herederos no recibe nada o bienes de valor monto al valor que le corresponde de acuerdo al monto de su cuota, indudablemente el acto comporta una liberalidad a favor de los otros coherederos, por lo cual los herederos forzosos del heredero que ha beneficiado al o los otros podrán demandar oportunamente la colación o reducción del valor de dicha diferencia, según corresponda" (haciendo referencia en nota al pie al fallo CNCiv., Sala M, 9/10/2007, "Santillán, Rosa c/ Santillán Estrugamou, Fernando" [*La Ley*, 25/6/2008 {t. 2008-D, p. 118}, *Doctrina Judicial*, 15/10/2008, cita online AR/JUR/6808/2007 {con notas del mismo autor, "La colación y la partición hereditaria" y "Sobre algunos aspectos de la colación, el artículo 3604 del Código Civil y la partición hereditaria", citas online AR/DOC/1569/2008 y AR/DOC/2135/2008}]).

44. Esta postura no es unánime, y parte de la doctrina interpreta que en la reducción de la cesión de herencia la acción tendrá efectos reipersecutorios condicionado a que se adjudica al cesionario bienes registrables. Pero

Pretender agredir los bienes adjudicados implica tener un objeto distinto en el que no se considera el pasivo propio del *alea* contractual de este contrato. Nótese que el artículo 2409 en su parte final, luego de extender la acción de nulidad o complemento a los actos que pese a no ser partición tienen tal efecto, exceptúa expresamente a la cesión de derechos hereditarios entre coherederos en que existe un *alea* expresada y aceptada.

Sin perjuicio de lo dicho, este cambio de calificación del acto jurídico objeto de la escritura pública de partición privada pura no lo pueden hacer los terceros y requiere la respectiva resolución judicial.

5.2.1. Improcedencia del efecto reipersecutorio en la reducción de la cesión de herencia

El contrato de cesión de herencia o cesión de derechos hereditarios tiene como principal efecto la transmisión de la universalidad sin consideración a los bienes, cosas o derechos que integran el acervo hereditario. Este es el contrato tipificado en los artículos 2302 a 2307 CCCN, con sus normas concordantes, como los artículos 2312, 2364, 1618 CCCN, entre otras, y su objeto no es un bien registrable. El cedente no debe garantía de evicción por el título o dominio de las cosas o bienes en particular, sino por la vocación a la herencia (calidad de heredero del primer cedente) y el artículo 2303 CCCN prevé los casos de exclusión de acrecimiento de tal vocación, y de los derechos personalísimos, distinciones honoríficas o recuerdos de familia, salvo pacto en contrario, que no integran el patrimonio cedido.

La transmisión de la universalidad se produce previo de la partición, mientras subsiste la indivisión –y no se transmite el bien que resulte adjudicado–, sino el activo y pasivo, cargas y deudas de la masa, y coloca al cesionario en la titularidad o cotitularidad de la comunidad de bienes de la herencia, dándole incluso la legitimación para partir sin consentimiento del cedente (art. 2364 CCCN). El cesionario es quien se adjudicará el bien en particular directamente del causante desde el día de su fallecimiento con los efectos del artículo 2403 CCCN, pero solo después de haber detruido de la masa hereditaria las deudas, los valores que deben ser colacionados por el cedente o bienes sujetos a reducción de este, para formar la masa partible, o asumido tales obligaciones.

La causa fin o los motivos subjetivos jurídicamente relevantes del contrato de cesión de herencia se integran en consideración a las cargas, recompensas, deudas –incluso ante el cedente acreedor–, asunción del proceso judicial, entre otros, que determinan el consentimiento, que no se limita solamente al recibir un bien. Estos elementos propios del *alea* económica del contrato son sacrificios que se realizan para llegar a la determinación de los bienes a adjudicarse, y que no pueden dejar de ser

así no explica adecuadamente la causa por la cual una acción que nace sin efecto reipersecutorio luego pasa a tenerlo solo en determinados casos. Tampoco explica el tratamiento diferenciado de las obligaciones que integran el pasivo de la masa, las deudas que pague el cedente que el cesionario le debe reembolsar (art. 2307 CCCN); ni porque los herederos del cedente que carecen de derecho a exigir la integración de la hijuela del cesionario con bienes registrables, ni a exigir una recomposición de la partición, tengan este efecto en su acción. El derecho del cesionario es al resultado de la liquidación de la masa y su valor puede no ser equivalente al bien adjudicado, por ello el objeto de la cesión de herencia no son los bienes en singular, sino la cuota parte de la universalidad que no es un bien registrable.

considerados en la naturaleza del contrato y su posible colación en la sucesión del cedente. El cesionario debe reembolsar al cedente lo que este pague en calidad de deudor (no comprendida en la cesión), las deudas del causante o cargas de la masa. Sería contraria a toda lógica jurídica que los herederos del cedente solo participen del activo (ganancias) pero no del pasivo (pérdidas) propios del álea económica de contrato, lo cual sucedería si se le reconociera una acción de efecto reipersecutorio del activo omitiendo las cargas o deudas que ha solventado o deba solventar el cesionario de su peculio.

La posición jurídica del cesionario de herencia en la indivisión hereditaria –que recibe del causante– se ve claramente en la equiparación que tiene con el heredero aparente cedente frente al heredero preterido, y la posible restitución de los bienes del acervo del artículo 2312 CCCN, lo que lo diferencia de un mero adquirente de bienes en particular del cedente. Por ello, como el cedente de herencia (causante del heredero legitimario y eventual actor) no llegó nunca a recibir el bien determinado en su patrimonio, sino solo derechos no registrables, su heredero no puede obtener el bien registrable que su causante no tuvo, dado que solo fue propietario de los derechos hereditarios (universalidad o parte alícuota), bien que se asegura a los herederos por las acciones propias de los que no tienen carácter registrables. No puede tener el heredero defensas propias de un derecho que no tuvo el causante, sino de los que sí tuvo, por lo que podrá colacionar en su caso (art. 2391 CCCN), o reducir pero sin efecto reipersecutorio. Así, de este modo, un tratamiento unívoco a los efectos de la acción de reducción en la cesión de herencia, sin depender de una futura adjudicación de bienes registrables o no, y no se considerará observable el título del cesionario de herencia, sea a título gratuito u oneroso.

5.3. Indivisión poscomunitaria

La interpretación en la transmisión sucesoria de este acto de disposición entre los coherederos, sea que su causa se considere la cesión de herencia o su interpretación de negocio partitivo mixto, imponen que la finalidad de las partes es la división de los bienes por sobre el *animus donandi*, al integrar el negocio partitivo mixto y único. Por ello, en la naturaleza de ambos casos la acción de reducción de esta liberalidad carece de efecto reipersecutorio; lo será con efectos personales (causal de un crédito a favor de los herederos legitimarios), por lo que no es observable el título de adjudicación por partición a uno o algunos de los copartícipes.

En la partición de la indivisión poscomunitaria, adjudicar solo a uno de los comuneros la idea de la renuncia de derechos en general encuentra escollo en el artículo 946 CCCN, que establece que su aceptación por el beneficiario causa la extinción del derecho –en el caso su efecto, es la transmisión entre vivos de un cónyuge al otro–, y en la norma del abandono como causal de los derechos reales (art. 1907 CCCN), que en el caso de la propiedad no es en favor de persona determinada. Se trata de una cesión de gananciales como universalidad total o parcial, y su objeto no son los bienes que la integran. La transmisión de la cosa singular (o parte indivisa) solo ocurre cuando expresamente así lo pacten las partes.

6. Interpretación de los contratos: calificación del contrato de partición privada total o parcial y la adjudicación de un solo bien

La procedencia de la acción de reducción con efecto reipersecutorio solo cabría si la gratuidad de la transmisión del bien singular es el fin principal del contrato, lo cual requiere la sentencia judicial que así lo resuelva.⁴⁵ En la práctica notarial, los títulos en cuestión suelen redactarse refiriendo a la adjudicación de un bien sin incluir la partición precedente, que podrá ser total o parcial.

No siempre surgen del mismo documento las restantes condiciones del acuerdo partitivo: si es parcial, si hay otros bienes, qué sucedió con los muebles, con las deudas de la masa, las recompensas, la existencia o no de hijuelas de baja, etc. Si del título surge que es una adjudicación de un solo bien y refiere que integra una hijuela o parte del lote de uno de los comuneros, las normas de interpretación del contrato remiten en primer término a la intención común de las partes que se presumen actúan de buena fe (art. 1061 CCCN), debiendo estarse a la literalidad de los términos utilizados según el significado común de la palabras (arts. 1062 y 1063 CCCN). Si las partes manifestaron que realizaban una partición de herencia o bienes de la comunidad de gananciales, en principio debe estarse a ello, no pudiendo los terceros adquirentes entrometerse en su intención y voluntad, y exigir el cambio de la naturaleza o calificación del acto.

En definitiva, si el acto no es partición e importa la simulación de otro, como una donación, en perjuicio de acreedores de los que nada recibe en su lote, o de los herederos legitimarios, estos tendrán legitimación activa para las acciones de fraude o simulación en su caso, tanto sea por un avalúo desproporcionado o lisa y llanamente por la falta de sinceridad del acto. Los acreedores perjudicados deberán accionar por nulidad, y la falta de sustanciación judicial y de medidas cautelares al momento del acto de disposición onerosa a un tercero de buena fe hará inoponibles a éste la nulidad. El heredero legitimario del copartícipe, que nada recibe o lo hace en parte menor, podrá accionar por simulación del acto conjuntamente con la acción de colación y reducción hasta su prescripción.⁴⁶ Por lo tanto, si nada se dice en el acto de adjudicación del único bien sobre las adjudicaciones de los restantes copartícipes, podrá ser prudente asegurar la explicitación de la igualdad de la atribuciones, mediante la acreditación de la previa o simultánea partición –bajo la forma elegida por las partes– que dé cuenta de la integración de las restantes hijuelas, las compensaciones y recompensas consideradas, las hijuelas de baja, o la reserva de otros bienes a los

45. “La partición realizada por el causante con su hijo constituye una transferencia de dominio a título gratuito con reserva de usufructo, que debe ser colacionada por encubrir una donación” (CNCiv., Sala M, 9/10/2007, “Santillán, Rosa c/ Santillán Estrugamou, Fernando” [La Ley, 25/6/2008 {t. 2008-D, p. 118}, *Doctrina Judicial*, 15/10/2008, cita online AR/JUR/6808/2007 {con notas de Francisco A. FERRER, “La colación y la partición hereditaria” y “Sobre algunos aspectos de la colación, el artículo 3604 del Código Civil y la partición hereditaria”, citas online AR/DOC/1569/2008 y AR/DOC/2135/2008}}).

46. Ibídem: “... toda vez que la simulación invocada en la demanda no constituye sino una vía para obtener la colación pretendida, cabe puntualizar que la existencia de simulación no provoca en la especie la ineficacia del acto de disposición a favor del heredero, aunque pudiese sustentar la anulabilidad del acto aparente (art. 1045 CC). Ello así porque el heredero que impugna el acto de enajenación que encubre una donación invoca en realidad la simulación, no para obtener la nulidad de la enajenación, sino la inoponibilidad de la causa aparente que la funda (art. 501 CC), lo que constituye un caso de conversión del negocio o acto ineficaz, a partir de una concepción objetiva (art. 958 CC)”.

restantes comuneros, entre otros, como deber de diligencia del adquirente para ser de buena fe.

También podrá dejarse constancia de estas circunstancias en una escritura complementaria, con la declaración de los restantes comuneros, y eventualmente la ratificación de tal partición a los efectos de dar la forma notarial. Pero no debe perderse de vista que la adjudicación de un bien en particular no requiere como condición de validez transcribir el contrato de partición total o parcial en forma íntegra ni su incorporación al protocolo. Basta que todos los comuneros plenamente capaces den cuenta del mismo, ratificando su existencia, y declarando haber recibido en sus lotes bienes en valores equivalentes, o haber previsto las compensaciones de cargas y recompensas, colación de deudas, o reserva de bienes a partir en su favor, sin ser exigible su individualización en particular ni su avalúo. En este segundo supuesto, la declaración de los restantes copartícipes –al igual que la del vendedor que dice haber recibido el precio y comprador que declara haber recibido la posesión– será el mínimo recaudo para constituir la buena fe del adquirente del adjudicatario.

Para desvirtuar la presunción de buena fe de tal declaración, el tercer interesado deberá solicitar la resolución judicial que declare su nulidad por simulación o fraude. El adquirente del adjudicatario estará a la sola declaración de los restantes copartícipes de la existencia de lotes de valores equivalentes, aún en forma genérica, en aras al principio de buena fe (arts. 10, 961 y 1061 CCCN), y no le será oponible esta nulidad si no se ha sustanciado la acción judicial respectiva y anoticiado medidas cautelares al momento del acto de disposición a título oneroso.

7. Conclusión

- El título de adjudicación de un inmueble a un solo comunero por partición privada, o la partición parcial de la indivisión hereditaria o poscomunitaria, es perfecto y no es observable en sí mismo.
- Su nulidad por vicios del acto jurídico o recomposición de la masa, requiere sustanciación judicial en los términos de los artículos 383 y 2408 CCCN.
- No puede presumirse un vicio no ostensible cuando fue otorgado por unanimidad de los comuneros plenamente capaces, aun cuando no hayan explicitado en la escritura pública las restantes adjudicaciones de la partición privada o judicial.
- La reducción de la renuncia de un copartícipe en el contrato partitivo mixto por sus herederos legitimarios no tiene efecto reipersecutorio por no ser su objeto un bien registrable, sino el derecho personal a atribuirse bienes y asumir pasivos de la indivisión en la partición.
- Elementales normas de interpretación contractual imponen que los terceros deben estar la voluntad de las partes de partir, y no se puede inferir el encubrimiento o simulación de una donación de bien registrable sin la correspondiente declaración judicial.

8. Bibliografía

- ARIANNA, Carlos A., “Las reformas en materia de partición de herencia”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 9/11/2016 (t. 2016-F, p. 709), cita online AR/DOC/2928/2016.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, 5ª ed.
- CAPPARELLI, Julio C., “¿Cesión de derechos hereditarios o partición?”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 20/2/2014 (t. 2014-A, p. 374), y en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2014-abril, p. 125, cita online AR/DOC/331/2014.
- CESARETTI, María y CESARETTI, Oscar D., “El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación” [online], en *Revista del Notariado*, N° 918, 2015, <https://goo.gl/XbRg8T>.
- CÓRDOBA, Marcos A. y FERRER, Francisco A. M., *Práctica del derecho sucesorio*, Buenos Aires, Astrea, 2016.
- COSTANZO, Mariano y POSTERARO SÁNCHEZ, Leandro N., [comentario al art. 2363], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 8, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 64-75.
- FERRER, Francisco A. M., “La partición mixta de herencia”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 23/11/2016 (t. 2016-F, p. 886, cita online AR/DOC/3623/2016).
- [comentario a los arts. 2293-2294], en Alterini, Jorge H. (dir.) y Alterini, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 11, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 161-176.
- “Sobre algunos aspectos de la colación, el artículo 3604 del Código Civil y la partición hereditaria”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 15/10/2008 (t. 2008-2, p. 1672), cita online AR/DOC/2135/2008.
- “La colación y la partición hereditaria”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 25/6/2008 (t. 2008-D, p. 117), cita online AR/DOC/1569/2008.
- LAMBER, Néstor D., “Partición”, en Lamber, Rubén A., *Cuadernos de Apuntes Notariales*, La Plata, Fundación Editora Notarial, N° 133, pp. 24-26.
- MAZZINGHI, Jorge A. M., “La partición de la herencia realizada por ascendientes. Novedades y conflictos a partir de la sanción del Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 19/12/2016, cita online AR/DOC/3739/2016
- PÉREZ LASALA, José L., *Tratado de las sucesiones*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2008.
- ZAVALA, Gastón A. (con la colab. de WEISS, Karen M.), [comentario al art. 2294], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 931-938.

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

Análisis en relación a la Ley Notarial 404

María Mercedes Linari

Nadia Soledad Parra

RdN 929

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación

25/6/2017 - 29/7/2017

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

1. Introducción

El propósito de este trabajo es reflexionar acerca de las modificaciones de forma introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCCN” o “el nuevo Código”) en las secciones de instrumentos públicos y escrituras públicas en relación con la Ley Orgánica Notarial 404 de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, “Ley 404”)¹ y su reglamentación, el Decreto 1624/GCABA/2000 (en adelante,

1. Reguladora de la función notarial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada por la Legislatura Porteña el 15/6/2000, promulgada el 12/7/2000 y publicada en el BO N° 990, del 24/7/2000, modificada por

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

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

2. Salvados

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

Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas.

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

La escritura debe contener: [...] e) las enmiendas, testados, borraduras, entrelíneas, u otras modificaciones efectuadas al instrumento en partes esenciales, que deben ser realizadas de puño y letra del escribano y antes de la firma.

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

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

las Leyes 501, 1221, 1339, 1541 y 3933. [N. del E.: en <https://goo.gl/VpviB3> se encuentra la versión ordenada por el CEDOM {Centro Documental de Información y Archivo Legislativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires}].

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

3. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES [con la coordinación de ROSIN DE ALLENDE, Elsa], *Vademécum. Inspección de Protocolos Notariales 2011*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2011, p. 60.

En cuanto a lo que debe realizarse de puño y letra, se refiere al salvado en sí mismo y no a la enmienda en el texto; estas podrán efectuarse con máquina o en forma manuscrita.⁴ Y, por último, se admite la corrección reiterada de la misma palabra, indicando el número de veces en que se efectuó; por ejemplo: *S/R: 7 veces María. Vale.*⁵

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

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

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

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

Según la Resolución 844/2000 del Consejo Directivo del CECBA⁸ y en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo 62, el Departamento de Inspección de Protocolos, el de Legalizaciones y cualquier otra autoridad del CECBA que advierta dificultades en la lectura de un documento podrá formular la observación correspondiente. En referencia a la impresión, el CECBA prohibió el uso de impresora láser por ser altamente vulnerable en cuanto a la perdurabilidad; y en cuanto a la tinta, sea

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

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

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

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

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

por medios mecánicos o manuscritos, debe utilizarse tinta líquida de color negro o azul negro fijo, mediante pluma fuente o esferógrafo, quedando prohibidas las tintas a base de grasa.⁹

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

Se prohíbe la utilización de elementos o procedimientos de impresión que puedan sobreponerse a la grafía impresa en los documentos y no garanticen la perdurabilidad de la redacción del mismo y su eventual corrección –por ejemplo, los correctores líquidos–.¹⁰

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

El soporte del documento podrá ser de cualquier naturaleza admitida por la legislación vigente y aprobada por el Colegio de Escribanos, siempre que garantice perdurabilidad, accesibilidad, significado unívoco y posibilidad de detectar cualquier modificación que se introdujera a posteriori de las firmas de las partes y del escribano autorizante.

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

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

4. Pluralidad de otorgantes

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

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

10. El ejemplo nos pertenece.

enuncia la posibilidad de dejar dicha constancia por nota marginal o en la misma escritura:

En el caso de pluralidad de otorgantes que suscribieren la escritura en distintas horas del mismo día, en los términos del artículo 80 de la ley, se podrá consignar la constancia respectiva en la misma escritura o por nota marginal. El escribano deberá leer la escritura a cada otorgante. Si la escritura quedare sin efecto por no haber comparecido alguno de los previstos otorgantes, el escribano dejará constancia de ello y comunicará tal circunstancia a los que la hubieren suscripto.

5. Espacios en blanco. Abreviaturas

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

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

No se emplearán abreviaturas ni iniciales, excepto cuando:

- a) consten en los documentos que se transcriben;
- b) se trate de constancias de otros documentos;
- c) sean signos o abreviaturas científica o socialmente admitidos con sentido unívoco.

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

6. Guarismos

La segunda parte del artículo 303 CCCN expresa que

Pueden usarse números, excepto para las cantidades que se entregan en presencia del escribano y otras cantidades o datos que corresponden a elementos esenciales del acto jurídico.

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

El Código Civil solo exigía el empleo de palabras para las cantidades entregadas en presencia del escribano, mientras que el artículo citado amplía la exigencia a datos que correspondan a elementos esenciales. En este mismo sentido, la última parte del artículo 61 de la Ley 404 dispone:

No se utilizarán guarismos para expresar el número de escritura, su fecha, el precio o monto de la operación, las cantidades entregadas en presencia del escribano y condiciones de pago.

La segunda parte del artículo 38 del decreto reglamentario dice:

El impedimento para utilizar guarismos en la expresión del número de documentos matrices se refiere al que corresponde al encabezamiento de cada una de las escrituras que se autorizan o quedan sin efecto.

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

7. Estado de familia

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

En la Sección 5ª se siguen criterios conocidos.

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

Se encuentra incluido el estado de familia de los otorgantes, que ya exigía el artículo 1001 del Código Civil, pero con el agregado de que si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto: “la mención no solo forma parte de los elementos de individualización, sino que tiene efectos para el régimen matrimonial, sucesorio, etc.”.¹³ Asimismo, del artículo 77 (inc. a) de la Ley 404 se desprende que

12. [N. del E.: ver p. 44 del documento en <https://goo.gl/fVoMXS>].

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

Además de los requisitos formales, de contenido y de redacción impuestos por la legislación de fondo y por la presente u otras leyes especiales, las escrituras públicas deberán expresar: a) el orden de las nupcias y el nombre del cónyuge, cuando los sujetos negociales fueren casados, divorciados o viudos, cuando ello resultare relevante por la naturaleza del acto...

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

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

8. Persona jurídica

Si el otorgante es una persona jurídica, se debe dejar constancia de su denominación completa, domicilio social y datos de inscripción de su constitución si corresponde, tal como surge del artículo 305, inciso b), CCCN. Ello permite no solo la verificación de la existencia de la persona jurídica sino de la extensión de las facultades de representación de quienes intervienen. En este sentido, cabe destacar que el artículo 77 (inc. a) de la Ley 404 ya consagraba idéntico requisito.

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

9. Impresión digital

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

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

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

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

El artículo 79 de la Ley 404 ya establecía que

Redactada la escritura, presentes los otorgantes y, en su caso, los demás concurrentes y los testigos cuando se los hubiere requerido o lo exigiere la ley, tendrá lugar la lectura, firma y autorización, con arreglo a las siguientes normas: [...] c) si alguno de los comparecientes no supiere o no pudiere firmar, sin perjuicio de hacerlo a ruego otra persona, estampara su impresión digital, dejando constancia el notario del dedo a que correspondiere y los motivos que le hubieren imposibilitado firmar, con sujeción a la declaración del propio impedido. Si por cualquier circunstancia permanente o accidental, no pudiere tomarse de ningún modo la impresión digital el autorizante lo hará constar y dará razones del impedimento. El notario expresara nombre y apellido, edad, estado civil y vecindad del firmante a ruego y hará constar el medio de su identificación.

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

Para el estampado de la impresión digital a que alude el artículo 79 inciso c) de la ley, deberá utilizarse tinta indeleble de color negra o azul del tipo que establezca el Colegio de Escribanos.

10. Documentación habilitante

Del artículo 307 CCCN surge que

Si el otorgante de la escritura es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo, excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano. En caso de que los documentos habilitantes ya estén protocolizados en el registro del escribano interviniente, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año.

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

Sostiene Sierz que se ha omitido señalar la constatación del alcance de la representación y la vigencia de la misma.¹⁷ La Ley 404 contiene preceptos expuestos al respecto, en su artículo 78:

Procuraciones y documentos habilitantes:

a) Cuando los otorgantes actúen en nombre ajeno y en ejercicio de representación, el notario deberá proceder de acuerdo con lo establecido en el Código Civil y dejar constancia en la escritura de los datos relativos al lugar y fecha de otorgamiento del documento habilitante, del nombre del funcionario que intervino o folio del protocolo, demarcación y número del registro notarial, si el documento constare en escritura, y de cualquier otra mención que permitiere establecer la ubicación del original y los datos registrales, cuando fueren obligatorios.

17. *Ibidem*, p. 49.

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

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

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

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

11. Conclusiones

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

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

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

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

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

los beneficios que ofrecen en términos de seguridad, tiempo y economía, incluso desde antes de la sanción del nuevo Código.

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

12. Bibliografía

- COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES [con la coordinación de Rosin de Allende, Elsa], *Vademécum. Inspección de Protocolos Notariales 2011*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2011.
- HIGHTON, Elena I, KEMELMAJER, Aída y LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, [s. e.], 2012.
- ORELLE, José M. R., [comentario a los arts. 294, 305 y 307], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 2 (dir. tomo: José W. Tobías), Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2016, 2ª ed.
- SIERZ, Susana V., *Nuevo Código Civil unificado. Doctrina y modelos. Instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015.

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

Gastón A. Mirkin

Pilar M. Rodríguez Acquarone

Diego M. Umaschi

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación

10/8/2017 - 11/9/2017

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Introducción

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

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

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

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

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

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

Luego, analizaremos los distintos escenarios posibles en caso de fallecimiento de un socio de una sociedad por acciones simplificada con cláusula de prohibición de transferir. Dentro de ese marco, nos preguntaremos si, ante el silencio del instrumento constitutivo de la sociedad por acciones simplificada, se aplica por analogía el régimen de las acciones de la sociedad anónima o de las cuotas de la sociedad de responsabilidad limitada, y acerca de la validez de las cláusulas del instrumento

Buenos Aires, La Ley, 21/4/2017 (t. 2017-B, p. 991, cita online: AR/DOC/1012/2017); ROVIRA, Alfredo L., “Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades. Régimen de sociedad anónima simplificada”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 17/10/2016 (t. 2016-F, p. 515, cita online: AR/DOC/3074/2016); VERÓN, Alberto V., “La sociedad por acciones simplificada de la Ley 27349”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 25/4/2017 (t. 2017-B, p. 1018, cita online: AR/DOC/1027/2017); VÍTOLO, Daniel R., “La sociedad anónima simplificada (SAS)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/10/2016 (t. 2016-E, p. 1134, cita online: AR/DOC/3076/2016).

2. Al respecto, ver FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h) y SPAGNOLO, Lucía, “Prevención de conflictos societarios en el Código Civil y Comercial. «Pactos de socios» y «pactos de protocolo»”, en AA. VV., *Cuestiones actuales y controvertidas de derecho societario, concursal y del consumidor*, Buenos Aires, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2017, pp. 401-406. [N. del E.: el lector podrá cfr. una versión digital de esta ponencia en <https://goo.gl/73mntS> {fuente: web de los autores} {última consulta: 18/10/2017}].

constitutivo referidas a la incorporación de herederos a las sociedades por acciones simplificadas.

A continuación, desarrollaremos el uso del fideicomiso testamentario como vehículo jurídico para transmitir fiduciariamente los derechos políticos de las acciones propiedad del socio que luego fallece.

Por último, analizaremos si la inclusión del instituto de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales (*squeeze out*) en el instrumento constitutivo de las sociedades acciones simplificadas ofrece una alternativa o complemento para dar solución al caso bajo análisis.

2. Descripción de las sociedades por acciones simplificadas

El artículo 33 de la Ley 27349 crea un nuevo tipo societario no incluido en el régimen de la Ley 19550: la ley lo denomina sociedad por acciones simplificada. La propia normativa le fija sus características y alcances, sin perjuicio de aplicarse supletoriamente las disposiciones de la Ley 19550, en cuanto se concilien con la Ley 27349.³

La referencia a que la supletoriedad de las disposiciones de la Ley 19550 aplica “en cuanto se concilien con las de esta ley”⁴ otorga cierta complejidad a la cuestión, y no hace posible una aplicación supletoria automática. La organización jurídica interna de la sociedad por acciones simplificada se regula de forma supletoria por las normas de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 49, Ley 27349), como así también las pautas que regulan los deberes, obligaciones y responsabilidad de los administradores y representantes (art. 52, Ley 27349).

Es dable destacar que no se advierte que la Ley 19550 disponga aplicación supletoria de normas de la sociedad anónima para la sociedad de responsabilidad limitada ni tampoco dice que se aplica el CCCN en lo que concierne a la persona jurídica. Más allá que la Ley 27349 fue posterior a la vigencia del nuevo Código, el artículo 150, inciso a) de esta última dispone que las personas jurídicas privadas (la sociedad por acciones simplificada lo es) se rigen por las normas de la ley especial o, en su defecto, por normas del CCCN. Compartimos con Molina Sandoval la idea de que el criterio de aplicación normativo debe interpretarse conforme el siguiente orden de prelación:

- a) la Ley 27349;
- b) el instrumento constitutivo;
- c) supletoriamente, la Ley 19550⁵;
- d) en lo relacionado con “organización interna” y “órgano de administración”, las normas de la sociedad de responsabilidad limitada;
- e) si no lo regula la sociedad de responsabilidad limitada, debe determinarse si se pueden aplicar las normas de la sociedad anónima (por analogía) o directamente se debe abreviar la solución en los principios generales de la Ley 19550; y
- f) supletoriamente, el CCCN.⁶

3. VERÓN, Alberto V., ob. cit. (cfr. nota 1).

4. Refiere a la Ley 27349.

5. P.ej., en cuanto a las “acciones”, la Ley 27349 no remite expresamente a la Ley 19550, pero se puede interpretar que se aplican sus arts. 207-226.

6. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 1).

La sociedad por acciones simplificada cuenta con ciertos beneficios característicos tendientes a darle celeridad y dinamismo en su constitución y funcionamiento.⁷ Aunque la Ley 27349 es una ley especial que crea y regula este nuevo tipo societario de manera independiente, pretendiendo su autoabastecimiento en muchos aspectos, remite –como hemos dicho *supra*– a la aplicación de las normas de la Ley 19550.⁸

El dictado de la Ley 27349 no provino de un cambio legislativo impulsado por el derecho societario, sino como un recurso más en un paquete de promoción de la industria de los emprendedores (una ley que contempla líneas de créditos, la definición de un mecanismo para el acceso al mercado de capitales) a través de plataformas digitales, controladas por la Comisión Nacional de Valores, y la incorporación de la sociedad por acciones simplificada.⁹

Se ha dicho que este nuevo tipo societario consiste en un instituto jurídico y económico híbrido que está conformado –combinadamente– por instrumentos propios de las sociedades por acciones (en cuanto al capital que se divide en partes denominadas acciones, art. 40) y de las sociedades de responsabilidad limitada (en cuanto a la organización, gobierno y fiscalización, art. 49).¹⁰

La Ley 27349 buscó crear una estructura simple y de rápida puesta en funcionamiento con el fin de facilitar los emprendimientos de capital emprendedor.¹¹ La sociedad por acciones simplificada reitera algunas ventajas propias de la sociedad de responsabilidad limitada: no hay edictos para convocar a la reunión de socios, los administradores pueden durar en sus cargos en forma indefinida, no está sujeta al control de la Inspección General de Justicia ni deben presentar sus balances ante dicho organismo y pueden excluir a un socio por inconductas.

También reproduce ventajas de la sociedad anónima: la división del capital en acciones, que pueden ser de diversas clases y derechos, el mejor estatus comercial al poder optar contractualmente por crear un “presidente” del “directorio”, la confidencialidad sobre quiénes son sus dueños y el control del ingreso de socios, embargos y prendas sobre las acciones, ya que todo se anota en el libro de registro de acciones que lleva la propia sociedad (sin tener publicidad ante terceros), la ausencia de un límite a la cantidad de socios y que el capital social pueda ser superior a los diez millones sin quedar sujeta a la fiscalización permanente de la IGJ.¹²

7. Entre otros, resumimos los siguientes beneficios: a) objeto social amplio; b) puede ser unipersonal; c) capital mínimo de dos salarios básicos; d) obtener una CUIT o CDI en veinticuatro horas; e) sistemas de firma, libros y poderes digitales, f) distinta prima de emisión en misma clase de acciones; y g) apertura de cuenta bancaria de forma rápida y sencilla.

8. BENSEÑOR, Norberto R. y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Sociedades por acciones simplificadas. Un nuevo tipo social”, en AA. VV., *LXXXIII Seminario teórico práctico Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2017, p. 35.

9. HERS, Liliana, ob. cit. (cfr. nota 1).

10. BENSEÑOR, Norberto R. y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., ob. cit. (cfr. nota 8), p. 37.

11. VÍTOLO, Daniel R., *Ley 27349 comentada. Apoyo al capital emprendedor. Sociedad por acciones simplificada (SAS). Cuadro comparativo con la Ley 19550 y el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2017, p. 24.

12. Ver FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “¿Cuál es el tipo social más adecuado para las PyMEs: la SRL, la sociedad anónima o la nueva «sociedad por acciones simplificada»?”, en *elDial.com. Biblioteca Jurídica Online*, Buenos Aires, Albremática, 12/6/2017 (cita online: DC2348).

Cabe destacar que el art. 2 del anexo A de la Resolución General IGJ 6/2017 (26/7/2017), que aprobó las normas de la Inspección General de Justicia relativas a las sociedades por acciones simplificadas, sobre este punto expresa en su art. 2: “Con respecto a la SAS esta Inspección General tendrá a su cargo exclusivamente funcio-

En base al principio de la autonomía de la voluntad, en las sociedades por acciones simplificadas se da preponderancia a la libertad de creación de sociedades, su constitución y regulación contractual. En este contexto, los socios pueden establecer las funciones de los administradores y la forma de reunirse. Se pueden celebrar reuniones a distancia y citar a los administradores por medios electrónicos. También se permite la auto convocatoria del órgano de administración y de gobierno, siendo válidas las decisiones si cuenta, con quórum de la totalidad de los socios y el temario es aprobado por mayoría en el caso del órgano de administración y por unanimidad en el caso del órgano de gobierno.¹³

Sin perjuicio de la mencionada autonomía de la voluntad, el régimen de las sociedades por acciones simplificadas da un plexo normativo que se impone en forma imperativa en ciertas cuestiones consideradas necesarias; en el resto, las regula en forma supletoria o directamente no dice nada. De esta forma, los socios tienen libertad para redactar cláusulas especiales, las que darán un valor agregado a la sociedad o, alternativamente, pueden hacer uso de un estatuto tipo y así beneficiarse de la rapidez de la registración, resignando especificidad por rapidez.¹⁴

Compartimos la opinión de Benseñor en cuanto a que las sociedades por acciones simplificadas no están sometidas a fiscalización en ningún caso, ni siquiera cuando su capital supere los \$ 10 millones (art. 299 inc. 2, Ley 19550).¹⁵ De esta forma, se reabre el debate sobre la conveniencia de crear tipos societarios con normas imperativas o flexibles, en las que los socios pueden establecer las normas que regularán la vida societaria pudiendo negociar con mayor libertad el contrato plurilateral de organización.¹⁶

Vítolo, en su obra sobre la Ley 27349 comentada, ha manifestado que la construcción de un tipo societario híbrido combinando elementos de las sociedades por cuotas sociales y de las sociedades por acciones es desaconsejable por los inconvenientes que pueden presentarse en materia de interpretación y aplicación de la ley y que por ello, sería aconsejable la búsqueda de alguna estructura que tenga como base a la sociedad anónima pero que flexibilice su constitución y operatividad, lo que se lograría con la incorporación al texto de la Ley 19550 del subtipo social de sociedad anónima cerrada;¹⁷ algo por lo que la doctrina ha venido bregando.¹⁸

Este nuevo tipo societario regulado por fuera de la Ley 19550 de características híbridas, con un capital fundacional irrisorio, donde los socios responden en forma

nes registrales. La SAS no estará sujeta a la fiscalización de esta autoridad de contralor durante su funcionamiento, disolución y liquidación, ni aún en los casos en que su capital social supere el previsto por el artículo 299 inc. 2, de la Ley General de Sociedades N° 19550 (t.o. 1984)”. Por su parte, conforme al art. 46 del anexo A, las sociedades por acciones simplificadas no presentarán sus estados contables ante la IGJ, aun en el supuesto de quedar comprendida en el art. 299, inc. 2, de la Ley 19550.

13. El art. 49 de la Ley 27349, última parte, propone un avance en cuanto al régimen de autoconvocatoria, admitiendo para el órgano de administración la aprobación del temario por mayoría, flexibilizando incluso la propuesta del CCCN (este último, en su art. 158, inc. b, requiere unanimidad para el quórum y unanimidad para aprobar el temario).

14. DUPRAT, Diego A. J., ob. cit. (cfr. nota 1).

15. BENSEÑOR, Norberto R. y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., ob. cit. (cfr. nota 8), p. 39.

16. DUPRAT, Diego A. J., ob. cit. (cfr. nota 1).

17. VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 32.

18. Ver referencias y antecedentes también en VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 1).

limitada por las obligaciones sociales, sin exigencia de fiscalización operativa alguna, no parece ser la herramienta más apta para el logro del fin buscado.¹⁹ Es claro que ante una exigencia de un capital mínimo de dos salarios mínimos quedarán desprotegidos los consumidores, los trabajadores, los acreedores involuntarios o incidentales, es decir, quienes no cuentan con herramientas para buscar cobertura mediante garantías adicionales.

En la creación de este nuevo tipo societario se tuvieron en cuenta los antecedentes en el derecho comparado: la ley francesa de sociedad anónima simplificada, la ley colombiana de sociedad por acciones simplificada del año 2008, la ley mexicana de sociedades por acciones simplificada del año 2016 y la ley chilena de 2007.²⁰ En los Estados Unidos de América existen variadas formas de sociedades de responsabilidad limitada, entre las que se incluyen la *limited liability company* y la *limited liability partnership*. Estas constituyen formas contractuales libres y abiertas a la autonomía de la voluntad, admitiendo que las mismas sean unipersonales. Es más, dichas formas ilustran cómo la libertad de formas en el derecho societario es más receptiva cuando se trata de sociedades cerradas o de familia, para reservar la sociedad por acciones fundamentalmente –aunque no exclusivamente– para las sociedades abiertas.²¹

3. Transmisión de acciones en la sociedad anónima y en la sociedad por acciones simplificadas

3.1. El régimen de la transmisión de acciones en las sociedades por acciones simplificadas

El régimen de transferencia de las acciones en las sociedades por acciones simplificadas está regulado en el artículo 48 de la Ley 27349:

Transferencia. La forma de negociación o transferencia de acciones será la prevista por el instrumento constitutivo, en el cual se podrá requerir que toda transferencia de acciones o de alguna clase de ellas cuente con la previa autorización de la reunión de socios. En caso de omisión de su tratamiento en el instrumento constitutivo, toda transferencia de acciones deberá ser notificada a la sociedad e inscrita en el respectivo Libro de Registro de Acciones a los fines de su oponibilidad respecto de terceros.

El instrumento constitutivo podrá estipular la prohibición de la transferencia de las acciones o de alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del plazo máximo de diez (10) años, contados a partir de la emisión. Este plazo podrá ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de diez (10) años, siempre que la respectiva decisión se adopte por el voto favorable de la totalidad del capital social.

Las restricciones o prohibiciones a las que están sujetas las acciones deberán registrarse en el Libro de Registro de Acciones. En las acciones cartulares deberán transcribirse, además, en los correspondientes títulos accionarios. Tratándose

19. VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 33.

20. Ídem, p. 25.

21. ROVIRA, Alfredo L., ob. cit. (cfr. nota 1).

de acciones escriturales, dichas restricciones deberán constar en los comprobantes que se emitan.

Toda negociación o transferencia de acciones que no se ajuste a lo previsto en el instrumento constitutivo es de ningún valor.

Del análisis comparativo de este artículo con el artículo 214 de la Ley 19550 –que trata lo referente a la transferencia de las acciones en la sociedad anónima– se desprende que existe una importante diferencia entre la regulación del régimen de transferencia de acciones de las sociedades anónimas y las sociedades por acciones simplificadas: la potestad de prever en el instrumento constitutivo de las sociedades por acciones simplificadas restricciones a la libre transferencia y circulación de las acciones, inclusive prohibir dichas operaciones.

Con buen criterio, la norma dispone que la vigencia de la restricción no puede exceder los diez años, contados a partir de la emisión. La norma permite que este plazo máximo pueda ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de diez años, con la única exigencia que esta decisión sea adoptada por la totalidad del capital social. Destacamos que esta expresa autorización a prorrogar el plazo máximo no se encuentra previsto, por ejemplo, en los casos de dominio revocable sujeto a condición resolutoria y de indivisión de la herencia impuesta por el testador (arts. 1965 y 2330 CCCN).

Como regla general, el artículo 48 de la Ley 27349 señala que la forma de transferencia o negociación de las acciones se regirá por lo dispuesto en el instrumento constitutivo, en el cual se podrá requerir que toda transferencia de acciones o de alguna clase de ellas cuente con la previa autorización de la reunión de socios. Ahora bien, apartándose de las disposiciones contenidas en la Ley 19550 en sus artículos 153 y 214, en el caso de las sociedades por acciones simplificadas el instrumento constitutivo podrá prohibir la transferencia de las acciones o de alguna de sus clases, siempre que el plazo de la restricción no exceda los diez años, contados a partir de la emisión. Este plazo podrá ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de diez años, siempre que la decisión se adopte por el voto favorable de la totalidad del capital social. En esto, la Ley 27349 ha seguido a la legislación francesa, al igual que lo ha hecho la legislación colombiana.²²

3.2. Régimen general de transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas

Todo lo referente a la transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas está regulado en el artículo 214 de la Ley 19550, el cual establece:

La transmisión de las acciones es libre. El estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de su transferencia.

La limitación deberá constar en el título o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos.

Desde un punto de vista historicista, se podría decir que la génesis de las acciones que representan el capital social de una sociedad anónima fue crear instrumentos

22. VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 11), pp. 208-209.

que tengan una ágil circulación. De allí que la figura y la estructura de la sociedad anónima fuera concebida por el legislador como el modelo jurídico aplicable a la gran empresa industrial o de servicios. Empero, se ha adoptado a la sociedad anónima junto con la sociedad de responsabilidad limitada como los tipos societarios bajo los cuales se han llevado a cabo emprendimientos de envergadura mediana o pequeña, y en los que originariamente la acción no está concebida como un modo de circulación del capital sino más bien como una fracción de participación en dicho emprendimiento.²³

En el ámbito de la sociedad anónima, la circulación de la acción es una característica esencial y un rasgo tipificante de este tipo de sociedades. Como principio general, la transmisión de las acciones es libre, es decir, exenta de conformidades de los restantes accionistas u órganos de la sociedad. No obstante, tratándose de acciones nominativas o escriturales, se pueden imponer restricciones a su transmisibilidad, siempre que las restricciones no importen prohibir su transferencia.²⁴

La doctrina ha aceptado la validez de las cláusulas limitativas a la transferencia de las acciones de las sociedades anónimas, pese al principio teórico de la transmisibilidad fundado en la naturaleza *intuitu pecuniae* y no *intuitu personae* de este tipo societario.²⁵ El fundamento de permitir la limitación a la transferencia de las acciones de la sociedad anónima está dado para preservar las características de las sociedades anónimas llamadas cerradas, donde no permitir cierta limitación a la transferencia puede alterar la hegemonía en la conducción de la sociedad que fue concebida a su constitución o, al decir del profesor Halperin,²⁶ evitar el ingreso de accionistas con interés contrario.

Es dable destacar que, con el objeto de mantener la validez de las cláusulas de limitación a la transmisión de las acciones de las sociedades anónimas, es necesario que las mismas no impongan tantos obstáculos que en los hechos impidan la circulación de los títulos. Tampoco puede estar subordinada la transferencia de las acciones a la conformidad de determinados sujetos (ya sea los restantes accionistas o los órganos de gobierno o administración de la sociedad) si la decisión de los mismos resulta arbitraria, basada en la sola voluntad de ellos. Ello por cuanto, en esas hipótesis, constituiría un claro ejercicio abusivo de las facultades estatutarias, desviado del fin para el cual fueron otorgadas, y fulminado por lo dispuesto en el artículo 1071 del Código Civil (CCIV) –hoy artículo 10 CCCN–.²⁷

La ley es clara en cuanto a que las cláusulas que limitan la circulación de las acciones son inoponibles a los terceros si estas no constan en el título. Ello a fin de

23. VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 207.

24. NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades comentada*, t. 3, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2017, p. 26.

25. Ver: GAGLIARDO, Mariano, "Restricciones a la libre transmisión de acciones", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, Nº 78 (t. 1980, pp. 685-696); HALPERIN, Isaac, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 285 y ss.; ZALDÍVAR, Enrique y otros, *Cuadernos de derecho societario*, t. 3, Buenos Aires, Macchi, 1973, p. 228; y

26. HALPERIN, Isaac, ob. cit. (cfr. nota 25), p. 287. Ver, asimismo, CAPUTO, Francisco A., "Sociedades de componentes. Limitación a la transmisibilidad de acciones", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, t. 3 (1990-1991), pp. 292-296 (comentario a CNCom., Sala C, 30/11/1989, "Pérez, Manuel c/ Transporte del Tejar SA").

27. NISSEN, Ricardo A., ob. cit. (cfr. nota 24), p. 27.

otorgar publicidad a las acciones con el objeto de evitar que el tercero de buena fe pueda ser sorprendido si se declara nula la adquisición de las acciones en base a la falta de cumplimiento del procedimiento previsto por el estatuto para la transferencia de las acciones. En mérito de ello, se recomienda incorporar en el estatuto la cláusula de limitación de transferencia de las acciones, pues de esta forma los terceros no pueden desconocer su existencia.²⁸

3.3. Limitación a la transferencia de acciones de sociedades anónimas y las transmisiones por causa de fallecimiento de un accionista

En relación con el eje central del presente artículo, corresponde ahora analizar el régimen de la limitación a la transferencia de acciones de sociedades anónimas y los efectos que se producen respecto a las transmisiones por causa de fallecimiento de un accionista.

El profesor Nissen ha dicho que la posibilidad de restringir estatutariamente la libre circulación de acciones nominativas o escriturales no queda circunscripta a las transferencias entre vivos, pues el artículo 214 de la Ley 19550 no impone semejante limitación. Ni la doctrina nacional ni la extranjera han limitado la posibilidad de restringir la circulación de las acciones a los actos entre vivos.²⁹ No obstante, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la Inspección General de Justicia le negó a la sociedad El Chañar SA la inscripción de una cláusula estatutaria que otorgaba a los accionistas supérstites o a la sociedad el derecho de preferencia para la adquisición de las acciones de las que era titular el accionista fallecido. La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial revocó dicha negativa de inscripción de la Inspección General de Justicia y dispuso que debían respetarse los límites del ejercicio de tal procedimiento, y si no se ejercita tal derecho en un plazo establecido, el heredero o el legatario deberá ser reconocido como accionista. En dicho fallo, la Cámara agregó que no existen obstáculos para admitir cláusulas como las descriptas siempre que el precio a abonar por las acciones sea justo.³⁰

Esta limitación a las transmisiones *mortis causa* en forma alguna priva a los herederos del causante de bienes que le perteneciera en vida, sino que solo se liquida su participación accionaria y se asegura a los herederos que recibirán el valor real de las acciones, calculado a la muerte del causante.

En el ámbito del derecho español, el Real Decreto Legislativo 1564/1989 consagraba expresamente la posibilidad de restringir la circulación de acciones de una sociedad anónima ante la transferencia *mortis causa*.³¹

28. Ver el voto del juez Anaya en CNCom., Sala C, 22/9/1982, "Sánchez, Carlos J. c/ Banco Avellaneda SA y otros" (*La Ley*, t. 1983-B, p. 256; *Jurisprudencia Argentina*, t. 1982-IV, p. 642), en el que se resuelve la validez de los pactos de sindicación de acciones pero su inoponibilidad frente a la sociedad y a los terceros.

29. NISSEN, Ricardo A., ob. cit. (cfr. nota 24), p. 29.

30. Ver Resolución IGJ XXXX (30/3/1993), expediente 477.077/38.697; y CNCom., Sala B, 27/10/1993, "El Chañar SA" (*El Derecho*, t. 157, p. 424; *La Ley*, t. 1994-D, p. 275; *Doctrina Judicial*, t. 1994-2, p. 888, cita online: AR/JUR/782/1993).

31. Art. 64, Real Decreto Legislativo 1564/1989 (del 22/12/1989, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951): "1. Las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones sólo serán aplicables a las adquisiciones por causa de muerte, cuando así lo establezcan expresamente los propios estatutos. En este supuesto, para rechazar la inscripción de la transmisión en el libro de registro de

3.4. La injerencia del artículo 1010 en relación a la limitación a las transmisiones de acciones *mortis causa*

Entendemos que en el marco del artículo 1010 CCCN este debate doctrinario y jurisprudencial ha quedado superado en razón de que dicho artículo expresamente autoriza los pactos sobre herencia futura en relación con participaciones en sociedades. Dicho artículo reza:

Artículo 1010. Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

El nuevo Código mantiene el principio general de la prohibición de pactos sobre herencia futura.³² El contrato de herencia futura es una estipulación sobre un derecho futuro.³³ La prohibición férrea que regulaba el CCIV, aunque mantiene la regla general, se ha visto morigerada con la incorporación de excepciones, haciendo posible algunos contratos sobre herencia futura.

Si bien no es el tema medular de este trabajo, mencionamos someramente los diversos pactos sobre herencia futura:³⁴

- a) *Pacto dispositivo*. Son contratos que realizan los futuros herederos con terceros, por los cuales disponen contractualmente de bienes que eventualmente pudieran corresponderle al contratante a la muerte del causante. Están prohibidos por el artículo 1010, sean sobre la herencia o sobre un bien determinado.
- b) *Pacto institutivo*. Pacto por el cual el futuro causante instituye contractualmente a alguien como heredero o legatario. Se prohíbe este pacto en razón de la prohibición de testamentos recíprocos (art. 2465, 2º párrafo, CCCN)³⁵ y además por el hecho de que la institución hereditaria solo puede ser hecha por testamento conforme el artículo 2484 CCCN. En esto se distingue el contrato sobre herencia futura del acto unilateral que es el testamento. El testamento es

acciones nominativas, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor real en el momento en que se solicitó su inscripción, de acuerdo con lo previsto por el artículo 75...?

32. Herencia futura es aquella no deferida que todavía no tiene causante. En este contrato quien supuestamente será llamado a suceder no tiene todavía ningún derecho porque aún subsiste el causante por no haber fallecido.

33. SPOTA, Alberto G. (y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. [actualizador]), *Contratos. Instituciones de derecho civil*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 680.

34. Ver LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., [comentario al art. 1010], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 5, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016, pp. 334-343.

35. RIVERA, Julio C., [comentario al art. 1010], en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2014, pp. 514-515.

un acto de última voluntad, de tal modo que, si alguien otorga su testamento, al día siguiente puede revocarlo por otro testamento, y el que tiene eficacia es el último, en cuanto no resulten contradictorios esos actos jurídicos porque el testamento posterior revoca el anterior en la medida en que resulte incompatible con este otro (art. 2513 CCCN).³⁶

- c) *Pacto renunciativo*. Contrato por el cual el futuro heredero o legatario abdicca de los derechos que pudieran corresponderle en una herencia futura. Está prohibido por la misma razón que el pacto institutivo: porque la herencia no está deferida. El nuevo Código ratifica la prohibición de la renuncia a la herencia futura en el artículo 2286.

La falta de una regulación que armonice el derecho sucesorio con la realidad de las empresas familiares o cerradas ha impedido en oportunidades planificar a largo plazo por los conflictos personales que con frecuencia acompañan a las cuestiones hereditarias.³⁷

Conforme al artículo 1010 CCCN, se autorizan estos pactos entre el causante y futuros herederos, o terceros, o entre futuros herederos, cuando se busca mantener las explotaciones productivas o participaciones societarias, conservando la unidad de gestión empresarial como prevención o solución de conflictos eventuales.³⁸ Sobre este tipo de cuestiones, la jurisprudencia ha dicho:

- i) No constituye pacto sobre herencia futura el convenio por el cual se posterga la exigibilidad de una deuda hasta la muerte de un tercero de la que el deudor es heredero presunto, pues en tales términos el mismo constituye un supuesto de “cláusula de pago a mejor fortuna”.³⁹
- ii) La estipulación contenida en el contrato social sobre división de utilidades, en caso de fallecimiento de un socio, no puede considerarse una donación o una promesa de donación o un contrato sobre herencia futura.⁴⁰

4. Acerca de la razonabilidad del plazo de diez años

Corresponde analizar la razonabilidad del plazo máximo de diez años que fija el artículo 48 de la Ley 27349 para prohibir la transmisión de acciones de las sociedades por acciones simplificadas.⁴¹ En nuestra opinión, dicho plazo máximo de diez años es razonable al estar en sintonía con los diferentes plazos que fija el nuevo Código en

36. Respecto del art. 3828 CCIV, ver SPOTA, Alberto G. (y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. [actualizador]), ob. cit. (cfr. nota 33), p. 675.

37. Ver BENAVENTE, María I., “El objeto del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento especial “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos”, febrero 2015, p. 109 (cita online: AR/DOC/390/2015); también publicado en STIGLITZ, Rubén (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2015, pp. 189-202.

38. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit. (cfr. nota 34).

39. SCJ de Buenos Aires, 9/8/1966, “Calvo Vega, Vicente L. c/ Zuazo, Eduardo A.” (*El Derecho*, t. 16, 1966, pp. 682-683).

40. CNCom., Sala B, 15/7/1964, “Buscaglia de Soubie, Beatriz c/ Buscaglia, Juan e Hijos SRL” (*El Derecho*, t. 12, 1965, pp. 220-223).

41. El art. 48 de la Ley 27349 mencionado introduce una novedad en relación con los diez años que propone el CCCN en otros supuestos, ya que establece que “este plazo podrá ser prorrogado por períodos adicionales no

los casos de restricciones a los derechos en ciertas relaciones jurídicas. A continuación resumimos brevemente los distintos supuestos en los cuales el Código Civil y Comercial ha optado por fijar un plazo máximo de diez años:

- Condiciones resolutorias impuestas al dominio (art. 1965).
- Cláusulas de inenajenabilidad (art. 1972).
- Suspensión a la partición del condominio (art. 2000).
- Plazo de creación de créditos en hipotecas abiertas (art. 2189).
- Indivisión impuesta por el testador (art. 2330).
- Pacto de indivisión acordado por los herederos (art. 2331).
- Improcedencia de acción de reducción por donación inoficiosa (art. 2459).

5. La incorporación de herederos en las sociedades según los tipos societarios bajo la Ley 19550

Si bien el punto medular del presente trabajo radica en analizar los efectos del fallecimiento del socio de una sociedad por acciones simplificada sobre la que pesa una prohibición de transferencia de sus acciones, en el presente capítulo realizaremos un breve desarrollo sobre la incorporación de los herederos en caso de fallecimiento del socio en las sociedades colectiva, comandita simple, capital e industrial, en participación, sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada.

Mucho se ha escrito sobre esta cuestión.⁴² El fallecimiento de un socio produce diversos efectos, que dependen principalmente del tipo social del que se trate y de la cantidad de socios. Los efectos pueden ser:

- a) la resolución parcial del contrato con reducción del capital;

mayores de diez (10) años, siempre que la respectiva decisión se adopte por el voto favorable de la totalidad del capital social”.

42. A) Se recomienda especialmente la lectura del exhaustivo trabajo publicado por FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “La incorporación de los herederos del socio fallecido en las sociedades comerciales”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 293, 2012 (t. 24). [N. del E.: acceda a una versión digital del ensayo en <https://goo.gl/3WXXJX> {fuente: web de los autores} {última consulta: 19/10/2017}].

B) Asimismo, se recomienda ver, en la obra dirigida por Favier Dubois, Eduardo M. (h), *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993; ACQUARONE, María T., “Pactos de incorporación y exclusión de herederos”, p. 123; CÁMARA, Héctor, “Efectos de la muerte del socio sobre la sociedad comercial”, pp. 17-28; CESARETTI, Oscar D., “Convenios de incorporación de herederos”, p. 117.; NISSEN, Ricardo A., “Incorporación y exclusión de herederos”, p. 91; VÍTOLO, Daniel R., “La situación de los herederos en la SRL”, p. 161.

C) Ver también, en AA. VV., *X Congreso Argentino de Derecho Societario. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. 1, Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa, 2007; FRIDMAN, Susana A., “La autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato social”, pp. 253 y ss.; RICHARD, Efraín H., “Libertad asociativa y autonomía estatutaria”, pp. 327 y ss.; TOM, Walter R., “El nuevo régimen societario argentino debe permitir la libertad asociativa, respetando la autonomía de la voluntad”, pp. 341 y ss.

D) Finalmente, se sugiere ver también: FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Cláusulas de limitación a la transmisibilidad de las acciones”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, agosto 1989 (t. 2, pp. 248 y ss.); FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Limitaciones a la transmisibilidad de las acciones”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Transferencias y negocios sobre acciones*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pp. 153-160; SKIARSKI, Enrique M., “Retiro y fallecimiento de socios en las sociedades no constituidas regularmente”, en *Doctrina Tributaria*, Buenos Aires, Errepar, N° 338, mayo 2008 (t. 29, pp. 432-437); ZUNINO, Jorge O., *Disolución y liquidación*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 59.

- b) la disolución de la sociedad⁴³ por pérdida de la pluralidad de socios, si la misma no se transforma en sociedad anónima unipersonal, o, si no recompone la pluralidad en el término de tres meses, siempre que se tome la postura que entiende que la unipersonalidad sobreviviente es causal de disolución, en virtud de lo dispuesto por el artículo 163 inciso g) del CCCN y sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 94 bis de la Ley 19550, incorporado por la Ley 26994⁴⁴ para los tipos societarios que el artículo menciona;
- c) distintos escenarios respecto a los herederos.

Con respecto al punto (c) precedente, es habitual la incorporación de cláusulas que regulen la incorporación (o no) de herederos en la sociedad, prevean opciones de compra y venta recíprocas (con la inclusión del modo de valuar y abonar la participación social del causante a sus sucesores), incluyan derechos de preferencia en la compra de acciones, limitaciones a la transferencia de partes sociales, cuotas o acciones, etc. Otra cuestión compleja es determinar el momento desde el que el heredero está facultado para ejercer ciertos derechos del socio (v. gr., votar en las asambleas, impugnar decisiones asamblearias, etc.).

La cuestión a dirimir es si tales derechos se ejercen desde el momento del fallecimiento o debe verificarse una tramitación posterior para que accedan a tal legitimación.⁴⁵ También debe considerarse la situación del cónyuge del socio fallecido, quien recibe los bienes del causante como heredero (respecto de los bienes propios) y como copartícipe de la comunidad de bienes (respecto de los bienes gananciales).⁴⁶

Lamentablemente, la Ley 19550 no ha tratado el tema para cada tipo societario en forma detallada, sino que solo ha incluido ciertas normas aisladas respecto a algunos de los tipos sociales. A continuación, resumimos los principales puntos según los tipos societarios bajo la Ley 19550:

- a) **Sociedad anónima.** A falta de limitación contractual, el heredero ingresa como accionista sin resolución parcial alguna de la sociedad anónima.
- b) **Sociedad de responsabilidad limitada.** Conforme el artículo 155 de la Ley 19550, si el contrato social regula la incorporación de los herederos del socio,

43. Ver: DI CASTELNUOVO, Franco y FERNÁNDEZ COSSINI, Elda, “En torno a la unipersonalidad y las sociedades no constituidas según los tipos previstos y otros supuestos. Panorama actual” [online], en *Revista del Notariado*, N° 927, 2017, <https://goo.gl/74vzEs>; NISSEN, Ricardo A., “Debe limitarse la constitución y actuación de las sociedades unipersonales incorporadas a nuestra legislación a las «sociedades anónimas unipersonales»”, en Boquin, G., Nissen, R. A. y Vítolo, R. A. (dirs.), *Los aspectos empresarios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, Buenos Aires, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2015, pp. 36-37; RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Personas jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, N° 920, 2016, <https://goo.gl/oJQ7yF>.

44. El art. 94 bis de la Ley 19550 dispone: “La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres (3) meses”.

45. El desarrollo de esta temática excede el alcance del presente trabajo y, por ende, remitimos al excelente trabajo de BARREIRO, Marcelo G., “El ejercicio de los derechos del accionista en ocasión de su muerte”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 349, diciembre 2016, p. 1267.

46. Sobre la discusión en cuanto al carácter ganancial o propio de las reservas y demás resultados acumulados, ver FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “La financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 7/6/2010 (t. 2010-C, pp. 1225 y ss; cita online: AR/DOC/4597/2010).

dicho pacto será obligatorio para éstos y para los socios. Sin perjuicio de ello, la norma permite al heredero enajenar las cuotas, y si hubiera limitaciones contractuales, solo podrá hacerlo durante los primeros tres meses desde la incorporación, pudiendo ejercer los socios o la sociedad un derecho de opción por el mismo precio.

En caso de falta de previsión contractual, se discute en doctrina si el heredero igualmente ingresa a la sociedad (como en la sociedad anónima) o si no ingresa y se resuelve parcialmente el contrato (como en las sociedades de interés). El debate surge de las contradictorias interpretaciones “*contrario sensu*” de los artículos 89 y 155, ya que como el primero no menciona a la sociedad de responsabilidad limitada, no habría en ella resolución parcial, pero como el segundo exige pacto expreso para la incorporación, la falta de pacto obstaría a la incorporación resolviendo el contrato.

Algunos autores niegan la incorporación de los herederos porque consideran que debe primar la interpretación “*contrario sensu*” del artículo 155 y preservarse el “*affectio societatis*” existente.⁴⁷ Otros entienden que, por aplicación del principio general de libre transmisibilidad de las cuotas (art. 152), por tratarse de un tipo menos personalista y para evitar el conflicto y mantener el normal funcionamiento de la sociedad, el heredero debe ingresar.⁴⁸ Cierta parte de la doctrina ha dicho que, a falta de pacto, debe tratarse por analogía a la sociedad anónima.⁴⁹

- c) **Sociedad colectiva, en comandita simple, de capital e industria y en participación.** El artículo 90, primer párrafo, de la Ley 19550 establece que la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato en las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación. Empero, en su segundo párrafo permite el pacto de continuación con los herederos en la sociedad colectiva y en la comandita simple.

6. Efectos ante el fallecimiento de un socio de una sociedad por acciones simplificada con prohibición de transferencia

6.1. ¿Aplicación por analogía del régimen de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada?

Pasaremos a analizar el caso donde en el instrumento constitutivo de una sociedad por acciones simplificada se hubiera incluido, por ejemplo, una cláusula del siguiente tenor: “El titular de las acciones Clase B no podrá transferir sus acciones Clase B, por ningún título, durante el plazo de diez años a contar de la fecha de emisión de las acciones Clase B” (art. 48, Ley 27349).

En caso de fallecimiento del titular de las acciones Clase B, dado que la Ley 27349 nada prevé sobre los efectos jurídicos que se producen ante el deceso de un socio y que, en el ejemplo propuesto, el instrumento constitutivo tampoco regula la

47. NISSEN, Ricardo, ob. cit. (cfr. nota 42), p. 91.

48. CESARETTI, Oscar, ob. cit. (cfr. nota 42), p. 117; VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 42), p. 161.

49. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), ob. cit. (cfr. nota 42).

cuestión, nos vemos en la obligación de analizar si aplicará, por analogía, el régimen que prevé la Ley 19550 para las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

El artículo 49 de la Ley 27349 establece que los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización funcionarán de conformidad con las normas previstas en dicha ley, en el instrumento constitutivo y, supletoriamente, por las de la sociedad de responsabilidad limitada. Por su parte, el artículo 33 de la Ley 27349 prevé que supletoriamente serán de aplicación las disposiciones de la Ley 19550, en cuanto se concilien con las de la Ley 27349. Por su parte, el artículo 40 de la Ley 27349 dispone que el capital social se dividirá en partes denominadas acciones. Es decir, la Ley 27349 solo remite a la aplicación supletoria a la sociedad de responsabilidad limitada para el funcionamiento de los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización, pero nada dice respecto a la aplicación supletoria del régimen de creación y transmisión de las cuotas sociales que la Ley 19550 prevé para este tipo societario.

En nuestra opinión, por aplicación del artículo 33 de la Ley 27349 (remite genéricamente a la Ley 19550) y del artículo 40 de la Ley 27349 (dispone que el capital se divide en acciones), el régimen supletorio ante el fallecimiento de un socio de una sociedad por acciones simplificada debe ser el de la sociedad anónima. En mérito de ello, al producirse el fallecimiento, los herederos del causante se incorporarán como socios de la sociedad por acciones simplificada, con los mismos derechos y obligaciones que tenía el causante, como sucesores universales en los términos del artículo 400 del Código Civil y Comercial.

En razón de que los herederos son sujetos pasivos de las obligaciones vinculadas a los bienes que reciben del causante, entendemos que –siguiendo el ejemplo propuesto– si el fallecimiento se produce dentro de los diez años de vigencia de la prohibición de transferir las acciones, esta prohibición se mantendrá vigente en cabeza de los herederos hasta que se cumpla el plazo de diez años previsto contractualmente.

6.2. Validez de cláusulas sobre incorporación de herederos en el instrumento constitutivo de las sociedades por acciones simplificadas

Se admite pacíficamente en la doctrina que los socios de sociedades comerciales pueden prever en los contratos sociales cláusulas con el objeto de prever, entre otras cuestiones, limitaciones a la transferencia, el modo de valuar y pagar la parte del causante, y la exclusión o incorporación herederos y/o cónyuges. Sobre esta temática, el profesor Richard distingue tres tipos de normas legales organizativas: a) imperativas, b) dispositivas y c) interpretativas, destacando que solo las primeras imponen límites a la autonomía de la voluntad de los socios. Este autor también sostiene que las normas imperativas “implícitas” deben interpretarse restrictivamente.⁵⁰ Los socios poseen la facultad de introducir tales cláusulas, sea en el momento fundacional o con posterioridad por vía de la reforma del estatuto y con las mayorías correspondientes.⁵¹

Se listan a continuación ejemplos de posibles cláusulas que obligan a los herederos:

50. RICHARD, Efraín H., ob. cit. (cfr. nota 42), p. 330.

51. FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/8/2010 (t. 2010-E, p. 675; cita online: AR/DOC/5412/2010).

- a) detallar pautas para fijar el valor de la participación social del socio fallecido;
- b) incorporación de herederos, con o sin unificación de personería (art. 209 de la Ley 19550);
- c) incorporación de herederos sometiendo las acciones a indivisión forzosa por el plazo máximo de diez años;
- d) incorporación (o no) de cónyuge superviviente en caso de adjudicación de partes sociales en la liquidación de la comunidad ganancial.

Compartimos la opinión de Acquarone en el sentido de que estas cláusulas permiten, en algunos casos, programar la sucesión sin afectar las reglas de los pactos sobre herencia futura.⁵²

Dado que la doctrina ha permitido pacíficamente la utilización de este tipo de cláusulas para los tipos societarios de la Ley 19550, entendemos que sin dudas estas previsiones pueden incorporarse libremente en el instrumento constitutivo de las sociedades por acciones simplificadas, a la luz de la libertad de contratación que predomina en este nuevo tipo societario. Ello es así máxime cuando el artículo 48 de la Ley 27349 permite exigir que toda transferencia de acciones cuente con la previa autorización de los socios y también incluir la prohibición a la transferencia de las acciones (no pudiendo exceder los diez años contados desde la emisión de las acciones).

6.3. Cláusulas estatutarias que regulen el fallecimiento del socio con prohibición de transferencia de sus acciones

Tal como afirmamos en el punto precedente, es válido prever en el instrumento constitutivo de las sociedades por acciones simplificadas cláusulas tendientes a regular qué sucede en caso de fallecimiento de un socio. La cuestión a analizar en este punto es cómo regular en el supuesto de que se produzca el fallecimiento del socio –con cláusula de prohibición de transferencia de las acciones– durante el plazo de vigencia de dicha restricción.

Si el instrumento constitutivo prevé el tratamiento en detalle de las consecuencias ante el fallecimiento del socio, conforme la libertad de estructura orgánica de las sociedades por acciones simplificadas, debería en primer lugar estarse a lo estipulado por los socios en el instrumento constitutivo. Solo se recurriría a la Ley 27349, a la Ley 19550 o al Código Civil y Comercial en caso de silencio o ambigüedad en lo estipulado en el instrumento constitutivo.⁵³

Regular respecto de derechos que surtirán efecto luego del fallecimiento de una persona es adentrarnos en el campo de los “contratos sobre herencia futura”. La regla es que este tipo de contratos no son válidos, previendo el nuevo Código algunas pocas excepciones como por ejemplo la regulada en el segundo párrafo del artículo 1010 del nuevo Código, sobre convenciones respecto a participaciones. Dicha con-

52. ACQUARONE, María T., ob. cit. (cfr. nota 42), p. 123.

53. Entendemos que a la luz de la prelación normativa que fija el art. 150 CCCN, en primer lugar debería aplicarse el microsistema jurídico de las SAS, luego el subsistema de la Ley 19550 y en tercer lugar el CCCN. El art. 150 CCCN dispone: “Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título...”

vención (es decir, aquella que versa sobre qué sucedería con las acciones que incluyen una prohibición a su transferencia ante el fallecimiento de su titular) se encuentra dentro de la categoría de contratos sobre herencia futura. Por tal razón, a la luz del referido artículo 1010, entendemos que estos pactos son válidos.

Al ser la prohibición a la transferencia una de las grandes novedades en materia societaria de la Ley 27349 entendemos conveniente analizar esta cuestión a fin de anticipar desde la doctrina una opinión sobre cómo deberían interpretarse las normas y cláusulas en danza, pensando desde el punto de vista del interés de las partes en juego.

Con el objeto de realizar este análisis, imaginemos una sociedad por acciones simplificada de dos socios donde uno aporta el dinero (socio A) y el otro aporta su conocimiento (socio B), en la cual se incluye en el instrumento constitutivo una cláusula que prohíbe al socio B transferir sus acciones por diez años. El socio B está casado y tiene un hijo de veinte años. Si fuéramos a asesorar al socio A es posible que busquemos un mecanismo por el cual ante el fallecimiento del socio B –dentro del plazo de diez años–, el objetivo del socio A sea que no se incorporen los herederos de B en la sociedad, pero tampoco que el socio A (ni la sociedad) tenga la obligación de comprar las acciones a los herederos del socio B.

Sería una alternativa recomendable incluir en los instrumentos constitutivos una cláusula que disponga que al fallecer el socio B se transfieran a un fideicomiso de administración los derechos políticos sobre las acciones del socio B. Bajo este escenario, los herederos legales y/o instituidos por testamento solo recibirán los derechos económicos respecto a las acciones del socio B con prohibición a la transferencia, con cláusula de indivisión y prohibición de enajenar durante el plazo que reste el período de prohibición de transferencia de las acciones.

El contrato de fideicomiso debería prever que el fiduciario ejercerá el derecho de voto de las acciones del socio B en la misma forma que vote la mayoría de los demás accionistas. El plazo de dicho fideicomiso será por el plazo que reste el período de prohibición de transferencia de las acciones del socio B. También podría preverse otro plazo distinto, hasta el plazo máximo de 30 años que prevé el artículo 1668 del CCCN. Al vencimiento del plazo del fideicomiso se consolida el dominio de las acciones del socio B en los herederos.

Con el objeto de proteger a los herederos frente al potencial ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de los demás accionistas⁵⁴, podría preverse en el contrato de fideicomiso que, para ciertas decisiones relevantes, el fiduciario deberá votar en base a las instrucciones que le otorguen los herederos propietarios de las acciones del socio clase B fallecido (por ejemplo, disolución, aumento de capital, fusión, escisión, transformación, etc.). Entendemos que sería conveniente que, al momento de firmarse el instrumento constitutivo, el cónyuge del socio B preste el asentimiento prescripto por el artículo 470 del CCCN respecto a la transferencia fiduciaria de los

54. Ello sin perjuicio del derecho que les otorga a los herederos, en caso de ejercicio abusivo del derecho de voto por parte de los demás accionistas, el art.10 CCCN: “Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

derechos políticos de las acciones del socio B a favor del fideicomiso de administración.⁵⁵ También sería conveniente que presten conformidad los herederos del socio, en el caso de que sean mayores y capaces.

A la luz de la confidencialidad que usualmente tienen estos asuntos, quizás sea recomendable regular este nivel de detalle del fideicomiso de administración sobre los derechos políticos de las acciones en un convenio de accionistas (y no en el instrumento constitutivo). Se debe tener presente que las previsiones del convenio de accionistas serán inoponibles a los terceros contratantes de buena fe y a la sociedad.

7. Uso del fideicomiso testamentario para separar los derechos políticos de las acciones

Al tratarse de derechos que surtirán efectos luego de la muerte del socio, una alternativa es que la separación de los derechos económicos y políticos de las acciones sea dispuesta por el socio utilizando la figura del fideicomiso testamentario.

A través del fideicomiso testamentario, el fiduciante designa a un fiduciario para que, a la muerte del causante, reciba todo o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos a ciertas finalidades, en beneficio de una o más personas. Al concluir el fideicomiso, los bienes deben ser transmitidos a quien se hubiese designado en el testamento, o bien a quien supletoriamente indique la ley.

En el ejemplo bajo análisis, los bienes fideicomitados comprenden los derechos políticos de las acciones que el socio B es titular.

Los fideicomisos suelen clasificarse teniendo en cuenta el objeto-fin: de administración o de garantía. También se los clasifica por la titulación: el fideicomiso común (transmisión de derechos del beneficiario opera según lo pactado) y el fideicomiso financiero (los derechos del beneficiario se incorporan a valores negociables). En el presente capítulo nos referimos al fideicomiso de administración de tipo común. Los fideicomisos societarios han sido muy utilizados sobre todo como vehículos de garantías.⁵⁶ Empero, entendemos sería de aplicación esta figura del fideicomiso societario de administración respecto al derecho de voto de las acciones de una sociedad por acciones simplificadas.

El CCCN prevé expresamente la constitución de fideicomisos por testamento.⁵⁷ En razón de que las acciones son bienes susceptibles de ser objeto de negocios, que pueden ser transferidas tanto en plena propiedad como en copropiedad constitu-

55. Así lo exige el art. 136 de la Resolución General IGJ 7/2015 para las sociedades de responsabilidad limitada. Empero, en nuestra opinión sería prudente requerirlo también para el instrumento constitutivo de la sociedad por acciones simplificada.

56. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/11/2010 (t. 2010-F, p. 842; cita online: AR/DOC/7076/2010).

57. Los fideicomisos creados por testamento están regulados en libro tercero, título IV, capítulo 30, sección 8ª, arts. 1699 y 1700 CCCN. También están mencionados en el art. 1701, que, al definir el dominio fiduciario, hace referencia al "fideicomiso constituido por contrato o por testamento". También trata sobre el fideicomiso testamentario el art. 2493, dentro del capítulo sobre testamentos, que expresa que el testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la sección 8ª, capítulo 30, título IV, libro tercero, del CCCN.

yendo un condominio, y que pueden ser sometidas a un pacto de accionistas o sindicato accionario, compartimos la opinión del profesor Favier Dubois (h) en el sentido de que las acciones son bienes que pueden ser objeto de transferencia fiduciaria. También compartimos con dicho autor que en el fideicomiso accionario puede existir un desdoblamiento de la calidad de socio y que los diversos derechos, obligaciones, prohibiciones, límites e incompatibilidades del accionista deben ser atribuidos ora al fiduciario, ora al fiduciante, ora al beneficiario, según se pacte en el contrato de fideicomiso.⁵⁸

Otra cuestión a tener en cuenta es lo previsto en el artículo 1670 CCCN, que dispone que pueden ser objeto del fideicomiso todos los bienes que se encuentran en el comercio, incluso universalidades, pero no pueden serlo las herencias futuras. Empero, al regularse esta cuestión expresamente en el artículo 1010, como un caso autorizado de contrato sobre herencia futura, entendemos que lo dispuesto en dicho artículo 1670 no es óbice para crear un fideicomiso testamentario respecto a las acciones del socio B.

El artículo 2493 CCCN fija como regla que no se puede afectar la legítima de los herederos forzosos postergando su derecho hasta la finalización del fideicomiso. No obstante ello, entendemos que, en el fideicomiso testamentario que estamos analizando, no sería afectada la legítima hereditaria en razón de que los derechos económicos respecto a las acciones del socio B serán transmitidos *mortis causa* a los herederos.

En cuanto a la capacidad para testar, compartimos la opinión de Armella *et al.* en el sentido de que se debe atender a las capacidades necesarias para recibir bienes por testamento, lo que no puede obviarse indirectamente mediante el fideicomiso testamentario.⁵⁹ Una vez aceptado, el testamento tiene aptitud de acto constitutivo, sin necesidad de un contrato posterior entre los órganos de la sucesión y el fiduciario designado o su reemplazante. De lo contrario, la única causa fuente del fideicomiso sería el contrato, a pesar de la clara alusión al testamento como otra alternativa válida.⁶⁰

En mérito de ello, ante el fallecimiento del socio testador, solo restaría que el fiduciario designado en el testamento acepte el cargo –en forma expresa o tácita– para que pueda ejercer los derechos políticos sobre las acciones del socio B. El interrogante que nos queda aún abierto es ¿quién vota por dichas acciones hasta el momento en que el fiduciario acepte el cargo?

Una cuestión no menor a tener en cuenta bajo este esquema es la facultad del testador de revocar su testamento en cualquier momento y sin limitación alguna. El artículo 2511 CCCN dispone que

El testamento es revocable a voluntad del testador y no confiere a los instituidos derecho alguno hasta la apertura de la sucesión.

La facultad de revocar el testamento o modificar sus disposiciones es irrenunciable e irrestringible.

58. FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., ob. cit. (cfr. nota 56).

59. ARMELLA, Cristina N., CAUSSE, Jorge R. y ORELLE, José M. R., *Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24441*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, p. 223.

60. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., "Fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 3/2/2015 (t. 2015-A, p. 778; cita online: AR/DOC/308/2015).

En el supuesto de que se haya reservado el fiduciante-testador la facultad de revocar el fideicomiso, no observamos ningún inconveniente en que pueda hacerlo antes de su muerte. En la hipótesis de que no hubiese tal reserva, pensamos que igual puede hacerlo hasta el día de su muerte, por ser categórico el artículo 2511 referido, dado que toda restricción a esta facultad carece de efectos. La revocación del testamento hecha por el testador impide la eficacia del acto, de modo que todavía no hay un fideicomiso constituido, lo que recién ocurriría con su muerte. Esta potestad revocatoria por propia decisión del fiduciante-testador hace riesgosa la utilización de la figura del fideicomiso testamentario. Por ello, pareciera ser más seguro, desde el punto de vista jurídico, incluir en el instrumento constitutivo o en un convenio privado entre socios la novedosa herramienta que ofrece el artículo 1010 del CCCN con respecto a los pactos sobre herencia futura, que, al ser un contrato y no un “testamento” no puede ser revocado o dejado sin efecto de forma unilateral por el socio clase B, dándole seguridad jurídica a la convención hecha por el socio A y el socio B.

8. Consideraciones en torno a la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales (*squeeze out*)

Hasta aquí hemos intentado prever qué efectos se producen cuando fallece un socio previo al vencimiento del plazo de la prohibición de transferencia de las acciones y cómo proteger a los restantes socios de la incorporación de herederos. En este capítulo echaremos mano a un instituto regulado –por el momento– únicamente en el ámbito bursátil, con el fin de intentar dilucidar si su incorporación en un instrumento constitutivo de una sociedad por acciones simplificada sería válida y si ofrece una solución alternativa a la problemática planteada en este trabajo.

Nos referimos en concreto al instituto de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales (conocido en el ámbito internacional como *squeeze out*).⁶¹ Es un régimen de transferencia forzosa de acciones propiedad de los accionistas minoritarios de una sociedad anónima cotizante, que puede ser dispuesto unilateralmente por el controlante titular de más del 95 % del capital⁶² debiendo abonar un precio equitativo por acción, según los criterios de valuación que fija la Comisión Nacional de Valores en sus normas.⁶³

61. Dado que no es el eje central de nuestro trabajo, en caso de interés del lector en profundizar sobre el instituto de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales (conocido internacionalmente como *squeeze out*), recomendamos la lectura de: JNCom. N° 1, 5/11/2003, “Rodríguez, Álvaro y otros c/ Tenaris SA s/ amparo” (*La Ley*, t. 2004-D, p. 418, y t. 2004-E, p. 310, cita online: AR/JUR/5713/2003; *El Derecho*, 3/2/2004); MANÓVIL, Rafael M., “Las participaciones residuales y el derecho de exclusión en el decreto 677/2001. Razonabilidad, constitucionalidad y crítica a un fallo de 1ª instancia”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 2004-D, p. 417 (cita online: AR/DOC/1400/2004); MIRKIN, Gastón A., “Régimen de ofertas públicas y de declaración unilateral de adquisición en la nueva ley de mercado de capitales”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 29/8/2013 (t. 2013-E, p. 655; cita online: AR/DOC/2804/2013); VAN THIENEN, Pablo A., “La declaración de adquisición en la sociedad anónima cotizada bajo control casi total: la «expropiación de acciones» y la «expulsión forzosa del accionista minoritario» (breves reflexiones a raíz del caso «Tenaris»)”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 5/3/2004 (t. 206, pp. 981-1006).

62. Cuando se supera dicho 95 % de control, la norma lo denomina “control casi total”.

63. El precio equitativo está regulado en el art. 98 de la Ley 26831, que establece: “La oferta pública de adquisición [...] deberá sujetarse a las siguientes condiciones: [...] d) El precio ofrecido deberá ser un precio equitativo, pudiéndose ponderar para tal determinación, entre otros criterios aceptables, los que se indican

Es dable destacar que, como ha sucedido en el conocido caso “Atanor”⁶⁴, el hecho de que la Comisión Nacional de Valores apruebe un precio equitativo no restringe en forma alguna la potestad de los minoritarios de impugnar el precio equitativo aprobado por dicho organismo por vía judicial o arbitral (art. 96, Ley 26831). La declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales fue incorporada en nuestro régimen societario únicamente en el ámbito de la oferta pública recién en el año 2001, en el Decreto 677/2001 sobre (régimen de transparencia en el ámbito de la oferta pública de valores negociables). Desde el año 2012, este régimen está regulado en la Ley 26831 de Mercado de Capitales (que derogó el Decreto 677/2001).⁶⁵

Si bien es un instituto gestado en el ámbito de la oferta pública, como bien lo resume el profesor Manóvil,⁶⁶ al analizar el tratamiento de este tema en el derecho comparado, el *squeeze out* no es patrimonio exclusivo del ámbito bursátil, dado que en varios países se prevé este instituto para sociedades cerradas, donde en algunos se exige un control del 95 % y otros entienden suficiente un control del 90 %.⁶⁷

Entendemos que se ha desaprovechado una excelente oportunidad en nuestro derecho societario al omitir incorporar de forma expresa el *squeeze out* para las sociedades cerradas, sea en la Ley 27349, en la 19550 o en el nuevo Código. No obstante, y sin perjuicio de no estar regulado –como hemos dicho– el *squeeze out* en nuestro derecho positivo para las sociedades cerradas en el marco de la libertad de contratación que rige para las sociedades por acciones simplificadas, no habría óbice para incorporar en el instrumento constitutivo de este nuevo tipo el *squeeze out* a fin de que los controlantes estén facultados a forzar a los minoritarios a vender sus acciones a un precio que se determinará conforme los mecanismos que fije el instrumento constitutivo. De esta forma, ante el fallecimiento del socio minoritario, los controlantes podrían emitir una declaración unilateral de adquisición, en el marco de lo previsto en el instrumento constitutivo, con el objeto de forzar a los minoritarios a vender sus acciones.

a continuación: I. valor patrimonial de las acciones, considerándose a ese fin un balance especial de retiro de cotización; II. valor de la compañía valuada según criterios de flujos de fondos descontados y/o indicadores aplicables a compañías o negocios comparables; III. valor de liquidación de la sociedad; IV. precio promedio de los valores durante el semestre inmediatamente anterior al del acuerdo de solicitud de retiro, cualquiera que sea el número de sesiones en que se hubieran negociado; V. precio de la contraprestación ofrecida con anterioridad o de colocación de nuevas acciones, en el supuesto que se hubiese formulado alguna oferta pública de adquisición respecto de las mismas acciones o emitido nuevas acciones según corresponda, en el último año, a contar de la fecha del acuerdo de solicitud de retiro...”

64. CNCom., Sala D, 3/10/2007, “Ruberto, Guillermo Miguel c/ Atanor SA s/ precio equitativo de acciones” [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/UUHRRD>]. Para profundizar sobre el caso “Atanor”, recomendamos ver DI CHIAZZA, Iván G. y VAN THIENEN, Pablo A., “El caso «Atanor» y la acción de impugnación del precio equitativo en la compra de acciones mediante una OPA”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 12068, 12/8/2008 (t. 228, p. 634).

65. Está regulado dentro del título III (“Oferta pública”), capítulo III (“Régimen de participaciones residuales”), arts. 91-96, Ley 26831.

66. MANÓVIL, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 61).

67. Resumimos a título de ejemplo el régimen en Portugal descripto por MANÓVIL, Rafael M., en ob. cit. (cfr. nota 61): “El Código de Sociedades de Portugal de 1986 legisla sobre el denominado Grupo por dominio total, en cuyo marco, cuando el controlante alcanza el 90 % de participación en la sociedad controlada, los arts. 490 y concordantes otorgan un derecho recíproco a los socios o accionistas y a la sociedad dominante para vender o adquirir las participaciones o acciones minoritarias. Este sistema ha merecido elogios, incluso de algunos de los más destacados especialistas de la doctrina alemana, precisamente porque concede a los minoritarios un derecho simétrico al de la controlante”.

9. Conclusión

- Las sociedades por acciones simplificadas otorgan una gran oportunidad para la conformación de instrumentos constitutivos a medida, en virtud de la libertad de contratación societaria, incluyendo la posibilidad de prohibir la transferencia de las acciones por un plazo máximo de diez años, prorrogable por otros diez años.
- La propuesta de dotar a los emprendedores y empresarios de una herramienta ágil y dúctil mediante la creación de las sociedades por acciones simplificadas nos acerca un cambio de paradigma ya que introduce la autonomía de la voluntad en relación con la tipología societaria, en contraposición con las normas imperativas de la Ley 19550.
- Como hemos dicho, parece riesgoso para los socios incorporar una cláusula de prohibición de transferencia en el instrumento constitutivo sin prever en detalle qué sucederá con la incorporación (o no) de los herederos del socio en caso de fallecimiento durante el plazo de vigencia de dicha prohibición de transferencia.
- En mérito de ello, sería altamente recomendable que en los instrumentos constitutivos de las sociedades por acciones simplificadas se prevea con precisión los efectos que se producirán para los socios y los herederos del socio ante el fallecimiento del titular de las acciones con esta prohibición para transferir.
- Varias son las alternativas que hoy nos ofrece nuestro ordenamiento jurídico tanto en el ámbito societario como sucesorio. Empero, el desafío será lograr un balance entre la libertad de contratación societaria y el orden público del ámbito sucesorio.
- Como canta Serrat, “caminante no hay camino, se hace camino al andar”.⁶⁸ Lo mismo entendemos sucederá con las sociedades por acciones simplificadas: quienes decidamos andar el camino de las sociedades por acciones simplificadas tendremos la oportunidad de contribuir a su trazado y, de esta forma, a su mejor desarrollo en nuestro país.

10. Bibliografía

- ABDALA, Martín E., “Análisis del proyecto de ley de sociedad por acciones simplificada”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/2/2017 (t. 2017-A, p. 948, cita online: AR/DOC/265/2017).
- ACQUARONE, María T., “Pactos de incorporación y exclusión de herederos”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, pp. 119-130.
- ARMELLA, Cristina N., CAUSSE, Jorge R. y ORELLE, José M. R., *Financiamiento de la vivienda y de la construcción. Ley 24441*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995-1998.
- BARREIRO, Marcelo G., “El ejercicio de los derechos del accionista en ocasión de su muerte”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 349, diciembre 2016.
- BENAVENTE, María I., “El objeto del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento especial “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos”, febrero 2015 (cita online: AR/DOC/390/2015); también en STIGLITZ, Rubén (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2015, pp. 189-202.

68. Parte de la letra de la canción *Cantares*, de Joan Manuel Serrat.

- BENSEÑOR, Norberto R. y RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Sociedades por acciones simplificadas. Un nuevo tipo social”, en AA. VV., *LXXIII Seminario teórico práctico Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2017, pp. 33-105.
- CÁMARA, Héctor, “Efectos de la muerte del socio sobre la sociedad comercial”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, pp. 17-28.
- CAPUTO, Francisco A., “Sociedades de componentes. Limitación a la transmisibilidad de acciones”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, t. 3 (1990-1991), pp. 292-296.
- CESARETTI, Oscar D., “Convenios de incorporación de herederos”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Las sociedades y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, pp. 103-118.
- DI CASTELNUOVO, Franco y FERNÁNDEZ COSSINI, Elda, “En torno a la unipersonalidad y las sociedades no constituidas según los tipos previstos y otros supuestos. Panorama actual” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 927, 2017, <https://goo.gl/74vzEs>.
- DI CHIAZZA, Iván G. y VAN THIENEN, Pablo A., “El caso «Atanor» y la acción de impugnación del precio equitativo en la compra de acciones mediante una OPA”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 12068, 12/8/2008 (t. 228, p. 634).
- DUPRAT, Diego A. J., “Sociedad por acciones simplificada (SAS)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 21/4/2017 (t. 2017-B, p. 979; cita online: AR/DOC/1008/2017).
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “¿Cuál es el tipo social más adecuado para las PyMEs: la SRL, la sociedad anónima o la nueva «sociedad por acciones simplificada?»” en *elDial.com. Biblioteca Jurídica Online*, Buenos Aires, Albremática, 12/6/2017 (cita online: DC2348).
- “La Ley de Emprendedores. Novedades que traen cambios”, en *elDial.com. Biblioteca Jurídica Online*, Buenos Aires, Albremática, 5/4/2017 (cita online: DC22D0).
- “Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/11/2010 (t. 2010-F, p. 842, cita online: AR/DOC/7076/2010).
- “Los conflictos societarios. Prevención, gestión y solución”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/8/2010 (t. 2010-E, p. 675, cita online: AR/DOC/5412/2010).
- “La financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 7/6/2010 (t. 2010-C, pp. 1225 y ss, cita online: AR/DOC/4597/2010).
- “Limitaciones a la transmisibilidad de las acciones”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Transferencias y negocios sobre acciones*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pp. 153-160.
- “Cláusulas de limitación a la transmisibilidad de las acciones”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, agosto 1989 (t. 2, pp. 248 y ss.).
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h) y SPAGNOLO, Lucía, “Prevención de conflictos societarios en el Código Civil y Comercial. «Pactos de socios» y «pactos de protocolo»”, en AA. VV., *Cuestiones actuales y controvertidas de derecho societario, concursal y del consumidor*, Buenos Aires, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2017, pp. 401-406.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “La incorporación de los herederos del socio fallecido en las sociedades comerciales”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 293, 2012 (t. 24).
- FRIDMAN, Susana A., “La autonomía de la voluntad en la determinación del contenido del contrato social”, en AA. VV., *X Congreso Argentino de Derecho Societario. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. 1, Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa, 2007.
- GAGLIARDO, Mariano, “Restricciones a la libre transmisión de acciones”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, N° 78 (t. 1980, pp. 685-696).
- HALPERIN, Isaac, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1999.
- HERS, Lilitana, “La SAS. Una futurista *societas romana*”, en *elDial.com. Biblioteca Jurídica Online*, Buenos Aires, Albremática, 17/5/2017 (cita online: DC2323).
- KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio V., “Fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 3/2/2015 (t. 2015-A, p. 778, cita online: AR/DOC/308/2015).
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., [comentario al art. 1010], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 5, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016.

- MANÓVIL, Rafael M., “Las participaciones residuales y el derecho de exclusión en el Decreto 677/2001. Razonabilidad, constitucionalidad y crítica a un fallo de 1ª instancia”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2004-D, p. 417, cita online: AR/DOC/1400/2004.
- MARZORATI, Osvaldo J., “La sociedad anónima simplificada. ¿Será una realidad?”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1/12/2016 (t. 2016-F, p. 990; cita online: AR/DOC/3617/2016).
- MIRKIN, Gastón A., “Régimen de ofertas públicas y de declaración unilateral de adquisición en la nueva ley de mercado de capitales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/8/2013 (t. 2013-E, p. 655, cita online: AR/DOC/2804/2013).
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sociedad por acciones simplificada (SAS)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 21/4/2017 (t. 2017-B, p. 991; cita online: AR/DOC/1012/2017).
- NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades comentada*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2017.
- “Debe limitarse la constitución y actuación de las sociedades unipersonales incorporadas a nuestra legislación a las «sociedades anónimas unipersonales»”, en Boquin, G., Nissen, R. A. y Vítolo, R. A. (dirs.), *Los aspectos empresarios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, Buenos Aires, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2015.
- “Incorporación y exclusión de herederos”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, pp. 87-102.
- RICHARD, Efraín H., “Libertad asociativa y autonomía estatutaria”, en AA. VV., *X Congreso Argentino de Derecho Societario. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. 1, Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa, 2007.
- RIVERA, Julio C., [comentario al art. 1010], en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2014.
- RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Personas jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 920, 2016, <https://goo.gl/oJQ7yF>.
- ROVIRA, Alfredo L., “Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades. Régimen de sociedad anónima simplificada”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 17/10/2016 (t. 2016-F, p. 515, cita online: AR/DOC/3074/2016).
- SKIARSKI, Enrique M., “Retiro y fallecimiento de socios en las sociedades no constituidas regularmente”, en *Doctrina Tributaria*, Errepar, N° 338, mayo 2008 (t. 29, pp. 432-437).
- SPOTA, Alberto G. (y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. [actualizador]), *Contratos. Instituciones de derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- TOM, Walter R., “El nuevo régimen societario argentino debe permitir la libertad asociativa, respetando la autonomía de la voluntad”, en AA. VV., *X Congreso Argentino de Derecho Societario. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. 1, Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa, 2007.
- VAN THIENEN, Pablo A., “La declaración de adquisición en la sociedad anónima cotizada bajo control casi total: la «expropiación de acciones» y la «expulsión forzosa del accionista minoritario» (breves reflexiones a raíz del caso «Tenaris»”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 5/3/2004 (t. 206, pp. 981-1006).
- VERÓN, Alberto V., “La sociedad por acciones simplificada en la Ley 27349”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 25/4/2017 (t. 2017-B, p. 1018, cita online: AR/DOC/1027/2017).
- VÍTOLO, Daniel R., *Ley 27349 comentada: Apoyo al capital emprendedor. Sociedad por acciones simplificada (SAS). Cuadro comparativo con la Ley 19550 y el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2017.
- “La sociedad anónima simplificada (SAS)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/10/2016 (t. 2016-E, p. 1134, cita online: AR/DOC/3076/2016).
- “La situación de los herederos en la SRL”, en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir.), *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, pp. 145-166.
- ZALDÍVAR, Enrique y otros, *Cuadernos de derecho societario*, t. 3, Buenos Aires, Macchi, 1973.
- ZUNINO, Jorge A., *Disolución y liquidación*, Buenos Aires, Astrea, 1984.

Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial*

Pedro F. Sáenz
Martín Rachid

RdN 927

RESUMEN

El Código Civil y Comercial incorpora formalmente a nuestro derecho vigente el derecho de superficie como un derecho real temporario, de carácter dual o bifronte, pudiendo manifestarse como derecho sobre cosa ajena o sobre cosa propia. El presente ensayo busca abordar la regulación de esta figura haciendo un análisis detallado de los artículos específicos del citado cuerpo legal, procurando brindar una herramienta útil en orden al entendimiento de esta institución que, además de resultar novedosa, exige un gran esfuerzo por parte de los operadores del derecho para vencer las vallas culturales con que naturalmente ha de toparse su concreta aplicación práctica.

Sumario: 1. Introducción. 2. Reseña histórica. 3. El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial. 3.1. Concepto y naturaleza jurídica. 3.2. Objeto. 3.3. Plazo. 3.4. Legitimados. 3.5. Adquisición. 3.6. Facultades del superficiario. 3.7. Facultades del propietario del suelo. 3.8. Destrucción de la propiedad superficiaria. 3.9. Extinción. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Sabido es que en el ideario de Vélez Sarsfield, toda restricción o limitación al derecho de dominio que no fuera estrictamente necesaria para el resguardo del orden público no era aceptada con demasiado beneplácito, viendo en las desmembraciones del dominio cierto resabio del régimen feudal que la codificación decimonónica intentó contrarrestar, cuando no suprimir. En este contexto, el derecho de superficie no podía tener lugar en el Código Civil (CCIV), tal como lo expresó el codificador al iniciar la nota al artículo 2503 CCIV.¹ El intransigente rechazo de este derecho real fue tal que Vélez Sarsfield no solo se limitó a excluirlo de la enumeración del elenco de

* Reedición de la ponencia presentada en el XXVII Encuentro Nacional del Notariado Novel (Formosa, 17-19 noviembre 2016).

1. [N. del E.: ver en <https://goo.gl/W6yCYz> las notas del codificador, p. 145, art. 2° {Buenos Aires, Pablo Coni editor, 1872; versión digitalizada por Google Books –uso no comercial–}].

derecho reales admitidos (art. 2502 CCIV) sino que se tradujo en una expresa norma prohibitiva en el artículo 2614 CCIV, el que, en su redacción original, textualmente establecía:

Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición; no hacer en ellos vinculación alguna.

Como vemos, el codificador no desconoció el derecho de superficie; muy por el contrario, y como se encargó de detallar en la nota al artículo 2503 CCIV, pese a reconocer su abolengo romanista (en el derecho pretoriano), se encargó de aclarar que fue política legislativa deliberada la de excluir este derecho real por considerar que “desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”.

Lo cierto es que, paulatinamente, las codificaciones modernas y la doctrina nacional e internacional comenzaron a hacer reverdecer el derecho real de superficie a los fines de atender a las necesidades que fueron imponiéndose en materia urbanística y habitacional, a la par que la concepción social del derecho de propiedad fue abriéndose camino legitimando así restricciones y desmembraciones otrora condenadas o descartadas de plano. En ese orden de ideas, se ha incorporado al derecho argentino vigente el derecho real de superficie, toda vez que el artículo 1945 del Código Civil y Comercial (CCCN)² en su parte pertinente establece:

El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales.

Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie.

De esta manera se consagra, como regla general, la máxima “*superficie solo cedit*”, es decir, lo plantado o construido sobre el suelo accede al mismo y, consecuentemente, pertenece al dueño del terreno. No obstante, ese mismo artículo se encarga de aclarar que tal principio cede frente al derecho real de propiedad horizontal y al de superficie. Siendo este último derecho real el objeto del presente trabajo, procuraremos hacer una reseña histórica del instituto y un análisis sistemático de las normas del Código vigente que lo regulan (arts. 2114-2128), esbozando algunas consideraciones que entendemos necesarias para lograr un estudio más profundo de esta nueva herramienta incorporada por la actual legislación civil y comercial, aclarando, desde ya, que no pretende este ensayo agotar las innumerables reflexiones que esta figura amerita.

2. Cuando en este ensayo se citen artículos sin aclaración sobre el cuerpo normativo, corresponderán siempre al Código Civil y Comercial.

2. Reseña histórica

Para encontrar el origen de este derecho,³ debemos remontarnos al derecho romano y vislumbrar en la evolución jurídica de sus instituciones, especialmente de la mano de la labor de los pretores, la génesis de este derecho real.⁴

Sin dejar de lado el principio de que la propiedad del suelo se extiende a lo en él plantado o construido,⁵ comenzaron paulatinamente a aceptarse figuras jurídicas que, sin derogar tal regla, introdujeron en la práctica cierta flexibilización.

La primera manifestación en tal sentido puede advertirse en las concesiones *ad edificandum*, en virtud de las cuales –primero sobre terrenos del Estado y luego sobre inmuebles de particulares– se le acordaba al beneficiario la posibilidad de construir sobre un inmueble ajeno y gozar de tales edificaciones de manera temporal o perpetua contra el pago de un canon, normalmente de carácter anual (llamado *solarium*).

En sus orígenes, esta herramienta jurídica solo otorgaba derecho de uso y goce sobre las construcciones, es decir, el principio de que la superficie accede al suelo conservaba plena vigencia, siendo el dueño del suelo el propietario exclusivo de lo plantado o construido. Sin embargo, frente a arriendos que se extendían por tiempos prolongados y en virtud de los cuales los arrendatarios hubieren realizado construcciones sobre el inmueble arrendado o en su subsuelo, los pretores comenzaron a acordarles a estos una *actio in rem* que se podía hacer valer contra todos, incluso contra el propietario del suelo, como así también una excepción frente a la vindicatio de este último, comenzando de esta forma, en el periodo posclásico, a dibujarse el contorno real de este derecho.⁶

En la Edad Media, este derecho se vio absorbido por la enfiteusis; en consecuencia, se produjo definitivamente el desdoblamiento entre el dominio directo y el dominio útil, extendiendo su objeto no solo a edificaciones sino también a plantaciones.⁷

Es dable destacar, más próximo en el tiempo, que en la legislación francesa el derecho real de superficie “entró por la ventana” a través de una particular interpretación del artículo 553 del Código Civil de 1804, el cual rezaba lo mismo que el ar-

3. Por escapar al objeto principal de este trabajo, solo se hará una brevísima reseña histórica sobre el derecho real de superficie.

4. Hay quienes ubican el origen de este derecho en civilizaciones mucho más antiguas que la romana. En tal sentido, Laureano A. MOREIRA ha encontrado en el Antiguo Testamento referencias a este derecho (ver “El derecho de superficie en el proyecto de unificación legislativa”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 128, 1998, p. 909).

5. La superficie cede al suelo (*superficie solo cedit*) afirmaba GAYO como una exigencia del derecho natural (en *Instituta*, libro 2, §73). [N. del E.: ver en <https://goo.gl/2AysRz>, p. 117 {Madrid, Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845; versión digitalizada por Google Books –uso no comercial–}].

6. “Decía el *Digesto*: «lo que dice el pretor y si respecto a la superficie se pidiera acción, la daré con conocimiento de causa, se ha de entender de modo, que si alguno hubiere tomado en arrendamiento la superficie por cierto tiempo, se le deniegue la acción real. Y, a la verdad, con conocimiento de causa le competirá la acción real al que tomó en arrendamiento la superficie por no corto tiempo»” (ALLENDE, Guillermo L., *Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*, p. 11, citado por CORNEJO, Américo A., “El derecho real de superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1987-D, p. 1200, nota al pie N° 11).

7. CORNEJO, Américo A., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 1202.

título 2519 CCIV.⁸ De esta forma, se admitió la posibilidad de que lo construido o plantado perteneciera a una persona diferente del dueño del suelo.

El Código Civil de Alemania de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) originariamente reguló este derecho real –luego modificado por la ordenanza del 15 de enero de 1919–.⁹ En el mismo sentido, recibió consagración en las codificaciones civiles de Prusia (1794), Suiza (1807), Austria (1811) e Italia (1942), y en la legislación española a través de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana del año 1956 y la Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959.¹⁰ En cuanto a los códigos latinoamericanos que receptan la figura, se destacan, entre otros: el nuevo Código Civil de Brasil (2003), el de Perú (1984), el de Cuba (1988) y el de Bolivia (1976).¹¹

Tal como hemos dicho precedentemente, y salvo la interpretación en soledad de Machado,¹² Vélez Sarsfield no incluyó el derecho real de superficie en el catálogo del artículo 2502 CCIV, prohibiendo expresamente el derecho real de superficie, la enfiteusis y la división horizontal de la propiedad de los inmuebles (2518, 2519, 2614, 2617 y concordantes). Por su parte, los anteproyectos de reforma de la legislación civil de 1926 (Bibiloni), 1936 y 1954 (Llambías) no contemplaron la figura del derecho real de superficie, manteniendo en tal sentido la posición contraria consagrada por el CCIV.

Si se quisiera identificar un momento específico a partir del cual el derecho real de superficie adquiere carta de ciudadanía entre la doctrina nacional, ese sería, sin lugar a dudas, las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985), en las que se declaró la conveniencia de regular el derecho de superficie y una serie de directivas que marcaron el rumbo de los futuros proyectos de reforma.¹³ En ese sentido, los proyectos de reforma de 1987 (art. 2614), de 1993 (arts. 3153-3158) y de 1998 (arts. 2018-2028) previeron y reglaron el derecho real de superficie, no obstante lo cual, como es sabido, ninguno de ellos llegó a convertirse en ley vigente.

Finalmente, y siguiendo el derrotero legislativo en nuestro país, resulta de vital trascendencia la Ley 25509 (de fecha 14 de noviembre de 2001, promulgada el 11 de diciembre y publicada en el Boletín Oficial del 17 de diciembre), por la cual se consagró por primera vez en nuestro país el derecho real de superficie, pero en el marco

8. Art. 2519 CCIV: “Todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él le pertenecen, si no se probare lo contrario...”. [N. del E.: en <https://goo.gl/9cRjbl> encontrará una versión digital del Código de Napoleón de 1804 {el art. 553 se encuentra en p. 136}; podrá cfr. también con el Código vigente].

9. [N. del E.: encontrará en <https://goo.gl/Bx7T3r> una versión en inglés del *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900 {ver arts. 1012-1017}; podrá cfr. también con el Código vigente en <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>].

10. [N. del E.: Código Civil de Italia: <https://goo.gl/pG5zAw>; Ley del Suelo y Ordenación Urbana del año 1956 de España: <https://goo.gl/UUz1ma>; Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 de España: <https://goo.gl/ont3yq>].

11. KIPER, Claudio M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 240 y ss. [N. del E.: Código Civil de Brasil: <https://goo.gl/2Mb87A>; Código Civil de Perú: <https://goo.gl/9NkH32>; Código Civil de Cuba: <https://goo.gl/zpzjLV>; y Código Civil de Bolivia: <https://goo.gl/Esp85k>].

12. El comentarista consideraba que el CCIV permitía constituir derecho real de superficie por no más de cinco años. (MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. 7, Buenos Aires, Ed. Científica y Literaria Argentina, 1922, p. 14 [N. del E.: versión digitalizada en <https://goo.gl/nTsVsw>]).

13. [N. del E.: ver conclusiones en <https://goo.gl/LSPnQf>].

de la Ley 25080 de Inversiones para Bosques Cultivados. Así, se receptó este nuevo derecho real solo para forestación o silvicultura, es decir que no podía extenderse a ninguna otra finalidad o variante, denominándose en consecuencia al nuevo derecho real como “de superficie forestal” (art. 2502, inc. 8, CCIV).¹⁴

Finalmente, el CCCN (sancionado por Ley 26994, modificada por Ley 27077, y vigente en nuestro país desde el 1 de agosto de 2015) consagró el derecho real de superficie en su más amplia expresión –es decir, tanto con fines de plantación y forestación como con objeto constructivo– en sus artículos 2114 y 2128, cuyo análisis sistemático se pretenderá formular en los párrafos siguientes.

3. El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial

3.1. Concepto y naturaleza jurídica

El CCCN, en su artículo 2114, literalmente establece:

Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.

Siguiendo a Kiper, podemos afirmar que

El derecho de superficie es, en términos simples, el derecho real de tener una cosa propia en terreno ajeno. La superficie, con más técnica, es el derecho real de construir, plantar o forestar sobre un inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción, plantación o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado.¹⁵

De la redacción del artículo podemos distinguir dos planos o manifestaciones del derecho de superficie que se darán normalmente de manera sucesiva desde el punto de vista cronológico, a saber: en una primera instancia, el titular del derecho de superficie (superficiario) tendrá la facultad de construir, plantar o forestar sobre la rasante, vuelo o subsuelo del inmueble y, en una segunda instancia, se hará propietario de lo construido, plantado o forestado. Esto permite sostener que, en la mayoría de los casos, habrá un primera etapa o manifestación primigenia del derecho de superficie (derecho de superficie en sentido estricto) donde estará contenida, de manera embrionaria, una propiedad superficiaria que recaerá sobre lo que en definitiva se construya o plante en el inmueble. En este sentido se ha afirmado que

14. Sobre la evolución experimentada en la doctrina y en la legislación nacional resultan recomendables –cuando no indispensables– las consideraciones hechas por LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 6, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2011, 2ª ed. (actualizada y ampliada por Jorge H. ALTERINI), pp. 438 y ss.

15. KIPER, Claudio M. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 11), p. 237.

El derecho de edificar no es propiedad superficiaria; es un poder autónomo y actual, en el cual reside también una propiedad superficiaria *in fieri*, el germen de una futura propiedad superficiaria.¹⁶

No obstante, y tal como lo deja aclarado el citado artículo 2114, existe la posibilidad de que el derecho de superficie se constituya sobre construcciones o plantaciones existentes, supuesto en el cual estaremos ante propiedad superficiaria *ab initio*, sin perjuicio de la facultad correspondiente al superficiario de realizar nuevas plantaciones o construcciones.

De lo precedentemente dicho, y con respecto a la naturaleza jurídica de este derecho, podemos afirmar que se trata de un derecho real de carácter temporario mixto o dual, toda vez que mientras no existan en el inmueble plantaciones o forestaciones recaerá sobre cosa ajena en tanto que, a medida que vayan haciéndose edificaciones o plantaciones, será sobre cosa propia.¹⁷ En tal sentido, es dable destacar que en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003) se concluyó que el derecho real de superficie forestal es mixto, bifronte o bipolar, en el sentido de que puede presentarse o catalogarse tanto como derecho real sobre cosa propia como derecho real sobre cosa ajena. Por su parte, en una postura minoritaria se estableció que “el derecho real de superficie forestal recae siempre sobre cosa propia o bien siempre sobre cosa ajena”.¹⁸

Entendemos que el CCCN se ha enrolado en la concepción compleja o dual del derecho real de superficie, previendo que este ha de recaer sobre cosa ajena cuando aún no haya realizado el superficiario plantaciones o construcciones y sobre cosa propia cuando dichas construcciones o plantaciones se hayan comenzado a realizar, o bien cuando se hubiera transferido la propiedad superficiaria sobre edificaciones o plantaciones ya existentes. El principal argumento a favor de esta posición se encuentra en el texto del artículo 1888, que literalmente reza:

Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real. Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cemen-

16. MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. 3, Buenos Aires, 1954, pp. 421 y ss. (traducción de Santiago SENTÍS MELENDO); citado y transcripto en LAFAILLE, Héctor, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 475.

17. Durante la vigencia de la Ley 25509, y dado que su art. 2 establecía que “el derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario”, hubo quienes consideraron que aun cuando no hubiera nada plantado (recordemos que la ley citada solo admitía el derecho de superficie con fines de forestación o silvicultura) el objeto del derecho de superficie era el espacio aéreo. De esta manera, se explicaba por qué este derecho se configuraba siempre como derecho real sobre cosa propia. Ver el excelente trabajo al respecto de LINARES DE URRUTIGOITY, Martha y PUJOL DE ZIZZIAS, Irene, “Objeto del derecho real de superficie. Con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la Ley 25509”, en *Revista del Notariado*, N° 867, 2002, pp. 41-62, <https://goo.gl/e1FKmN>. Esta posición y la redacción de la primera parte del art. 2 Ley 25509 fueron objeto de crítica por la mayor parte de la doctrina especializada, toda vez que, conforme a la normativa del CCIV, solo las cosas podían ser objeto de derechos reales, y el espacio aéreo precisamente constituye una “no-cosa”. Si bien conforme al art. 1883 CCCN pueden ser objeto de derechos reales bienes taxativamente señalados por la ley y su artículo 2039 incluye el “espacio susceptible de aprovechamiento” como posible unidad funcional objeto del derecho real de propiedad horizontal –lo que debilita los categóricos argumentos otrora admitidos para negarle al espacio la potencialidad de convertirse en objeto de un derecho real–, entendemos que en materia de derecho de superficie el legislador ha optado por el carácter dual del objeto de este derecho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1888, tal como lo ha expresado en los fundamentos.

18. KIPER, Claudio M. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 11), p. 250. [N. del E.: ver conclusiones en <https://goo.gl/19h7fS>].

terio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena...

Esto pone en evidencia que cuando haya propiedad superficiaria, estaremos ante un derecho real sobre cosa propia; en cambio, mientras esta propiedad superficiaria no exista –porque aún no se han realizado plantaciones o edificaciones–, el derecho real recaerá sobre cosa ajena.

Algunos autores consideran que solo se podrá hablar de propiedad superficiaria cuando la plantación o edificación proyectadas se encuentren totalmente concretadas. No compartimos esta posición, entendemos que desde el momento en que comienza a edificarse o a hacerse las primeras plantaciones, se va operando progresivamente una mutación substancial, naciendo propiedad superficiaria sobre estas cosas que el superficiario incorpora a su patrimonio sin que se extinga el derecho a plantar o edificar por el resto, el cual será el motor o causa eficiente de la futura propiedad superficiaria que se irá erigiendo sobre las construcciones o plantaciones nacientes.¹⁹

Importante es destacar que esta mutación o metamorfosis puede darse de manera inversa ante la destrucción de la propiedad superficiaria, supuesto en el cual renace en toda su extensión el derecho a plantar o edificar, salvo pacto en contrario (art. 2122). Parece oportuno aclarar, entonces, que el derecho a plantar o edificar es sin dudas un derecho real desde el inicio, que otorga a su titular un poder autónomo y oponible *erga omnes*, acordándole la facultad de realizar las plantaciones o edificaciones proyectadas, no obstante lo cual, este derecho a plantar, forestar o construir es una facultad “medial” pues constituye un instrumento destinado a dar nacimiento a la propiedad superficiaria (propiedad superficiaria *in fieri*, en palabras de Messineo arriba citadas).²⁰ En cambio, la propiedad superficiaria es una verdadera propiedad inmobiliaria que se rige por las normas del dominio revocable, salvo en lo que expresamente el Código haya modificado (art. 2128).

Cornejo afirma: “la propiedad superficiaria es un dominio sujeto a un plazo resolutorio”.²¹ De esta manera, puede aseverarse que estaremos ante la coexistencia de dos derechos de propiedad imperfectos: por un lado el del dueño del suelo y por otro lado el del superficiario.

En cuanto a la relación entre estas propiedades, es importante destacar que el derecho real de superficie configura una carga o gravamen respecto del dueño del suelo (art. 1888, 2º párrafo). En consecuencia, puede afirmarse que este es titular de un dominio imperfecto (arts. 1946 y 1964 *in fine*), pues ha consentido la suspensión temporal del principio de accesión respecto del inmueble de su titularidad.

19. Al respecto, se ha sostenido: “Las dos manifestaciones del derecho de superficie pueden coexistir, pues a medida que se edifica se adquiere la propiedad de lo edificado. En este sentido, dice Messineo: «Surge como desarrollo del derecho de construir el derecho sobre la construcción»; y, más terminantemente, afirma Carbonnier: «La superficie se convierte en la progresiva propiedad del suelo (a medida que se va alzando la edificación)»” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 31).

20. *Ibidem*, p. 12.

21. CORNEJO, Atilio A., *ob. cit.* (cfr. nota 6), p. 1210.

3.2. Objeto

El objeto de este derecho real será siempre un inmueble –quedan excluidos obviamente los bienes muebles–. Tal como se dijera más arriba, mientras no haya edificación o plantación (derecho real de superficie en sentido estricto), el objeto será un inmueble ajeno, perteneciente precisamente al dueño del suelo, en tanto que, una vez comenzadas las plantaciones o construcciones (propiedad superficiaria) el objeto será un inmueble propio.

Habiendo dejado aclarado que el derecho real de superficie (en cualquiera de sus manifestaciones) tendrá por objeto una cosa inmueble,²² parece oportuno destacar que si esa cosa inmueble que sirve de asiento a la propiedad superficiaria (las plantaciones o construcciones) fuera separada del suelo –por ejemplo, en caso de cosecha o los materiales resultantes de una demolición– estaremos no ya ante un supuesto de dominio revocable, sino ante un dominio pleno sobre esas cosas muebles. Este se registrará por las reglas genéricas establecidas al respecto (arts. 1895 y concordantes), pues la mutación de la naturaleza de la cosa, por su desvinculación ontológica del suelo, genera un cambio del régimen dominial.

En cuanto a su emplazamiento, el artículo 2116, establece:

El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento.

Del texto de la norma, se impone una primera consideración, a saber: la posibilidad de constituir derecho real de superficie sobre todo el inmueble o solo sobre una parte materialmente determinada, coincidiendo con lo establecido en el artículo 1883, en el sentido de que los derechos reales pueden tener por objetos una parte materialmente determinada de una cosa. Consecuentemente, debe excluirse –por ser incompatible con la propia naturaleza de este derecho– la posibilidad de constituir superficie sobre una parte indivisa, carente de materialidad.

Al referirse el artículo a “parte materialmente determinada”, consideramos que no sería necesario confeccionar un plano de subdivisión aprobado por organismos catastrales, siendo suficiente a tal efecto un croquis realizado por profesional idóneo. Nos inclinamos por esta solución toda vez que, conforme al concepto legal de parcela,²³ desde el momento en que se confecciona y aprueba catastralmente un pla-

22. “Independientemente de la clasificación legal de inmuebles por su naturaleza e inmuebles por accesión, receptada en los artículos 225 y 226, la suspensión del principio de accesión, que jurídicamente implica el derecho de superficie, solo tiene el efecto de atribuir la propiedad de lo plantado, forestado o construido al superficiario, pero de ninguna manera modifica la naturaleza inmobiliaria de las plantaciones, forestaciones o construcciones. En consecuencia, para el superficiario, el objeto de su derecho real será siempre un inmueble, propio o ajeno, según el plano en que se ubique su derecho”(COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., [comentario a los arts. 2114-2128], en Lamber, Néstor D. en Clusellas, Gabriel [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 292).

23. Art. 4 Ley Nacional de Catastro 26209: “A los efectos de esta ley, denominase parcela a la representación de la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindado por una poligonal de límites correspondiente

no de subdivisión se está dando origen a una nueva cosa desde el punto de vista técnico, es decir, esa extensión territorial continua con sus límites perimetrales que es la parcela, no ya una “parte” de una cosa sino precisamente “otra” cosa.²⁴

En cuanto a la proyección espacial del derecho de superficie, este puede darse: a) *sobre la rasante* –que será el supuesto más habitual–, no debiendo perderse de vista que tanto las raíces (en el caso de plantaciones) como los cimientos (en el caso de las construcciones) inevitablemente se han de extender parcialmente al subsuelo del inmueble y que, lógicamente, el superficiario inevitablemente ocupará el espacio sobre la rasante dada la materialidad de las construcciones o plantaciones que se realicen; b) *sobre el espacio aéreo*: se refiere a la posibilidad de que el superficiario extienda una construcción o plantación (difícil de imaginar esta hipótesis) solo sobre el espacio aéreo del inmueble, como podría ser, por ejemplo, un puente colgante, o una estructura para cartelería; creemos, no obstante, que en estos casos, tal vez la solución jurídica más adecuada sea recurrir a la constitución del derecho real de servidumbre; c) *sobre el subsuelo*: en este supuesto, el nudo propietario podrá desplegar con mucho más provecho sus facultades.

Puede también emplazarse el derecho de superficie sobre construcciones ya existentes, resultando imperioso distinguir este caso de la transferencia de la propiedad superficiaria sobre tales construcciones. En efecto, existiendo construcciones ya edificadas en el inmueble puede acordársele al superficiario la facultad de construir o plantar tomando como base esas construcciones y haciendo propio lo que, a partir de ese punto, se construya o plante, conservando el constituyente su dominio sobre las construcciones preexistentes que sirven de asiento al derecho real de superficie.

Con relación al derecho de superficie sobre construcciones afectadas al régimen de propiedad horizontal, se abordará en profundidad al analizar los legitimados para constituir superficie.

Por último, y conforme a la parte final del artículo objeto de análisis, “la extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción”. En tal sentido, se ha manifestado:

El otorgar una extensión mayor a la edificada simplifica notablemente las relaciones entre el dueño del suelo y el superficiario; de otro modo habría que acudir a constituir otros derechos reales, como servidumbres de paso, de agua, de vista, etcétera.²⁵

Lo determinante es que esa mayor extensión resulte ser útil para su aprovechamiento, es decir, debe existir una relación de conexidad funcional que justifique la extensión del derecho a una superficie mayor a la estrictamente necesaria para desarrollar la finalidad del contrato.

a uno o más títulos jurídicos o a una posesión ejercida, cuya existencia y elementos esenciales consten en un documento cartográfico, registrado en el organismo catastral”.

24. En igual sentido, en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 2016) se sostuvo que “la constitución del derecho real de superficie sobre parte determinada del inmueble requiere plano a los efectos de la determinación del inmueble sin que sea necesaria registración administrativa alguna tal como lo dispone la DTR 15/2016 de CABA”. [N. del E.: ver conclusiones en <https://goo.gl/UYaq2f>]. Cfr. COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 308.

25. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (cfr. nota 19), p. 19.

3.3. Plazo

Tal como surge del concepto legal consagrado en el artículo 2114, es una nota esencial o característica del derecho de superficie su carácter temporario. En este sentido, el plazo máximo del derecho real de superficie, conforme a lo establecido en el artículo 2117, dependerá de la finalidad que justificó la constitución del derecho. En efecto, cuando este se hubiere constituido para realizar construcciones, no podrá extenderse por más de setenta (70) años; en tanto que si lo hubiese sido con fines de forestación o plantación, el plazo máximo se reduce a cincuenta (50) años.

El propio artículo de referencia se encarga de aclarar que el plazo debe computarse **desde la adquisición del derecho de superficie**. Esto obliga a tener en cuenta que el derecho real de superficie –que se ejerce con la posesión (art. 1891)– solo se considerará constituido con la concurrencia del título y modo suficiente (arts. 1892 y 750). En consecuencia, para que empiece a correr el plazo, será necesario el otorgamiento de la pertinente escritura pública (art. 1017, inc. a) que sirva de título suficiente y la tradición, debiendo tenerse presente que, conforme surge de lo establecido en el artículo 1914, se presume que la posesión comienza desde la fecha del título. Por lo tanto, y salvo que se pruebe lo contrario, el plazo de duración del derecho real de superficie deberá comenzar a contarse desde la fecha la escritura pública que le dio origen.

El propio artículo 2117 se encarga de consagrar la posibilidad de prorrogar el derecho de superficie **siempre que no exceda de los plazos máximos**, lo que lleva a sostener que las sucesivas prórrogas no podrán tener como resultado un derecho real de superficie que exceda los setenta o cincuenta años –según el caso–, contados desde el origen del derecho.

Por último, es dable destacar que no se ha fijado un plazo mínimo, de manera tal que esto ha quedado librado a la autonomía de la voluntad de los contratantes.²⁶

3.4. Legitimados

En el artículo 2118 se establecen los sujetos legitimados para constituir derecho real de superficie en los siguientes términos: “Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal”. Respecto de los titulares de dominio, no hay mucho que decir: siendo el dominio el derecho real que más extensas facultades otorga respecto de la cosa que constituye su objeto (art. 1941) es lógico que el *dominus* pueda constituir derecho de superficie.

En relación con la situación de los titulares de condominio, es dable hacer algunas aclaraciones. En primer lugar, debemos tener en cuenta que la constitución de un derecho real de superficie configura un acto de disposición sobre todo el inmueble

26. Al respecto, se ha dicho: “Incluso, no parece recomendable fijar plazo mínimo alguno, por de pronto no se advierte razón suficiente para proteger al superficiario cual si fuera un locatario. Es que para estos sujetos, concretar una locación o un arrendamiento, seguramente obedece a una necesidad económico-social ineludible, en cambio, la celebración de un contrato de superficie es una decisión libre para ambas partes, que por regla no están impelidas a concertarlo motivadas por circunstancias extrañas a su voluntad” (LAFAILLE, Héctor, ob. cit. [cfr. nota 14], p. 481).

ble o una parte materialmente determinada de él –ya hemos dejado aclarado que no puede la superficie recaer sobre una parte indivisa–. En consecuencia será necesaria la conformidad de todos los cotitulares conforme a lo establecido en la primera parte del artículo 1990.²⁷ En segundo lugar, se plantea el interrogante acerca de la posibilidad de que se constituya derecho real de superficie a favor de uno de los condóminos del inmueble, frente a lo cual la posición de la doctrina aparece dividida. En efecto, por la respuesta negativa se inclina Zelaya:

... por más que todos los condóminos consientan la adquisición, tampoco es válida la superficie adquirida por uno de ellos sobre el fundo común pues, por aplicación del principio *nemine res sua servit* (propio de la servidumbre pero extensivo a cualquier gravamen), solo podría constituirse una superficie sobre un inmueble ajeno (arg. art. 2114).²⁸

En la posición contraria encontramos a Kiper:

Quien adquiera el derecho real de superficie debe ser una persona distinta del dueño del suelo, pues aquí también rige la máxima *nulli res sua servit*. No obstante, sí sería posible que el superficiario fuese condómino del terreno.²⁹

No vemos motivos para negarle al condómino la posibilidad de ser constituido en titular de un derecho real de superficie sobre la cosa de su cotitularidad, pues en virtud del régimen aplicable en materia de condominio respecto de los actos de disposición jurídica y material y de mejoras sobre la cosa común (arts. 1983, 1989 y concordantes), claramente no podría el condómino pretender realizar construcciones y plantaciones para hacerlas exclusivamente suyas, de manera que no parece justo privarlo de la posibilidad de acceder –con la conformidad de los restantes condóminos– al régimen del derecho de superficie, de lo contrario entendemos que se estaría violentando el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, pues se pondría al condómino en una posición evidentemente desventajosa frente a terceros que, por el solo hecho de no integrar el condominio, sí podrían ser titulares de derecho de superficie y, eventualmente, hacer suyas las construcciones o plantaciones sobre el inmueble. Por último, el artículo 2118 incluye entre los facultados para constituir derecho de superficie a los titulares de propiedad horizontal, lo que exige también ciertas reflexiones.

Preliminarmente, debe recordarse que, conforme al artículo 2037, el derecho real de propiedad horizontal es el que le acuerda a su titular facultades de uso, goce y disposición jurídica y material sobre partes propias y partes comunes de un edificio. Se establece una inescindibilidad e interdependencia entre esas partes y las facultades que sobre ellas se ejercen y que, atento a lo establecido en el artículo 2043, lo que constituye parte propia o privativa son las cosas o partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias, los tabiques internos portantes, las

27. Art. 1990 CCCN: “Disposición y mejoras con relación a la cosa. La disposición jurídica o material de la cosa, o de alguna parte determinada de ella, sólo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos”.

28. ZELAYA, Mario, “Superficie”, en Kiper, Claudio M. (dir.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 179.

29. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 256.

puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos, incluso de los balcones.³⁰ Como vemos, y de acuerdo a lo que legalmente constituye la parte propia o privativa sobre la cual el titular del derecho real de propiedad horizontal puede desplegar la facultad de disposición material y jurídica, resulta difícil imaginar la posibilidad de que el titular de un derecho real de propiedad horizontal pueda, individualmente, constituir un derecho de superficie respecto de su unidad funcional.

Si bien resulta difícil admitir esta posibilidad, no ocurre lo mismo cuando se trata de hacer lo propio sobre partes comunes del edificio. En este caso, debe recordarse que el artículo 2116, al legislar sobre el emplazamiento, establece:

El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, **o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal.**

Esto posibilita en consecuencia que la parte libre del terreno en el cual se emplaza la construcción o bien la parte superior del edificio o cualquier otro sector común (un jardín por ejemplo) pueda ser objeto de derecho real de superficie.

Es importante remarcar que en caso de que el inmueble hubiese sido afectado al régimen de propiedad horizontal, mediante la aprobación del pertinente plano especial y el otorgamiento del reglamento de propiedad horizontal mediante escritura pública (artículo 2038), pero sin que se hubiera transferido aún ninguna unidad funcional, no estaremos propiamente ante “derecho real de propiedad horizontal” sino ante un “estado de propiedad horizontal”, periodo en el cual, no habiéndose generado todavía la relación comunitaria que define la dinámica del régimen de propiedad horizontal, será el dueño del edificio el que podrá tomar la decisión de constituir derecho de superficie, sin necesidad de recurrir a asambleas ni a los mecanismos que a continuación se especificarán.

Habiendo nacido ya el derecho real de propiedad horizontal, por pertenecer las unidades funcionales a distintos propietarios, resulta imperioso tener presente que, en virtud de lo normado en el artículo 2052, toda mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes que implique realizar excavaciones o elevar nuevos pisos requiere de la aprobación unánime de todos los propietarios, por lo que la constitución del derecho real de superficie sobre sectores comunes del edificio encuadra dentro de la previsión de este artículo, tornando exigible la unanimidad.

Parece oportuno destacar que las cosas y partes comunes no forman parte del patrimonio de la persona jurídica consorcio, sino que su propiedad corresponde, bajo la forma de un condominio con indivisión forzosa perdurable, a todos los propietarios de las unidades funcionales del edificio, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de definir los legitimados para constituir este derecho y las consecuencias jurídicas derivadas de la extinción del derecho de superficie.

30. Se consagra así legislativamente el concepto de “cubo de aire”. En este sentido, se ha sostenido: “en materia de propiedad horizontal la diferencia entre «cosas propias» y «cosas comunes» es muy artificiosa, porque en suma todo el edificio es común y solamente es propio un sector circundado por cosas comunes [...] Lo propio es solamente un «cubo de aire» delimitado por planos horizontales y verticales comunes y todo lo que está dentro de ese espacio” (extracto del fallo de primera instancia confirmado por la CNCiv, Sala C, el 19/9/1989 [*La Ley*, t. 1991-A, p. 333], citado por ZELAYA, Mario, [comentario a los arts. 2114-2128], en Lorenzetti, Ricardo L. [dir.], *Código Civil y Comercial comentado*, t. 9, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 457).

Con respecto a la legitimación, perteneciendo las partes y sectores comunes a los propietarios y no al consorcio, son estos propietarios quienes deberán otorgar el acto de constitución del derecho real de superficie. Si bien para poder aprobar este contrato será necesario convocar a asamblea y alcanzar la unanimidad exigida por el citado artículo 2052, no es esta una manifestación orgánica del consorcio, considerado como persona jurídica, sino más bien una expresión de las reglas que rigen el derecho real de condominio por imperio de la primera parte del artículo 1990 más arriba transcripto. Esto quiere decir que la escritura pública por la cual se ha de constituir el derecho real de superficie sobre una parte o cosa común no podría ser otorgada por el administrador como órgano del consorcio sino por los copropietarios, quienes, no obstante, podrían apoderar al administrador, aunque este, en tal caso, no ejercería la representación orgánica de la persona jurídica consorcial sino que actuaría como representante convencional de los consorcistas.

Otra consecuencia de esta distinción radica en que al extinguirse el derecho real de superficie y recobrar plena vigencia el principio de que la superficie accede al suelo –que será analizado más adelante–, las construcciones que hubiere realizado el superficiario pasan a ser cosas y partes comunes del edificio, engrosando en consecuencia el patrimonio de los propietarios y no el del consorcio, correspondiendo a aquellos, personalmente considerados, hacer frente a la indemnización correspondiente. Habiendo admitido la posibilidad de que el superficiario sea un condómino, del mismo modo podría aceptarse la constitución de un derecho real de superficie sobre cosas o partes comunes a favor de un propietario de una unidad funcional emplazada en el propio edificio (art. 2053), no debiendo identificarse la figura que estamos analizando con la cláusula de sobreelevación habitualmente previstas en algunos reglamentos.

La sobreelevación es la facultad de elevar nuevos pisos o construcciones en las plantas superiores de un edificio o en otros espacios libres de construcciones, como jardines, terrazas de uso exclusivo, espacios destinados a guardacoches de planta baja, etc.³¹ La gran diferencia entre el derecho de superficie y la cláusula de sobreelevación es que, en el primer caso, las construcciones que realice el superficiario se incorporarán a su patrimonio a título de dominio revocable (propiedad superficiaria), en tanto que, en el segundo caso, el beneficiario de la cláusula de sobreelevación se convertirá en titular de un derecho de propiedad perfecto respecto de las construcciones que realice.³²

Pese a que la normativa no hace mención a ellos de manera específica, consideramos que los titulares del derecho real de conjunto inmobiliario también están legitimados para constituir derecho real de superficie, pues, en primer lugar, los conjuntos inmobiliarios constituyen una “propiedad horizontal especial” (art. 2075) y,

31. TRANCHINI, Marcela H., “Propiedad horizontal. Cuestiones vinculadas a su objeto”, en AA. VV., *LI Seminario Laureano A. Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2006 (junio).

32. En idéntico sentido, se ha sostenido: “cuando pensamos en aplicar el derecho de superficie a la propiedad horizontal, naturalmente lo relacionamos con la sobreelevación; es decir, sobre parte común libre. La diferencia radica en los efectos o consecuencias que se generan en cada caso. En el supuesto del derecho de sobreelevar se generan nuevas unidades funcionales y, ratificado el plano PH y modificado el reglamento, se adjudica el dominio pleno y perpetuo al beneficiario del derecho a sobreelevar. En cambio, el derecho de superficie sobre una superficie común de propiedad horizontal genera para el superficiario un derecho sobre cosa propia pero temporario” (COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. [cfr. nota 22], p. 305).

por otro lado, atento a que la unidad funcional puede estar construida o en proceso de construcción, parece absolutamente viable que, a través del derecho real de superficie, sea el superficiario quien realice la construcción o, incluso, plantación (piénsese en las clubes de chacras donde las unidades funcionales pueden ser destinadas a actividades vinculadas a la agricultura).

Por otro lado, creemos admisible que el Estado nacional, provincial o municipal constituya derecho real de superficie sobre inmuebles de dominio privado, posibilidad esta que muestra mayor potencialidad sobre todo en miras a promover políticas tendientes a paliar la crisis habitacional. En caso de que se pretendiera hacer lo propio sobre un inmueble de dominio público, la situación no podrá regirse por las reglas de la legislación civil, sino por las normas del derecho administrativo, siendo conveniente el dictado de una legislación especial.

Finalmente, es importante tener en cuenta que cuando se pretendiera construir derecho real de superficie sobre inmueble ganancial o sobre un inmueble propio en el que está radicada la vivienda familiar, deberá contarse con el asentimiento del cónyuge del constituyente, conforme a lo establecido en los artículos 470, inciso a), y 456, respectivamente.

3.5. Adquisición

Bajo el título “adquisición”, el artículo 2119 legisla sobre los modos de adquirir y transmitir el derecho de superficie (en sus dos planos, es decir, abarca tanto el derecho a plantar, forestar o construir como la propiedad superficiaria) en los siguientes términos:

El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título.

Del texto de la norma puede concluirse que se distingue entre el acto de constitución del derecho real de superficie y el acto de transmisión, toda vez que mientras la constitución, es decir, el acto jurídico que va a dar origen al derecho necesariamente deberá ser de naturaleza contractual, la transmisión del derecho de superficie ya constituido puede darse, en cambio, tanto por actos entre vivos como por causa de muerte (sobre la transmisibilidad nos explayaremos al abordar las facultades jurídicas del superficiario).

El acto constitutivo siempre deberá otorgarse bajo la forma de escritura pública (art. 1017, inc. a) y deberá ser inscripto en el registro inmobiliario para su oponibilidad a terceros (art. 1893). Si la constitución se hiciera sin exigirle al superficiario contraprestación alguna se estará frente a un contrato gratuito al que se le aplicarán subsidiariamente las normas de la donación (art. 1543) y, en caso de que la constitución sea a título oneroso, deberán tenerse presentes las normas de la compraventa, permuta o del contrato que más se adecúe a las condiciones concretas según la contraprestación a la que se hubiera obligado el superficiario.

Pensamos que en cuanto a los modos de constitución de este derecho real resulta aplicable lo establecido en el artículo 2134 respecto del usufructo, es decir, que el derecho real de superficie podrá nacer cuando:

- a) se transmite el derecho de superficie con reserva de la nuda propiedad;
- b) se transmite la nuda propiedad con reserva del derecho de superficie; o
- c) se transmite la nuda propiedad a una persona y derecho real de superficie a otra.

Claro está que en estos casos deberá el notario tomar todas las precauciones necesarias para dotar al acto constitutivo de las reglas y especificaciones que regirán la dinámica contractual.³³

Nos permitimos disentir respetuosamente con la posición de algunos autores, como Kiper, para quien “la superficie puede ser constituida por testamento”³⁴, pues nos parece evidente que la legislación vigente –y tal como lo hacía la Ley 25509 de Superficie Forestal (en su art. 5)– no permite la constitución por actos de última voluntad, toda vez que, siendo sustancialmente de orden público, la normativa regulatoria de los derechos reales no puede echarse mano en esta cuestión al argumento según el cual “lo que no está prohibido debe considerarse permitido”.³⁵

Respecto de la prescripción adquisitiva larga, el artículo de referencia expresamente le deniega procedencia, lo que resulta lógico pues difícilmente quien ha ostentado la posesión de una edificación o plantación, de manera pública, pacífica e ininterrumpida por el lapso de veinte años, pretenda ser declarado solo dueño de lo emplazado sobre el suelo, excluyendo de su acción el terreno sobre el cual se asienta.

Sí se admite, en cambio, la prescripción breve como modo de adquisición como una herramienta para sanear un justo título –debiendo aplicarse en este caso las previsiones del artículo 1902–. Y resulta especialmente útil esta figura en los casos en los que el adquirente no puede acogerse a la protección acordada por el artículo 392 por haber adquirido de quien no era titular del derecho de dominio, condominio o propiedad horizontal.

3.6. Facultades del superficiario

Habiendo analizado cómo se adquiere el derecho real de superficie, corresponde ahora analizar qué facultades ostenta el superficiario. Al respecto, el artículo 2120 dispone:

El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie.

El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

33. En opinión contraria, cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (cfr. nota 19), p. 16.

34. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 262.

35. COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. (cfr. nota 22), pp. 308 y ss.

Del análisis sistemático de las normas del CCCN podemos reconocer las siguientes facultades acordadas al titular del derecho real de superficie.

3.6.1. Facultades materiales

Según lo que se hubiere pactado en el contrato constitutivo, el superficiario podrá plantar, forestar o construir sobre la rasante, el espacio aéreo o el subsuelo del inmueble ajeno –es lo que prevé la primera parte del artículo 2115– y, luego de realizadas esas plantaciones o construcciones, ejercer las facultades de uso y goce sobre las mismas.

El derecho real de superficie puede constituirse sobre construcciones o plantaciones ya existentes, supuesto en el cual las facultades materiales del superficiario se encaminarán, en principio, no a la actividad constructiva o forestal sino al uso y goce de las construcciones o plantaciones aportadas por el nudo propietario. Es dable destacar que, en tal caso, si nada se dice, el superficiario podrá realizar nuevas construcciones sobre esas edificaciones preexistentes o bien desforestar o cosechar para luego hacer nuevas plantaciones y, finalmente, realizar amplios actos de disposición material. Contrariamente, puede que la finalidad perseguida por los contratantes sea exclusivamente brindarle al superficiario el derecho de usar, gozar y disponer de las construcciones o plantaciones existentes, excluyendo la facultad de realizar nuevas obras o plantaciones, sujetando la vigencia del derecho de superficie a la subsistencia de las construcciones o plantaciones originarias (téngase presente que, conforme al art. 2122, puede pactarse la extinción del derecho real de superficie ante la destrucción de lo plantado, forestado o construido).

Importante es destacar finalmente que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2116 –y que ya fuera mencionado al abordar lo referente al emplazamiento del derecho– las facultades materiales podrán extenderse a una superficie mayor a la necesaria para realizar las plantaciones o construcciones, siempre que sea útil para su aprovechamiento.

3.6.2. Facultades jurídicas

Facultades que le competen al superficiario desde el punto vista jurídico:

- a) *Transmisibilidad del derecho*: Si bien no está prevista la transmisión del derecho del superficiario en el texto del artículo 2120, la posibilidad surge de lo establecido en los artículos 2119 y 2123.

Tal como surge del citado artículo 2119, la transmisión puede darse mediante actos entre vivos y por causa de muerte (por las reglas de la sucesión *ab intestato* o por vía testamentaria).

La doctrina se muestra dividida sobre la posibilidad de restringir o prohibir la transmisibilidad del derecho de superficie.³⁶ No obstante –y ante la parti-

36. Por la posición que se inclina por la negativa, ver: KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 271; y ZELAYA, Mario, ob. cit. (cfr. nota 28), p. 195. A favor de la cláusula limitativa de la facultad de transmitir el derecho de superficie, ver: COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 311; y ALTERINI, Jorge H., “Derecho real de superficie”, en *Revista del Notariado*, N° 850, 1997, pp. 9-22, <https://goo.gl/upvquG> (incorporado a: ALTERINI, Jorge H. [dir.] y ALTERINI, Ignacio E. [coord.], *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales*, t. 7, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 1088).

cularidad de este derecho y la importancia que pueden revestir en la dinámica contractual las condiciones personales del superficiario, especialmente en la faz inicial, cuando aún no hay propiedad superficiaria-, nos inclinamos por admitir la validez de cláusulas tendientes a restringir la libre transmisibilidad de este derecho exigiendo, por ejemplo, la conformidad del nudo propietario o bien la constitución de garantías suficientes por parte del adquirente, aplicando en este último caso lo dispuesto en el artículo 2142, referente a la transmisión del derecho real de usufructo en virtud de la remisión contenida en el artículo 2127.

- b) *Constitución de derechos reales de garantía*: De acuerdo al texto del artículo 2120, el titular del derecho real de superficie puede “constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria”, resultando imperioso distinguir los dos planos o manifestaciones que puede asumir el derecho de superficie. En efecto, y atendiendo a que el párrafo transcrito se refiere a “derechos reales de garantía” en plural, parece necesario recordar que mientras no haya propiedad superficiaria, el derecho real de superficie se traduce en un derecho real sobre cosa ajena, que le confiere a su titular la facultad de plantar, forestar o construir. Por tal motivo, en esta etapa solo parece admisible la constitución del derecho real de hipoteca, no pareciendo posible la constitución de un derecho real de anticresis, pues este exige la entrega de la posesión de una cosa registrable individualizada, lo que resulta imposible en este caso toda vez que el superficiario solo tiene para ofrecer el “*ius edificandi*” –del que ya hemos hablado–³⁷.

La hipoteca, en cambio, al no suponer tradición del objeto sobre el que recae, puede constituirse tanto sobre el derecho a plantar, forestar o construir como así también sobre la propiedad superficiaria.

Adviértase que en el primer caso estaremos ante un caso de derecho real constituido sobre un bien que no es cosa, expresamente aceptado por la legislación vigente en su artículo 1883 *in fine*. Resulta plausible esta decisión del legislador, pues precisamente es en esta etapa en la que el superficiario más necesita acceder al crédito para poder llevar adelante la construcción, plantación o forestación que han motivado la constitución del derecho real de superficie, por lo que acertado es brindarle una herramienta de este tipo para facilitarle la obtención de la financiación requerida.

Consideramos, junto con Kiper, que en caso de que se constituyera hipoteca sobre el *ius edificandi* cuando la plantación o construcción se hubiere realizado, el derecho real de garantía se extenderá, por la figura de la subrogación, a lo plantado o edificado, sin necesidad de otorgar ningún acto complementario.³⁸ Lógicamente, pudiendo el derecho de superficie –en cualquiera de sus dos planos– ser objeto de derecho real de garantía, queda en evidencia también que podrá ser embargado y subastado, aun por acreedores quirografarios.

- c) *Constitución de derechos reales de disfrute*: Corresponde analizar si puede el superficiario constituir derechos reales de disfrute sobre las plantaciones o edificaciones sobre las que recae su propiedad superficiaria, para lo cual debemos

37. ZELAYA, Mario, ob. cit. (cfr. nota 28), p. 193.

38. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 267.

recurrir a normas que no están contenidas en el capítulo referente al derecho real de superficie. En efecto, una primera respuesta la encontraremos en el artículo 2131 en el que se incluye al superficiario entre lo legitimados para constituir derecho real de usufructo. Ante esto, teniendo en cuentas las remisiones contenidas en el artículo 2155 –referente al derecho real de uso– y el artículo 2159 –referente al derecho real de habitación– cabe concluir que el superficiario puede constituir cualquiera de estos derechos reales de disfrute.

Por su lado, y con relación a la constitución de derecho real de servidumbre, el artículo 2168 establece: “están legitimados para constituir una servidumbre los titulares de derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión”. Por ello, atento a lo establecido en el artículo 1891, debemos concluir que siendo la superficie un derecho real que se ejerce por la posesión, el superficiario se encuentra legitimado para constituir derecho real de servidumbre.

- d) *Afectación al régimen de propiedad horizontal y enajenación y gravamen de unidades funcionales*: el artículo 2120, en su segundo párrafo, expresamente le permite al superficiario afectar las construcciones incorporadas a su patrimonio al régimen de propiedad horizontal, salvo que se hubiere pactado lo contrario, de manera tal que si nada se ha estipulado debemos entender expedita la posibilidad de afectar la edificación a este régimen especial. El propio artículo se encarga de establecer que en tal caso se dará una anomalía pues, por las propias particularidades del derecho de superficie, estaremos ante un régimen de propiedad horizontal donde el terreno no constituye una parte común, sino que pertenecerá al dueño del suelo, configurándose una excepción al categórico artículo 2041 que califica al terreno como cosa necesariamente común. Evidentemente, esta posibilidad de afectar lo construido al régimen de propiedad horizontal estará encaminada a dar origen a unidades funcionales autónomas por lo que parece lógico que se autorice al superficiario a gravar o enajenar “las viviendas, locales u otras unidades privativas”.

Consideramos importante advertir que la enajenación de estas unidades privativas no debe confundirse con la transmisión del derecho real de superficie pues lo que aquí se transfiere es un derecho real de propiedad horizontal revocable, en consecuencia, los adquirentes de estas unidades no asumen las obligaciones contraídas oportunamente por el superficiario y, en caso de destrucción total, no podrá invocar el *ius edificandi*, aplicándose en este supuesto, respecto de los adquirentes, lo establecido en el artículo 1907, extinguiéndose el derecho real de propiedad horizontal.

- e) *Constitución de derechos personales*: Teniendo el superficiario amplias facultades de uso y goce sobre lo plantado y construido resulta innegable que se encuentra legitimado para constituir derechos personales a través de contratos como la locación o el comodato.
- f) *Afectación al régimen de vivienda*: Entre los argumentos esgrimidos para defender la legitimación socio-económica del derecho real de superficie se destaca su aptitud para “impulsar la actividad de la construcción, tan necesaria para paliar la crisis habitacional”.³⁹ Por lo tanto, parece forzoso permitirle al superficiario la posibilidad de afectar al régimen de protección a la vivienda consa-

39. LAFAILLE, Héctor, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 443.

grado por los artículos 244 y siguientes la edificación que, siendo objeto de su propiedad superficiaria, constituye su vivienda.

Por otro lado, no vemos impedimento alguno en admitir tal expediente pues, independientemente del argumento axiológico arriba esgrimido, la manera en que están redactados algunos pasajes de las normas específicamente destinadas a regular el régimen tuitivo de referencia nos permiten incluir al superficiario entre los legitimados. En tal sentido, el artículo 245 define como legitimado al “titular registral”, y el artículo 246 incluye como beneficiario al “propietario constituyente”. Consideramos que precisamente el superficiario es “titular registral” de un derecho real que le otorga facultad de uso, goce y disposición material jurídica sobre lo construido –en el supuesto bajo análisis, afectado a vivienda– y –tal como lo dijéramos al abordar la naturaleza jurídica del derecho real de superficie– entendemos que el superficiario, cuando hay propiedad superficiaria, es **propietario** de un verdadero dominio revocable sobre lo edificado. Consecuentemente, consideramos subsumible al superficiario en la figura de legitimados para instar la afectación al régimen de vivienda.

Por último, y solo para reforzar los argumentos arriba esgrimidos, adviértase que pese a que las normas reseñadas en ningún momento mencionan al titular de derecho real de propiedad horizontal o conjunto inmobiliario, no existe jurista que haya sostenido que, dada esa falta de mención expresa, no puedan estos sujetos afectar a vivienda sus unidades. Cabe destacar que en caso de que el superficiario efectivamente afecte la edificación a este régimen, se aplicarán las consecuencias jurídicas propias del mismo, por lo que no podrán los acreedores ejecutar la propiedad (salvo lo establecido en los incisos del art. 249), la afectación se subrogará al precio o indemnización que recibiera el superficiario (art. 248, con especial vinculación al art. 2126), serán aplicables las restricciones en materia de transmisión (art. 250), etc.

- g) *Aclaraciones comunes*: analizadas las facultades que competen al superficiario es propicio dejar constancias de dos reflexiones aplicables a los supuestos analizados: 1) todos los derechos, tanto reales como personales, que el superficiario constituya no podrán exceder el plazo de duración del derecho de superficie; 2) deberá tenerse presente que toda enajenación o gravamen tendrá que respetar la exigencia del asentimiento conyugal establecida en el artículo 470 y, si el superficiario hubiera radicado en la construcción su vivienda familiar, se tornará aplicable el artículo 456 con su amplio alcance.

3.7. Facultades del propietario del suelo

Tal como se advirtiera precedentemente, el derecho real de superficie configura una carga o gravamen respecto del dueño del suelo, en los términos del artículo 1888 (2º párrafo). En consecuencia, puede afirmarse que este es titular de un dominio imperfecto conforme a lo establecido en los artículos 1946 y 1964 *in fine*, por lo que puede ser considerado nudo propietario.⁴⁰ En esa tesitura, el artículo 2121 dispone que “el

40. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 23/2/2016 (t. 2016-A, p. 1117, cita online AR/DOC/507/2016).

propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario”.

Teniendo en cuenta la dinámica del derecho real de superficie y las facultades que este acuerda el superficiario queda claro que muy pocos serán los actos de disposición material o jurídica que el nudo propietario podrá otorgar. A título de ejemplo podemos incluir la constitución de derecho real de hipoteca sobre la nuda propiedad, supuesto en el cual ninguna molestia se le ocasionaría el superficiario pues en caso de incumplimiento, el acreedor hipotecario solo subastaría la nuda propiedad, por lo que el adquirente deberá respetar el derecho real de superficie constituido. Lo mismo cabe decirse en caso de enajenación de la nuda propiedad. Podría también pensarse –al menos hipotéticamente– que habiendo constituido un derecho real de superficie sobre la rasante o con proyección en el espacio aéreo, luego se constituye otro derecho real de superficie, a favor de un tercero, con proyección al subsuelo, supuesto en el cual el nudo propietario solo conservaría un derecho de propiedad sobre una franja del inmueble “aprisionada” por los derechos reales ajenos.

En cuanto a los actos de disposición material, se muestran aún más difíciles pues estos tienen una aptitud naturalmente más invasivas. Podemos imaginar, en sentido similar al último de los ejemplos dados, que habiéndose constituido un derecho real sobre rasante o con proyección en el espacio aéreo, el nudo propietario realiza excavaciones u obras subterráneas.

Asimismo, pueden incluirse como facultades del nudo propietario: recibir el canon que se hubiere estipulado y extender el dominio a lo plantado forestado o construido que subsiste una vez extinguido el derecho de superficie. Y como obligación, cabe sumar la de pagar la indemnización al extinguirse el derecho de superficie, salvo pacto en contrario.⁴¹

3.8. Destrucción de la propiedad superficiaria

El artículo 1907 expresamente dispone que los derechos reales se extinguen “por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción”. Precisamente, el artículo 2122 prevé:

La propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar.

Esto quiere decir que, salvo que se pacte lo contrario, el derecho real de superficie configura una excepción legal a la regla del artículo 1907, autorizando a reconstruir la cosa y así evitar la extinción del derecho siempre que se respeten los plazos a tal efecto establecidos. El artículo requiere cierto esfuerzo por parte del intérprete en virtud de que la fórmula empleada exige algunas precisiones.

Preliminarmente, debemos recordar que –tal como lo manifestáramos al tratar acerca del concepto y naturaleza jurídica del derecho real de superficie– este derecho presenta dos planos: por un lado, el derecho a plantar, forestar o construir que

41. COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 324.

constituye un derecho real sobre cosa ajena (derecho de superficie en sentido estricto) y, por otro, la manifestación consistente en la propiedad sobre lo plantado, forestado o construido, el cual constituye un derecho real sobre cosa propia (propiedad superficiaria).

Hecha esta aclaración, parece que el artículo confunde derecho de superficie en sentido estricto con propiedad superficiaria, pues establece que es la propiedad superficiaria lo que no se extingue por destrucción de lo plantado, forestado o construido, cuando – teniendo en cuenta lo destacado en el párrafo precedente – claramente la propiedad superficiaria no puede subsistir sin que exista la cosa propia del superficiario (plantación o edificación) que le sirva de objeto. El artículo debe ser interpretado de manera tal que, destruido el objeto de la propiedad superficiaria, no se extingue el derecho real de superficie en sentido estricto, consecuentemente, producida la destrucción nace –o renace– plenamente el derecho de plantar, forestar o construir, por lo que se produce una metamorfosis de la propiedad superficiaria, dando paso a la facultad de plantar o edificar (derecho de superficie en sentido estricto).⁴² Por lo precedentemente expuesto, resultaba más adecuada la terminología empleada en el artículo 7 de la Ley 25509, la que, al abordar este supuesto, se refería al derecho real de superficie forestal y no a la propiedad superficiaria.

Importante es destacar que para que no extinga del derecho de superficie, la ley exige que su titular reconstruya o vuelva a plantar o forestar dentro del plazo establecido por la ley, esto es: seis años para el caso de construcciones y tres años para el caso de plantaciones. Este plazo comienza a computarse desde el momento en que se produce la destrucción y, como señala Kiper –citando a Puerta de Chacón–, en caso de que se inicie la reconstrucción o replantación y luego se suspenda, “el plazo no comienza a computarse entero nuevamente [...] se trata de plazos de caducidad que no se interrumpen ni suspenden”.⁴³

Efectivamente, y como sostuviera oportunamente Alterini al analizar el citado artículo 7 de la Ley 25509,

... para que se extinga el derecho de superficie, es preciso que a la destrucción de lo plantado se sume una conducta omisiva del superficiario [...] Así, si bien el autor de la ley acepta la suspensión del principio de la accesión, como una excepción justificada por las necesidades del desarrollo económico, en caso de que ese despliegue productivo no se concreta, desaparecen las razones que habilitan la excepción a la regla y como consecuencia dispone la extinción del derecho.⁴⁴

Por último, es importante tener en cuenta que esta solución legal admite pacto en contrario, en consecuencia las partes podrán estipular que producida la destrucción se operará inmediatamente la extinción del derecho de superficie. En caso de que se decidiera acordar en tal sentido, y atento a que la norma solo habla de destrucción, será conveniente que en el mismo contrato los otorgantes especifiquen que se enten-

42. Cabe recordar que el objeto de la propiedad superficiaria pueden ser plantaciones o construcciones hechas por el propietario del suelo, y que se incorporan al patrimonio del superficiario precisamente por la constitución del derecho de superficie, o bien ser aquellas fruto o consecuencia del ejercicio del derecho de plantar o construir. En este último supuesto, ante la destrucción de las plantaciones o construcciones, hay un verdadero renacimiento de las facultades primigenias.

43. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 278.

44. LAFAILLE, Héctor, ob. cit. (cfr. nota 14), pp. 516 y ss.

derá por destrucción, si se aplicará la extinción aún en caso de destrucción parcial y, en ese caso, cuál será el porcentaje o parámetro de referencia, etc. Por último, consideramos que este pacto en contrario admitido por la ley, solo se refiere a la posibilidad de estipular la extinción en caso de destrucción, y no autoriza a modificar los plazos legales fijados para la reconstrucción o reforestación, tal como sí lo preveía el artículo 2028 del proyecto de código civil y comercial de 1998.

3.9. Extinción

Entrando ya en la recta final del presente ensayo, nos abocaremos a analizar la regulación atinente a la extinción del derecho de superficie, partiendo a tal fin de lo establecido en el artículo 2124, que literalmente reza:

El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar.

Consideramos conveniente realizar el análisis de esta materia haciendo foco en tres ejes principales: el alcance de la norma transcripta, las causales de extinción y sus efectos.

3.9.1 Alcance del artículo 2124

El citado artículo inicia así: “el derecho de construir, plantar o forestar se extingue”; por lo que podría pensarse que este artículo solo regula la extinción del derecho de superficie propiamente dicho y que no sería aplicable a la propiedad superficiaria. Ante esto, autores como Kiper consideran que hay aquí un defecto de redacción, pues de lo contrario, desde el momento en que el superficiario construye, planta o foresta, su derecho quedaría excluido de las normas que regulan la extinción y se convertiría en perpetuo, lo que resulta inadmisibles en nuestra legislación donde el derecho de superficie es, por definición, temporario. Así, este autor manifiesta:

De lo contrario, bastaría que el superficiario iniciara su actividad para convertir a su derecho temporario en un perpetuo, lo que sería absurdo. El artículo debería decir que «el derecho del superficiario se extingue por»...⁴⁵

En sentido similar se pronuncia Zelaya, para quien, no obstante la letra del artículo 2124, los modos de extinción regulados en dicha norma, con excepción del “no uso”, “también son aplicables cuando ya existen construcciones, plantaciones o forestaciones, es decir, en caso de «propiedad superficiaria»”.⁴⁶

Por su lado, resultan sumamente interesantes –y nada desechables– las consideraciones que al respecto hace Dodda, para quien, haciendo una interpretación sistemática de las normas del CCCN y teniendo especialmente en cuenta la remisión dispuesta por el artículo 2128 a las normas del dominio revocable como régimen supletorio atinente a la propiedad superficiaria, cabe sostener:

45. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 279.

46. ZELAYA, Mario, ob. cit. (cfr. nota 28), p. 209.

En consecuencia, según la norma en análisis, el derecho a plantar, forestar o construir (*ius edificandi*) se extingue por renuncia expresa; vencimiento del plazo; cumplimiento de una condición resolutoria; por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar.

La propiedad superficiaria se extingue por destrucción de lo plantado, forestado o construido en el caso de que el superficiario no vuelva construir dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres para replantar o reforestar, excepto pacto en contrario (art. 2122); vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria (arts. 1965 y 2128); por abandono y consolidación (art. 1907).⁴⁷

Lo cierto es que, más allá de las disquisiciones doctrinarias sobre el alcance del artículo 2124, puede hacerse un abordaje conjunto de las causales en él reguladas marcando, en los casos que correspondiere, las particularidades o excepciones a tener en cuenta respecto de la propiedad superficiaria.

3.9.2. Causales de extinción

Siguiendo la enumeración hecha en el artículo 2124, el derecho de superficie se extingue por:

- a) *Renuncia*: Este acto jurídico consiste básicamente en la dejación voluntaria que, de manera expresa o tácita, se hace de una cosa o derecho.⁴⁸ Claro está que, en el contexto de la norma bajo análisis, esta causal de extinción solo se configurará cuando se realice de manera expresa (la voluntad abdicativa evidenciada tácitamente o por meros hechos corresponde ser encuadrada en la causal de “no uso”). Teniendo en cuenta que se trata de modo de extinción de un derecho real sobre un inmueble, la renuncia debe formalizarse por escritura pública y ser inscripta en el registro inmobiliario (artículos 1017 inciso a) y 1893). Cabe destacar que la renuncia no libera al superficiario de sus obligaciones (art. 2123) y, además, hasta que no se cumple el plazo contractual o legal, deja subsistente los derechos reales o personales que este hubiera constituido (art. 2125).
- b) *Vencimiento del plazo*: Tal como ha quedado dicho, una de las notas características del derecho de superficie en la legislación argentina es su carácter temporario. En consecuencia, esta causal siempre estará presente en defecto de las restantes. Se trata, claro está, de un plazo resolutorio, que en principio deberá estar estipulado en el contrato constitutivo y que, en ningún supuesto, podrá exceder los plazos legales máximos –setenta años para construcción y cincuenta años para plantación y forestación– establecidos en el artículo 2119. Dable es resaltar –como se verá más adelante– que la extinción del derecho real de superficie por vencimiento del plazo es la única causal que produce, concomitantemente, la extinción de todos los derechos reales o personales que el superficiario hubiere constituido (art. 2125).
- c) *Cumplimiento de una condición resolutoria*: Conforme al artículo 343, “se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes su-

47. COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 335.

48. FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo, *Diccionario jurídico*, t. 6, Buenos Aires, Abecé, 1961, p. 281.

bordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto”. Por tal motivo, en caso de haberse estipulado que el derecho del superficiario se hubiera de extinguir al acaecer un acontecimiento futuro e incierto, al producirse este queda liquidado su derecho.

Parece oportuno destacar que si esta condición resolutoria se cumple antes del vencimiento del plazo contractual o legal, no acarrea la extinción de los derechos constituidos por el superficiario, configurándose una importante diferencia respecto del régimen jurídico aplicable en materia de dominio revocable, al cual remite el artículo 2128.

- d) *Consolidación*: Se configura cuando una persona adquiere la propiedad del suelo y el derecho real de superficie, pudiendo esto ocurrir en cabeza del nudo propietario, del superficiario o incluso de un tercero ajeno a la relación originaria. Si bien la consolidación está regulada en el artículo 1907 como causal de extinción de derechos reales sobre cosa ajena, nada impide aplicarla también en el caso de que existiera propiedad superficiaria, que –como se ha aclarado anteriormente– constituye un derecho real sobre cosa propia, pues por el desdoblamiento que este derecho produce entre la propiedad del suelo y de los plantado o construido, resulta procedente en este caso.
- e) *No uso*: Atento a que el derecho de superficie tiende a dinamizar el aprovechamiento de bienes inmuebles, fomentando su explotación productiva, es lógico que, si el superficiario no hace uso de sus facultades de construir, plantar o forestar dentro de un plazo razonable, se lo sancione con la pérdida de su derecho. Al respecto la norma distingue según la finalidad perseguida con la constitución del derecho de superficie: si fue con objeto constructivo se acuerda un plazo de diez años, en cambio, si fue constituido para plantar o forestar, el plazo es de cinco años.

Ahora bien, respecto de esta causal hay opiniones encontradas en la doctrina acerca de su aplicabilidad respecto de la propiedad superficiaria. En efecto, Kiper se inclina por la respuesta afirmativa, configurándose la causal en caso de que el superficiario no explote la edificación o plantación. El autor cita a Mariani de Vidal en cuanto afirma:

El contemplar el «no uso» o «desuso» como causal de extinción para ambas modalidades del derecho de superficie se compadece con la finalidad del fomento perseguido por la ley, en aras del interés comunitario, al que no favorecería la existencia de desmembraciones estériles al dominio (*Derecho real de superficie forestal cit.*).⁴⁹

Zelaya, en cambio, sostiene que no es posible extender la causal de desuso a la propiedad superficiaria.⁵⁰ En igual sentido se manifiesta Dodda, quien considera que, respecto de esta propiedad, el no uso solo genera su extinción cuando el superficiario, frente a la destrucción de su objeto, no vuelve a construir o a replantar o forestar dentro de los plazos acordados en el artículo 2122.⁵¹ En

49. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), pp. 282 y ss.

50. ZELAYA, Mario, ob. cit. (cfr. nota 28), p. 214.

51. COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 335.

el mismo orden de ideas se expiden Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón: “La propiedad superficiaria, en cambio, como toda propiedad, subsiste independientemente del ejercicio que se haga de ella”.⁵²

Creemos oportuno destacar que cuando el artículo 2123 hace referencia al “desuso” y al “abandono”, no está regulando causales de extinción autónomas. Efectivamente, el desuso es el “no uso” y el abandono, cuando es meramente fáctico o de hecho, es precisamente desuso, en tanto que si hubiera manifestación expresa de voluntad de abandonar la cosa, instrumentada formalmente, estaremos ante una renuncia expresa. Lo cierto es que, por imperio del citado artículo 2123, el no uso no libera al superficiario de sus obligaciones.

Creemos acertado destacar la opinión de Gurfinkel de Wendy, quien entiende que esta causal no solo se configurará ante la conducta omisiva o inactiva del superficiario sino “también cuando las obras realizadas se apartan de lo pactado en el acto de constitución”.⁵³

- f) *Otras causales*: Pese a no estar expresamente previstas en la normativa específicamente regulatoria del derecho de superficie, cabe incluir como causales de extinción a las siguientes: acuerdo extintivo, cese de la existencia de la persona jurídica a favor de quien se constituyó el derecho, expropiación del objeto y destrucción o pérdida del inmueble sobre el que recae el derecho (ejemplo: avulsión).⁵⁴

3.9.3. Efectos de la extinción

Para adentrarnos en el análisis de las consecuencias jurídicas derivadas de la extinción, debemos tener presente lo dispuesto en el artículo 2125:

Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.

Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido.

La letra de la norma pone en evidencia que los efectos jurídicos de la extinción difieren según el derecho del superficiario se hubiera extinguido por cumplimiento del plazo legal o contractual o bien por alguna de las otras causales.

Tal como lo sostuviéramos precedentemente, la constitución del derecho real de superficie implica una suspensión del principio de accesión, el que se mantiene latente en una especie de letargo. Por tal motivo, al producirse la extinción del de-

52. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (cfr. nota 19), p. 59.

53. GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., [comentario a los arts. 2114-2128], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 704.

54. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 281.

recho real de superficie, el dominio recobra plenamente su elasticidad y el derecho de propiedad del nudo propietario (dueño del suelo) abraza o envuelve también las plantaciones o construcciones que pertenecieran al superficiario.

Ahora bien, solo en caso de extinción por cumplimiento del plazo legal o convencional esto se produce de manera plena y automática, haciéndose el propietario del suelo dueño de lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario. En cambio, cuando la extinción se produce antes de que llegara a cumplirse ese plazo, las consecuencias son diferentes porque, si bien hay una “reactivación” del principio de accesión y el propietario del suelo extiende su dominio a las construcciones o plantaciones subsistentes, lo cierto es que, para proteger a los terceros que han contratado durante la vigencia del derecho de superficie, la ley se encarga de aclarar que los derechos reales y personales **constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.**

Se consagra así, respecto de esos terceros, la inoponibilidad de la extinción operada (art. 382 *in fine*), pues ellos han contratado teniendo en cuenta el plazo del contrato constitutivo o el plazo legal, por lo que, privarlos de sus derechos ante un hecho o acto jurídico que ocasiona la extinción anticipada del derecho de superficie, produciría un gran inseguridad jurídica, convirtiendo al derecho de superficie en letra muerta.

Importante es destacar que, producida la extinción, el propietario del suelo hace suyas las plantaciones o construcciones existentes, sin necesidad de tradición, por lo que, en caso de que el superficiario no entregara la posesión de la cosa, queda constituido como un poseedor en nombre del dueño, conforme al artículo 1968, aplicable por expresa remisión contenida en el artículo 2128.

Atento a que se produce este incremento patrimonial por parte del dueño del suelo, el artículo 2126 establece que se le deberá abonar al superficiario una indemnización, para evitar que se configure un enriquecimiento sin causa. Esta indemnización será la que las partes, de común acuerdo, hubieren fijado, ya sea en el contrato constitutivo o en convenios posteriores. En caso de que no hubiere mediado acuerdo al respecto, será el juez quien deba decidir sobre el parámetro que el propio artículo 2126 se encarga de establecer disponiendo que deberán tomarse en cuenta “los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización”.

Consideramos procedente pactar que la indemnización se efectivice en especie, particularmente mediante la entrega en propiedad al superficiario de parte de lo construido, especialmente en el caso de edificios de departamentos u oficinas. De esta manera, podría acordarse que, producida la extinción, el dueño del suelo –que hace propio todo lo construido en el terreno– afecte la edificación al régimen de propiedad horizontal y transfiera a quien fuera superficiario la cantidad de unidades acordadas en concepto de indemnización. En esa dinámica contractual, el derecho de superficie aparece como una opción en los casos de inversiones inmobiliarias en las que un sujeto aporta el terreno y otro el desarrollo de la obra, pudiendo constituir a favor del desarrollista un derecho de superficie sujeto a la condición resolutoria de la conclusión de la obra proyectada, pactando un plazo máximo razonable a tal fin y acordando que, al concluirse el edificio y operarse la extinción del derecho de super-

ficie, el dueño del suelo, luego de afectar a propiedad horizontal, le transfiera al desarrollista cierta cantidad de las unidades construidas. De esta manera, el propietario del terreno queda garantizado, toda vez que solo se ha desprendido de la superficie y eventualmente recuperará pleno vigor el principio de accesión y, por su parte, el desarrollista no ostentará un mero derecho personal sobre el inmueble sino uno de carácter real con la oponibilidad *erga omnes* y demás prerrogativas correspondientes a esta categoría jurídica.⁵⁵ Hasta que se efectivice la indemnización, el superficiario podrá ejercer derecho de retención por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2587.

Finalmente, debe recordarse que la propia ley autoriza el pacto en contrario, de manera tal que es absolutamente válida la cláusula contractual en virtud de la cual se disponga que el superficiario nada reciba en concepto de indemnización.

4. Conclusión

- El CCCN incorpora por primera vez a nuestro ordenamiento positivo el derecho real de superficie en su máxima amplitud, aceptando su constitución con fines de construcción como así también de plantación y forestación.
- Entendemos que este derecho real aparece como una herramienta interesante para dinamizar la explotación de inmuebles cuyos propietarios no quieren o no pueden realizar actividades productivas sobre los mismos, especialmente en materia constructiva.
- En este sentido, consideramos que tal vez sean los inmuebles de dominio privado del Estado los que mayor potencialidad presentan para ser asiento de esta nueva herramienta jurídica, pues permitirá darle a estos un destino socialmente útil –especialmente en materia habitacional– sin exigir desprendimiento patrimonial definitivo.
- El desarrollo de la figura en el ámbito privado dependerá de la evolución en las costumbres de la sociedad. En materia habitacional, principalmente, aún resulta culturalmente difícil de concebir la posibilidad de desdoblar y separar la propiedad de las construcciones de la propiedad del suelo, como así también aceptar la adquisición de dominios revocables sobre edificaciones destinadas a vivienda. Tal vez los primeros pasos se darán en construcciones destinadas a actividades comerciales (locales, oficinas, etc.) pues en estos casos resulta mucho más acorde a estos destinos la aplicación de propiedad temporaria.
- Desde el punto de vista jurídico, y salvo las observaciones que se han hecho en cuanto a algunas deficiencias en la regulación, creemos que el plexo normativo se muestra completo y adecuado para regir la dinámica de la figura sin mayores inconvenientes.
- Como operadores jurídicos debemos asumir el desafío de profundizar en el estudio de esta figura y rescatar las ventajas que puede otorgar a la dinámica productiva de los bienes inmuebles, desprendiéndonos de preconceptos fuertemente arraigados luego de casi 150 años de vigencia de una legislación que siempre vio con malos ojos al derecho de superficie.

55. Esta idea fue ampliamente desarrollada y fundamentada en VILLANUEVA, Antonio M., “El derecho de superficie y el condominio vinculado”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 895, 1987, p. 979.

- El cambio cultural que se necesita para darle efectiva vida al derecho de superficie en nuestra realidad socio-económico deberá partir de los profesionales del derecho. Perdámosle el miedo entonces y démosle una oportunidad a esta institución.

5. Bibliografía

- ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 23/2/2016 (t. 2016-A, p. 1117, cita online AR/DOC/507/2016).
- ALTERINI, Jorge H., “Derecho real de superficie”, en *Revista del Notariado*, N° 850, 1997, pp. 9-22, <https://goo.gl/upvquG> (incorporado a Alterini, Jorge H. [dir.] y Alterini, Ignacio E. [coord.], *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales*, t. 7, Buenos Aires, La Ley, 2012).
- CORNEJO, Américo A., “El derecho real de superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1987-D.
- COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., [comentario a los arts. 2114-2128], en Lamber, Néstor D. en Clusellas, Gabriel [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo, *Diccionario jurídico*, t. 6, Buenos Aires, Abecé, 1961.
- GAYO, *Instituta*, libro 2.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., [comentario a los arts. 2114-2128], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- KIPER, Claudio M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 6, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2011, 2ª ed. (actualizada y ampliada por Jorge H. ALTERINI).
- LINARES DE URRUTIGOITY, Martha y PUJOL DE ZIZZIAS, Irene, “Objeto del derecho real de superficie. Con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la Ley 25509”, en *Revista del Notariado*, N° 867, 2002, pp. 41-62, <https://goo.gl/e1FKmN>.
- MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. 7, Buenos Aires, Ed. Científica y Literaria Argentina, 1922.
- MOREIRA, Laureano A., “El derecho de superficie en el proyecto de unificación legislativa”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 128, 1998.
- TRANCHINI, Marcela, “Propiedad horizontal. Cuestiones vinculadas a su objeto”, en AA. VV., *LI Seminario Laureano A. Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2006 (junio).
- VILLANUEVA, Antonio M., “El derecho de superficie y el condominio vinculado”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 895, 1987.
- ZELAYA, Mario, “Superficie”, en Kiper, Claudio M. (dir.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- [comentario a los arts. 2114-2128], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 9, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

La persona humana

El estatuto personal en el derecho internacional privado argentino

Luciana B. Scotti

RdN 930

RESUMEN

Se aborda el llamado “estatuto personal”, que alude a todas aquellas cuestiones jurídicas relativas a la persona humana en el derecho internacional privado. A tal fin, se realiza un desarrollo doctrinario de tema, para luego analizar las normas del derecho argentino, en especial aquellas disposiciones específicas que contiene el Código Civil y Comercial argentino, ello sin perjuicio del estudio de la normativa convencional vigente. Se comparten al final del artículo algunas conclusiones personales.

PALABRAS CLAVE

Persona, estatuto personal, derecho internacional privado, capacidad.

Fechas de recepción y aceptación

30/10/2017 - 22/12/2017

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Criterios antagónicos: nacionalidad versus domicilio. **3.** Una opción superadora: la residencia habitual. **4.** El derecho internacional privado argentino. Fuentes que regulan el estatuto personal. **5.** Calificaciones sobre domicilio y residencia habitual de la persona humana. **6.** Calificación del domicilio de las personas menores de edad. Incidencia en el ámbito de la restitución internacional de niños. **7.** Calificación de domicilio de otras personas incapaces. **8.** La capacidad de la persona humana. **9.** Conflicto móvil o cambio de estatutos. **10.** Supuestos de personas incapaces. Principio del favor negotii o doctrina del interés nacional. **11.** El nombre de la persona humana. **12.** Ausencia y presunción de fallecimiento. **13.** Consideraciones finales. **14.** Bibliografía.

1. Introducción

Las cuestiones jurídicas relativas a la persona humana en el derecho internacional privado (en adelante, DIPr) usualmente se conocen con el nombre de *estatuto personal*. Sin embargo, en relación al alcance de la expresión “estatuto personal” nos encontramos con diversas definiciones:

a) el estatuto personal son las leyes o normas jurídicas que regulan las cuestiones relativas a las personas, b) el estatuto personal es el conjunto de materias que se rigen por la ley propia de la persona, es decir ese es el ámbito de la ley personal, c) el estatuto personal es el conjunto de instituciones relativas a la persona con independencia de la ley que las regule.¹

Por otro lado,

En lo que concierne a la delimitación del ámbito de aplicación sustantivo del estatuto personal [...] un análisis de Derecho comparado nos ofrece un panorama que, en esencia, se resume en la existencia de tres concepciones: la estricta, en la que el estatuto personal estaría conformado por el estado civil y la capacidad como consecuencia de una consideración de la persona como individuo aisladamente considerado; la intermedia, que añadiría a lo anterior las relaciones de familia por entender a la persona en su calidad de miembro de una institución familiar; y la amplia que agregaría a lo precedente la sucesión mortis causa por asentarse en un concepto de la persona como miembro de una sociedad.²

El DIPr argentino se inclina por la concepción estricta en tanto las relaciones de familia (matrimonio, uniones convivenciales, filiación, responsabilidad parental, etc.) así como las sucesiones tienen un régimen propio y, por ende, autónomo. En consecuencia, cuando aludimos al estatuto personal en este trabajo, con un sentido preciso, nos referimos al estado y capacidad/incapacidad de la persona humana, al principio y fin de su existencia y al nombre.

2. Criterios antagónicos: nacionalidad versus domicilio

El estatuto personal fue objeto de un divergente tratamiento por las doctrinas tradicionales del DIPr, lideradas por Mancini y Savigny. Tal como nos recuerda Uriondo de Martinoli, a finales del siglo XIX, Pasquale Mancini, en un contexto histórico muy peculiar –el de la unificación de Italia–, formuló el principio de identidad entre Nación y Estado, sustituyendo el estatuto domiciliario por el estatal y aplicando la ley nacional como estatuto personal (1851). A partir de ese momento, se rompió la unidad en el sistema del estatuto personal y la nacionalidad y el domicilio comenzaron a disputarse el favor de los autores y de los sistemas jurídicos.

El sistema de nacionalidad tuvo excelente acogida en toda Europa continental, sea en la codificación interna, con excepción de Noruega y Dinamarca, como internacional del DIPr (Convenios de La Haya de 1902, en materia de Matrimonio, Divorcio y Separación y Tutela de Menores, y de 1905, relativo a los Efectos del Matrimonio).³ La más célebre expresión del pensamiento de Mancini, la encontra-

1. CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, t. 2, Granada, Comares, 2009, p. 14.

2. RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado” [online], en *Cuadernos de derecho transnacional*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, v. 2 (2010), N° 1, p. 187, <https://goo.gl/bP1zrq>. (Última consulta: 24/1/2018).

3. Ver URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, “El estatuto personal ante los desplazamientos transfronterizos. Criterios para la determinación del contenido del estatuto personal. Posibles conexiones localizadoras del derecho aplicable”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° 21, 2012, pp. 203 y ss. (última consulta: 24/1/2018). [N. del E.: ver en <https://goo.gl/fFXyNH>].

mos en el artículo 3.3 del Código Civil francés de 1804: “Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los franceses, aun cuando residan en países extranjeros”.⁴

A su turno, la Corte Internacional de Justicia de La Haya, en el caso “Nottebohm” (1955), afirmó:

... la nacionalidad es un vínculo legal que tiene su base en el hecho social del enraizamiento, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de recíprocos deberes y derechos [...] el individuo al cual le es conferida directamente por la ley o como resultado de un acto de las autoridades, está de hecho, más vinculado a la población del Estado que le confiere la nacionalidad que a la de cualquier otro Estado.⁵

La adopción del criterio de la nacionalidad garantiza la identidad nacional, religiosa y cultural de los migrantes, por cuanto permitiría la aplicación del ordenamiento de su país de origen en el Estado receptor a instituciones sensibles desde una perspectiva religiosa o cultural.⁶ Además, la nacionalidad de la persona es un punto de conexión que garantiza, en principio, la aplicación de una sola ley estatal a las cuestiones jurídicas relativas al individuo. Al ser una conexión estable, evita fraudes y potencia la seguridad jurídica.

Por otra parte, se sostiene que resulta más fácil cambiar de domicilio que de nacionalidad, en atención a que el cambio del domicilio depende enteramente del individuo, mientras que el de nacionalidad requiere el consentimiento del Estado cuya nacionalidad se adquiere. Sin embargo, en contra de este criterio, se ha expresado que

... abrir la puerta a la aplicación en el territorio de acogida de ordenamientos extranjeros puede dar lugar a la activación del correctivo del orden público internacional por las autoridades del foro (como límite a la aplicación de normas o a la eficacia de decisiones extranjeras) dependiendo del grado de tolerancia o de respeto que hacia estos ordenamientos se tenga en dicho Estado...

A lo anterior se añade que la nacionalidad, al ser una «conexión formal», obliga a aplicar a las cuestiones personales la ley de un Estado con el que el individuo no tiene una «conexión real», basada necesariamente en contactos sustanciales de éste con un país. Al igual que el domicilio, la nacionalidad es una conexión jurídica [...] cuya comprobación resulta más dificultosa, ya que puede ser muy difícil precisar si una persona ha adquirido o perdido una determinada nacionalidad, complicándose más aún la investigación frente a casos de múltiple nacionalidad (conflicto positivo) y apatridia (conflicto negativo).⁷

En la otra vereda, encontramos el criterio del domicilio, que genera un nivel suficiente de proximidad de la persona humana con un concreto Estado.

4. MENICOCCI, Alejandro A., “El estatuto de la persona humana: del domicilio y la nacionalidad a la autonomía conflictual y material”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° 21, 2012, p. 49 (última consulta: 24/1/2018). [N. del E.: ver en <https://goo.gl/fFYnH>].

5. CIJ, 6/4/1955, caso “Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) (segunda fase)” [N. del E.: ver 1} ficha técnica del caso <https://goo.gl/xjph2d>, 2} sentencia completa en inglés {ver p. 23, <https://goo.gl/k8vNy1>, 3} sumario en español {ver pp. 46-47, <https://goo.gl/C8ve7v>}].

6. URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 205.

7. Ídem, p. 206.

Savigny, entendiendo que la aplicación de un derecho debía hacerse en función de la naturaleza esencial de la relación jurídica, le atribuyó al domicilio la regulación de todo lo relacionado con la capacidad de la persona. También Story afirma que la ley que rige la capacidad de las personas es la del domicilio.⁸ Kaller de Orchansky, por su parte, sostiene que la nacionalidad es un concepto totalmente extraño al DIPr, porque

... si lo que se busca es someter la capacidad e incapacidad de la persona física al ordenamiento jurídico más justo y adecuado, teniendo en cuenta la vinculación inmediata y concreta de la persona con el lugar en el que tiene su asiento principal y desarrolla su actividad como sujeto de derechos y obligaciones, la noción de nacionalidad es inadecuada, ya que no supone vinculación real y efectiva de la persona con el ordenamiento jurídico privado respectivo, mientras que la noción de domicilio sí supone esa relación vinculante con el ordenamiento jurídico privado.⁹

El debate nacionalidad versus domicilio fue arduo en el proceso de codificación del DIPr en América Latina. La opción por uno u otro criterio no era pacífica porque era una decisión de índole política con efectos prácticos, sociales y políticos relevantes. Esta circunstancia quedó reflejada en la solución de compromiso a la que arribaron las negociaciones del Código de Bustamante y Sirven (Código de Derecho Internacional Privado firmado en la ciudad de La Habana, en 1928), cuyo artículo 7 dispone que “cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior”. En definitiva, la opción por una u otra conexión ha implicado desde siempre asumir una posición frente al fenómeno de las migraciones.

Como bien señala Fernández Arroyo, la aplicación de la ley de la nacionalidad “acompaña” al nacional emigrante donde quiera que vaya:

... tiene por tanto mucho sentido y una comprensible explicación política y práctica que el criterio de la nacionalidad haya triunfado en los países de Europa continental (los países tributarios del *common law* han seguido tradicionalmente el criterio del *domicile*, que se corresponde un poco más con lo que nosotros conocemos como domicilio de origen que con nuestra idea de domicilio a secas) en las codificaciones del siglo XIX y de buena parte del siglo XX, siendo como eran estos países, países de emigración.¹⁰

Por el contrario, para los países de inmigración, como los del Río de la Plata y, en especial, Argentina, el panorama era exactamente el opuesto: regir las relaciones personales por el derecho de la nacionalidad de las personas hubiera generado la aplicación del derecho extranjero en un número muy significativo de casos, debido a la alta proporción de población inmigrante en la región.

8. SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, t. 8, 1849; STORY, Joseph, *Comentarios sobre los conflictos de leyes*, Buenos Aires, Lajouane, 1891.

9. KALLER DE ORCHANSKY, Berta, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1991, pp. 187-188.

10. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Personas físicas”, en AA. VV. (Fernández Arroyo, D. P. [coord.]), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur. Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 506.

La opción a favor del criterio domiciliario permitía la aplicación del derecho del lugar del país de acogida y la consolidación de una soberanía aún muy endeble en Estados recientemente independizados, que daban sus primeros pasos en la comunidad internacional. Así fue que países como Argentina, Paraguay y Uruguay optaron originariamente por el domicilio como criterio rector de la vida civil de las personas humanas; lo propio hicieron Brasil, en 1942, y Venezuela, finalmente, en 1998 (Ley de Derecho Internacional Privado). Sin embargo, ante esas posiciones antagónicas, surge como opción superadora la residencia habitual.

3. Una opción superadora: la residencia habitual

A mediados del siglo pasado y hasta nuestros días, se advierte

... el intento de superación de las relaciones de contraposición entre nacionalidad y domicilio mediante una conexión integradora de los países partidarios de ambas: se trata de la residencia habitual, que ha sido la preferentemente acogida en su ingente obra codificadora por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado [...] así como por diversos legisladores estatales en las nuevas normas de derecho internacional privado promulgadas en los últimos años.¹¹

Asimismo, la doctrina ha indicado que la noción de residencia habitual

... se asimila al domicilio de hecho y por ende, sitúa a la persona en su medio real (elemento objetivo), evitando las estrías normativas provocadas por la calificación del domicilio. Al mismo tiempo, recoge el ánimo de la persona de vivir donde se encuentra (elemento subjetivo). La residencia habitual es, por otro lado, más afín a los constantes desplazamientos propios de nuestro tiempo, que no necesariamente son acompañados por una mutación normativa efectuada por el sujeto que se desplaza.¹²

Las convenciones de la Conferencia de La Haya y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) han recurrido, en forma cada vez más creciente, a esta conexión en materias específicas. En efecto, la primera convención que opta por la residencia habitual es la que regula la adopción de medidas encaminadas a proteger la persona y bienes del menor (convenio del 5 de octubre de 1961), en virtud de la cual se sustituye la solución básica del citado texto de 1902, que consistía en someter la tutela a la ley nacional del menor. Otras convenciones que utilizan la residencia habitual como conexión determinante para definir la ley aplicable son el convenio de 2 de octubre de 1973, que consagra como conexión principal la residencia habitual del acreedor alimentario (art. 4) y como subsidiaria de primer grado, su nacionalidad (art. 5). La residencia habitual del acreedor de alimentos es también la regla general para señalar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias establecida por el Protocolo del 23 de noviembre de 2007. Esta conexión también es adoptada en los convenios de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores

11. RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 188.

12. MENICOCCHI, Alejandro, ob. cit. (cfr. nota 4), pp. 53-54.

(convenio del 25 de octubre de 1980), sobre Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de Menores (convenio del 19 de octubre de 1996) y en materia de Adopción Internacional (convenio del 29 de mayo de 1993).

En el foro de codificación interamericano, la residencia habitual es el criterio rector en las convenciones interamericanas sobre Adopción Internacional (1984),¹³ Obligaciones Alimentarias (1989),¹⁴ Restitución Internacional de Menores (1989)¹⁵ y Tráfico Internacional de Menores (1994).¹⁶

Recientemente, y en el marco de la Unión Europea, cabe mencionar el Reglamento UE N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (del 4 de julio de 2012), relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Este establece como criterio único para determinar tanto la jurisdicción como la ley aplicable en los asuntos transfronterizos el lugar de residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21, inc. 1). Para determinar la residencia habitual,

... la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la frecuencia de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento. [Considerando N° 23]

Sin embargo, en casos excepcionales, la autoridad que sustancie la sucesión puede llegar a concluir que la ley aplicable a la sucesión no sea la ley del Estado de residencia habitual del causante, sino la ley del Estado con el que el difunto tenía un vínculo manifiestamente más estrecho en el momento del fallecimiento (art. 21, inc. 2).

4. El derecho internacional privado argentino.

Fuentes que regulan el estatuto personal

En el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), encontramos una sección destinada especialmente a la persona humana. En las disposiciones de DIPr (título IV del libro sexto), la sección 1ª del capítulo 3 (parte especial) se dedica a las personas humanas consideradas en sí mismas. Los artículos 2613 a 2620 se ocupan de definir el domicilio y la residencia habitual de la persona física, el domicilio de las personas menores de edad y de otras personas incapaces, a los fines de la aplicación de las normas de DIPr; establecen el régimen internacional de la capacidad de la persona humana, el derecho aplicable al nombre, y la jurisdicción competente y la ley aplicable a la declaración de ausencia y presunción de fallecimiento.

13. Suscripta en el marco de la CIDIP-III (La Paz, 1984).

14. Suscripta en el marco de la CIDIP-IV (Montevideo, 1989).

15. Suscripta en el marco de la CIDIP-IV (Montevideo, 1989).

16. Suscripta en el marco de la CIDIP-V (México DF, 1994).

Por otro lado, encontramos normas específicas sobre el tema que nos ocupa en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 (de rango superior a la fuente interna, de acuerdo al art. 2594 CCCN y al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).¹⁷

5. Calificaciones sobre domicilio y residencia habitual de la persona humana

La importancia del domicilio en el DIPr argentino radica en dos circunstancias: la atribución de jurisdicción internacional a los jueces argentinos y la determinación del derecho aplicable a las materias del estatuto personal. Sin embargo, el Código Civil de Vélez Sarsfield (CCIV) no previó la calificación autárquica, es decir, la definición del punto de conexión clásico “domicilio” que él mismo eligió para regir las relaciones jusprivatistas internacionales de carácter personal. En cambio, las fuentes convencionales más antiguas que forman parte del DIPr argentino contemplaban su definición. Se destaca en este sentido el citado Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940:

Artículo 5: En aquellos casos que no se encuentren especialmente previstos en el presente tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran:

- 1^a) La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él.
- 2^a) A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida común; o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva.
- 3^a) El lugar del centro principal de sus negocios.
- 4^a) En ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio la simple residencia.

El artículo siguiente completa el anterior, indicando que “ninguna persona puede carecer de domicilio ni tener dos o más domicilios a la vez”.

A su turno, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (Mercosur - 1994)¹⁸ dispone en su artículo 9 que se entenderá por domicilio del demandado cuando se tratare de personas físicas: 1) su residencia habitual, 2) subsidiariamente el centro principal de sus negocios, y 3) en ausencia de estas circunstancias, el lugar donde se encontrare la simple residencia. Idéntica definición encontramos en el artículo 2 del Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito (Mercosur - 1996).¹⁹

17. [N. del E.: el lector podrá ver las versiones oficiales digitalizadas por la Dirección de Tratados de la Cancillería Argentina en <https://goo.gl/avZXSe>].

18. Tratado suscripto entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 5/8/1994 (Mercosur). [N. del E.: ver detalles técnicos en <https://goo.gl/pp2Wod>; el lector podrá ver también la versión oficial digitalizada por la Dirección de Tratados de la Cancillería Argentina en <https://goo.gl/uA643h>].

19. Tratado suscripto entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 25/6/1996 (Mercosur). [N. del E.: ver detalles técnicos en <https://goo.gl/xM2YW5>; el lector podrá ver también la versión oficial digitalizada por la Dirección de Tratados de la Cancillería Argentina en <https://goo.gl/DdApHK>].

Asimismo, la fuente convencional se ha ocupado de definir la “residencia habitual”. Ya es clásica la definición que nos brinda el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores (1981) en su artículo 3: “a los efectos de este convenio, se entiende por residencia habitual del menor el Estado donde tiene su centro de vida”.

El CCCN define en su artículo 73 el domicilio real de la persona como el lugar de su residencia habitual; pero si ejerce actividad profesional o económica, lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de obligaciones de esa actividad. Por lo tanto, en el derecho nacional, el domicilio real es el lugar de residencia habitual del sujeto y, en caso de ejercer actividad profesional o económica, el del asiento de esa actividad para las obligaciones de su ocupación.

A su turno, el artículo 2613 establece dos calificaciones autárquicas claves para el sistema de DIPr argentino, como son las definiciones de “domicilio” y “residencia habitual” de la persona humana. La disposición establece que, a los fines del DIPr, la persona humana tiene: a) su domicilio en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él; b) su residencia habitual en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. Asimismo, la norma aclara que la persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o, en su defecto, su simple residencia.

Es interesante la apreciación que realiza Menicocci en tanto en cuanto, “a los fines del derecho internacional privado”, ha de entenderse la determinación de la jurisdicción internacional en las acciones personales y el derecho aplicable a las materias sometidas a la ley domiciliaria. La aclaración es útil para evitar las definiciones de los artículos 73 a 78 del CCCN.²⁰

En igual inteligencia, Iñiguez expresa:

... las disposiciones de derecho internacional privado son autónomas con respecto a la calificación nacional de domicilio, porque no distingue categorías de domicilio, salvo que haya sido acordado en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Para el ámbito internacional solo se tiene en cuenta el domicilio a secas y en subsidio la residencia habitual o simple residencia, pero no concurren clasificaciones de domicilio. La redacción de la norma refleja una calificación autónoma de domicilio y residencia habitual, que evita al intérprete la necesidad jurídica de definir la calidad del domicilio o residencia. Esa finalidad es comprensible desde la perspectiva internacional, ya que lo relevante es donde reside la persona humana con la intención de establecerse (domicilio) y el lugar donde vive y establece vínculos durables por tiempo prolongado (residencia). En el primer caso, la intención de establecerse exige una registración documental, una residencia registrada con el propósito de acreditar la intención y, en el segundo, es una cuestión fáctica que se demuestra por cualquier medio probatorio.²¹

20. MENICOCCI, Alejandro A., “Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial de contratos y responsabilidad civil extracontractual en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” [relato presentado al XXVI Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán, 2014], pp. 36-37. [N. del E.: ver también en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° 23, 2014, p. 217, <https://goo.gl/76sGj6>].

21. IÑIGUEZ, Marcelo D., [comentario al art. 2610], en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* [online], t. 6, Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 348-349, <https://goo.gl/z7uZAY>.

Afirmamos que estas definiciones son piezas muy significativas para nuestro sistema jusprivatista internacional porque, desde al menos la entrada en vigor en 1871 del Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield, nuestro ordenamiento jurídico se ha inclinado por el criterio del domicilio como punto de conexión básico y principal en el ámbito de las relaciones personales, desechando la otra opción posible: la nacionalidad de las personas físicas.

El artículo que analizamos define, como vimos, el domicilio como el lugar en el que la persona reside con la intención de establecerse en él, y a la segunda, como el lugar donde vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. Como se puede advertir, el concepto de domicilio comprende un elemento objetivo y otro subjetivo consistente en la voluntad, la intención de permanecer en ese Estado. En cambio, la residencia habitual es una noción más objetiva y de índole fáctica.

La residencia habitual se ha venido imponiendo en los últimos años, tal como hemos explicado en la sección anterior. Prestigiosa doctrina ha sostenido que

... si el domicilio traduce el concepto jurídico del asentamiento, la residencia habitual pretende despojar al arraigo de toda consideración legal y de psicología individual. Mientras el primero se ha ido confirmando como el instrumento mediante el que el sistema otorga trascendencia jurídica a una conducta por la que el sujeto manifiesta su intención de vincularse a un determinado medio sociojurídico, la residencia, en cambio, se limita a atender a los hechos reales, es decir, al *domus colere* efectivo, sin fijarse en el *animus manendi* ni tratar de deducirlo a través de ficciones o presunciones legales.²²

En suma, la residencia habitual debe ser entendida como una cuestión de hecho, de carácter sociológico, diferente a la noción de domicilio, de carácter normativo.

Proyectos anteriores habían contemplado calificaciones autárquicas que incluían la definición de estos dos puntos de conexión. En particular, cabe destacar el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, que ha sido fuente de inspiración para los redactores del CCCN y que contenía en su artículo 6 una serie de definiciones y seguidamente se ocupaba de brindar reglas generales en materia de calificaciones.

6. Calificación del domicilio de las personas menores de edad.

Incidencia en el ámbito de la restitución internacional de niños

Las normas derogadas no contenían definiciones sobre el concepto del domicilio de las personas menores de edad. Sin embargo, las convenciones más importantes, principalmente en la órbita de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, han acogido, como vimos, la residencia habitual como conexión principal en materia de relaciones jurídicas que comprenden a menores de edad, considerándola como el centro de vida del niño tanto para determinar la jurisdicción internacional como la ley aplicable.

A su turno, el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 establece que el menor de edad tiene el domicilio de su padre o de quien ejerce la

22. ESPINAR VICENTE, José M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 24-25.

patria potestad (art. 7), pero su padre tiene el domicilio en el Estado cuya ley regula la patria potestad (art. 6). La patria potestad se somete, en lo relativo a los derechos y deberes personales, a la ley del lugar donde se ejerce (art. 14). La redacción confusa de estas normas fue corregida en el tratado de 1940, disponiendo que el domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, tutela o curatela, es el de sus representantes legales y el de éstos, el lugar de su representación (art. 7).

El artículo 2614 CCCN define el domicilio de las personas menores de edad. Señala que se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual. La disposición aclara en el último párrafo que, sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.

En consonancia con lo dispuesto por el artículo 6, inciso d), del proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, el artículo 2614 CCCN identifica el domicilio del menor con el de quienes ejercen la responsabilidad parental, generalmente los padres del niño. Solo para el caso en que ambos padres tengan su domicilio en diferentes estados, se considera que el domicilio del menor es el lugar de su residencia habitual. El segundo párrafo de la norma que analizamos se ocupa de aclarar una cuestión central en materia de restitución internacional de menores, la de que los niños no adquieren un nuevo domicilio en el lugar donde se encuentran ilícitamente retenidos por uno de sus padres en violación de los derechos de custodia del otro progenitor.

Las convenciones a las que alude el artículo son principalmente el convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980) y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989).²³ Tales tratados, en realidad, no se refieren al domicilio del menor, sino directamente a su residencia habitual. En el ámbito de la restitución, precisamente, la expresión “residencia habitual” fue definida por la jurisprudencia como una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores. Un Estado no puede invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia para oponerse a la restitución, vaciando de contenido el sistema de las Convenciones.²⁴

En febrero de 2016, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil interpretó estas disposiciones en un caso donde M. V. C. P., por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad V. y M. S. C., contra el padre de ambos niños, G. S., solicitó la autorización judicial para viajar y residir con los niños en la ciudad de Panamá, República de Panamá. En primera instancia, el juez otorgó la autorización y estableció un régimen de comunicación y un plan de vacaciones destinados a mantener el contacto paterno-filial. El juez interpretó el significado de los conceptos “centro de vida” y “residencia habitual” y estimó que, dadas las carac-

23. Cfr. nota 15.

24. CSJN, 14/6/1995, “Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela” (*Fallos*, t. 318 [v. 2], p. 1269). [N. del E.: ver en <https://goo.gl/tiFktE>].

terísticas de trabajo de sus padres, los niños V. y M. S. C. no tenían centro de vida en lugar alguno, en una conclusión que el recurrente (el padre) entiende se aparta de lo prescripto por la Ley 26061.

El estudio del significado del concepto “centro de vida” se realizó a partir de argumentos basados en una situación fáctica que, según se indica en la resolución, tiene componentes físicos, ambientales, psicológicos, emocionales, de calidad de vida y vinculares, entre otros, a cuya consideración se ha agregado el texto del artículo 3 de la Ley 26061 para concluir que estos niños carecen de centro de vida. El artículo 3 de la Ley 26061 dice que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esa norma. A partir de esa determinación en torno al principio del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se dispone en aquella norma que debe respetarse, respecto del niño:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

La Cámara, que revocó la sentencia de primera instancia, sostuvo que

El «centro de vida» es una noción definida normativamente que precisa la idea general de «mejor interés del niño», en términos similares a los que adoptara la comunidad internacional en la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y que –a finales de 2005–, mereció consagración legislativa en el art. 3, inc. f de la ley 26061, que debe ser considerado como una pauta interpretativa respecto de la aplicación de ese principio [...] Este concepto técnico del centro de vida se construye a partir de una perspectiva retrospectiva que requiere considerar la historia de los niños en tanto sujetos de derecho (conf. art. 3, inc. a de la Ley 26061). Los niños tienen vidas vinculadas y dependientes de los padres, lo cual no significa que el concepto de «centro de vida» se verifique exclusivamente a partir de consideraciones derivadas de las intenciones de sus progenitores. Lo que importa en la norma es la cuantificación del lapso en que los niños han residido en un lugar donde han desarrollado una parte importante de sus vidas.²⁵

El tribunal de alzada estimó que el *a quo* omitió atender al significado expresado por el Decreto 415/2006, que, al reglamentar el artículo 3 de la Ley 26061, dispone:

El concepto de «centro de vida» a que refiere el inciso f) del artículo 3º se interpretará de manera armónica con la definición de «residencia habitual» de la

25. CNCiv., Sala E, 2/2/2016, “C. P., M. V. c. S., G. s/ Autorización” (*La Ley Online*, AR/JUR/5264/2016).

niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad.

Así como la Ley 26601 estipula cómo debe ser entendida la expresión técnica “centro de vida”, de modo similar el decreto establece que el concepto de residencia habitual debe ser interpretado según pautas vinculadas a un sector específico del derecho, como el de los mencionados tratados internacionales en el ámbito de la sustracción de los menores. Y la Cámara agrega:

Además del texto de esta Convención –aprobada por la ley 23857– ha de considerarse lo dispuesto ahora por el Título IV del Libro Sexto del Código Civil y Comercial de la Nación «Disposiciones de derecho internacional privado», que distingue en su Parte Especial en el art. 2613 del CCCN entre el domicilio y la residencia habitual y también lo previsto por el art. 2614 que prescribe que en el caso de ejercicio plural de la responsabilidad parental y sus titulares se domicilien en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual. El concepto de domicilio en ambas normas se vincula al elemento subjetivo e intencional y en el segundo al lugar donde se vive y se establecen vínculos durables por un tiempo prolongado, definición que alude a una noción más objetiva, sociológica y de índole fáctica despojada, en lo posible, de una consideración psicológica y de razonamientos basados en ficciones o presunciones legales (Scotti, Luciana en Bueres, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, t. 2, pág. 678 y lo dicho recientemente en un caso de competencia por este tribunal en la c. 82.736/2010/1/CA1 del 23 de diciembre de 2015 con cita de CSJN, *Fallos*: 323:2021; 324:908; 324:2487; 325:339; 332:238, y Mizrahi, Mauricio Luis, «El niño y las cuestiones de competencia», *La Ley* 2012-E, 1183).²⁶

El examen de las pruebas producidas y el relato de las historias de vida efectuado en la sentencia permite advertir –en el limitado marco necesario para verificar si se configura esta pauta interpretativa– que V. nació el 23/2/2011 y M. el 30/10/2012, y que viven en la República Argentina desde septiembre de 2013, donde, según se admite en la sentencia, concurren al jardín de infantes (el segundo de ellos, desde el 7/5/2014, cuando contaba con diecisiete meses de edad) y desarrollan actividades de recreación extracurriculares con una sana y nutriente interacción con ambos padres. No se han realizado denuncias respecto de su ubicación en nuestro país de modo que la residencia es legítima y –desde un punto de vista estrictamente cuantitativo– se ha desarrollado en la Ciudad de Buenos Aires durante gran parte de las existencias de V. y M. S. C.

Para rechazar el pedido de autorización, la Cámara consideró que

... el concepto jurídico de la residencia habitual de los menores no constituye una noción pétrea o inmodificable, pero no implica considerar que las mejores posibilidades de desarrollo profesional de la madre justifiquen, de por sí, desarraigar a los niños de su centro de vida [...] Sobre este aspecto de la cuestión se han evidenciado los problemas que podrían sufrir V. y M. con el cese de la relación íntima y personalizada que tienen con su padre de producirse el traslado a Panamá que la actora ha explicado como conveniente fundamentalmente

26. Ídem.

con sustento en sus motivaciones de desarrollo profesional en el caso de unos niños que han llevado hasta la actualidad una existencia óptima en nuestro país teniendo en cuenta el estado de conflicto de sus progenitores [...] El rechazo del pedido de autorización se adopta por este Tribunal al entenderse que resulta conveniente que los menores permanezcan en el estado en que se encuentran en la República Argentina para favorecer su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 17, 23, 27 y 32.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño), donde se ha conformado su centro de vida y por ser esta la decisión que mejor contempla el interés superior del niño frente a una decisión, como el cambio de radicación, que no se ha demostrado como necesariamente conveniente para mejorar la situación en que se encuentran V. y M.²⁷

7. Calificación de domicilio de otras personas incapaces

El CCIV y los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 establecieron el domicilio de los menores e incapaces en el domicilio de quienes ejercían, respectivamente, la patria potestad, tutela o curatela (art. 89 inc. 6 CCIV; art. 7 de ambos tratados). El centro de gravedad de la protección del incapaz se localiza en el domicilio de su representante, de suerte tal que la disociación espacial entre representantes y protegidos obligaba a los jueces a atender al derecho domiciliario de los primeros. En tales condiciones, el incapaz menor de edad y demente residente en el extranjero, cuyo padre se domiciliaba en nuestro país, mantenía el domicilio argentino de su padre aun después de la muerte de aquél y aun cuando hubiera cesado la insania mientras siguiera siendo menor de edad.²⁸

En cambio, el artículo 2615 CCCN califica el domicilio de otras personas incapaces, sujetas a curatela u otro instituto equivalente de protección, señalando que es el lugar de su residencia habitual. Esta disposición se ocupa de calificar el domicilio de otras personas incapaces que no sean menores de edad, como aquellos sujetos a curatela, y lo identifica con la residencia habitual, sin indagar en el elemento subjetivo o volitivo propio del criterio domiciliario. De esta manera, nuestra norma de fuente interna se diferencia de la fuente convencional anteriormente mencionada que lo asimila al domicilio de los representantes legales del incapaz. Al respecto, doctrina actualizada ha afirmado que

La protección de las personas es una cuestión de hecho, habida cuenta de que cada sistema jurídico evaluará cuál es el grado de aptitud de un ser humano para desenvolverse por sí mismo y otorgar, en mayor o menor medida, mecanismos de cuidado. La residencia habitual del incapaz otorga una proximidad de la que carece el domicilio del representante, cuando ambos (incapaz y protector) no se domicilian en el mismo Estado. El precepto se inclina por privilegiar la circunstancia real en la que se encuentra el incapaz calificando su domicilio como el lugar de su residencia habitual.²⁹

27. Ídem.

28. Doctrina del fallo CCiv. Capital, Sala 1ª, 19/7/1932, "Zucker, Carlos Octavio" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 38, pp. 1044-1047).

29. MENICOCCHI, Alejandro A. y RABINO, Mariel C., [comentario al art. 2615], en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.), Esper, M. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 841.

8. La capacidad de la persona humana

La capacidad de las personas humanas es la primera categoría del estatuto personal. En el DIPr nos podemos encontrar con soluciones diversas en cuanto al criterio de regulación de la existencia, de la capacidad y del estado de las personas humanas. Y, por otra parte, se puede observar que no todas las legislaciones adoptan un criterio abarcativo de tales instituciones. En efecto, los criterios clásicos de regulación de la capacidad de las personas físicas básicamente pueden agruparse de la siguiente manera: el sistema de la ley personal, ya sea la ley del domicilio o la de la nacionalidad de la persona, el sistema de la ley del lugar de situación de los bienes objeto del acto,³⁰ y el sistema de la ley del lugar de celebración del acto (teoría del *favor negotii* o del interés nacional). Sin dudas, el primer sistema mencionado es el que ha recibido mayor acogida por las legislaciones de todo el mundo. Así, pues, mientras que el derecho continental europeo mayoritariamente adoptó el criterio de la ley de la nacionalidad, inspirado en el Código de Napoleón de 1804 y sustentado en la tesis de Mancini, el derecho anglosajón y el escandinavo, así como gran parte de las legislaciones americanas, optaron por el domicilio, criterio que ya había sido utilizado por los estatutarios y que luego fue magníficamente defendido por Savigny.

En nuestra legislación interna, el régimen internacional de la capacidad se encontraba fundamentalmente establecido en los artículos 6 y 7 del CCIV,³¹ que la sujetaban a la ley del domicilio. Sin embargo, en dicho cuerpo normativo existían otras normas referentes al tema que nos ocupa: los artículos 9, 948, 949, 3611, 3612 y 3286 principalmente. Del análisis conjunto de estas disposiciones surgieron dudas y controversias interpretativas que dieron origen a diversas teorías. Aludimos a las tesis literal o restringida, intermedia, y amplia, cosmopolita o universalista.

La teoría literal o chauvinista reduce la aplicación de la ley del domicilio solamente a la capacidad e incapacidad de hecho y somete la capacidad e incapacidad de derecho a la ley territorial. Por el contrario, la tesis cosmopolita proclama que la capacidad e incapacidad de hecho y de derecho se rigen por la ley de domicilio con la salvedad que las incapacidades de derecho de la ley territorial prevalecen sobre la capacidad de hecho o derecho de la ley domiciliaria. Finalmente, la tesis intermedia sostiene que la capacidad de derecho, asimilada en su tratamiento jurídico a la capacidad e incapacidad de hecho, está sometida a la ley del domicilio mientras que la incapacidad de derecho se rige por la ley territorial. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritarias eran pacíficas al afirmar que tanto la capacidad como la incapacidad, de derecho o de hecho, se regían por la ley del domicilio.³²

30. Este sistema, pese a que prácticamente no cuenta en la actualidad, se encontraba consagrado en el art. 10 CCIV en tanto en cuanto la célebre *lex rei sitae* regía todo lo relativo a los bienes inmuebles situados en el país, incluso la capacidad para adquirirlos.

31. Art. 6 CCIV: “La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero”.

Art. 7 CCIV: “La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos o bienes existentes en la República”.

32. Ver BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Buenos Aires, Universidad,

Además, esta interpretación coincide con las normas convencionales vinculantes para nuestro país.

En efecto, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 someten la capacidad de las personas físicas a la ley del domicilio (art. 1). Tan solo cabe destacar que el tratado de 1940 consagra una norma más completa en tanto en cuanto sujeta a dicha ley no solo la capacidad sino también la existencia y el estado de las personas humanas, disipando toda duda que hubiera podido suscitarse al respecto.

El artículo 2616 CCCN ha mantenido el criterio regulador del domicilio en materia de capacidad de las personas de existencia visible o personas humanas. En los fundamentos del anteproyecto se afirmó que

... siguiendo la tradición de nuestro sistema, las normas relativas a la capacidad y al nombre de la persona humana han mantenido la conexión del «domicilio» como centro de gravedad.³³

Aun cuando se haya omitido, entendemos que, no existiendo ninguna norma especial, tanto el estado como la existencia (comienzo y fin) se rigen por el mismo criterio.³⁴

En relación a la nueva disposición, la doctrina especializada sostiene:

La primera parte del precepto somete la capacidad jurídica (o de derecho) y la capacidad de obrar (o de ejercicio) a la ley domiciliaria. Se elimina así la contradicción entre las disposiciones del Código de Vélez y se reconcilia el derecho de fuente interna con el de fuente convencional. Si bien el precepto no contiene las limitaciones del Código de Vélez a determinadas incapacidades contrarias, «a las leyes de la naturaleza», tales incapacidades pueden ser fulminadas por principios de orden público (art. 2600) que, como vimos, encuentran su raíz positiva en los tratados internacionales sobre derechos humanos.³⁵

9. Conflicto móvil o cambio de estatutos

Nuestro antiguo Código Civil regulaba el llamado principio del mantenimiento o irrevocabilidad de la capacidad adquirida. Esto significa que, cuando se produce un cambio de estatutos, debe estarse al régimen que conceda o mantenga la capacidad, tal como ya indicaba Froland, estatutario de la Escuela Francesa del Siglo XVIII. Los artículos 138 y 139 CCIV solo regulaban el caso de quien, residiendo en el extranjero, mudaba su domicilio a la República Argentina. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han admitido su aplicación analógica a aquellos casos de traslados de

2000; GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, Buenos Aires, LexisNexis, 2002; KALLER DE ORCHANSKY, Berta, ob. cit. (cfr. nota 9); VICO, Carlos M., *Curso de derecho internacional privado*, t. 2, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1935; entre otros.

33. [N. del E.: cfr. p. 235 en <https://goo.gl/tUNZZ6> {título IV, "Disposiciones de derecho internacional privado"}].

34. El estado consiste en la situación particular de un sujeto respecto a sí mismo (menor, mayor) frente a las relaciones de familia (casado, soltero, conviviente, divorciado, viudo) y con el Estado (nacional o extranjero).

35. MENICOCCI, Alejandro A. y RABINO, Mariel C., [comentario al art. 2616], en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.), Esper, M. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 30), p. 843.

la Argentina al extranjero. Son célebres en este tema los casos “Valle Inclán, María Beatriz” y “Berman, Evelina Geraldina Faustina”.

En el primer caso, María Beatriz Valle Inclán, hija del escritor español, siendo menor de edad, había sido enviada por su madre, viuda, durante la Guerra Civil Española, a diversos países, entre ellos la Argentina. Es aquí donde cumple los veintidós años, resultando entonces mayor de edad en virtud del derecho argentino pero aún menor según el derecho español, teniendo la madre su domicilio en España. La madre reclamó de las autoridades argentinas que obligasen a su hija a repatriarse, ya que ella se negaba a obedecerla. La sentencia argentina considera a María Beatriz mayor de edad y rechaza la petición de la madre.³⁶

En el caso “Berman”, Evelina llegó a Tel Aviv (Israel) siendo mayor de dieciocho años de edad. Como deseaba casarse y sus padres no le otorgaban la correspondiente autorización, creía necesario regresar a Buenos Aires, donde la familia estaba domiciliada, a fin de solicitar ante el juez competente la venia judicial en el juicio de disenso. Pero como para regresar necesitaba un pasaporte argentino, que el Consulado argentino no le quería extender por considerarla menor de edad, y carecía del consentimiento de sus padres, la señorita Berman, como primera medida, pidió al juez en Buenos Aires que autorizara al Consulado argentino en Tel Aviv a concederle un pasaporte, para que pudiera regresar a Buenos Aires y tramitar allí su venia. El juez de primera instancia, por oficio, hizo saber al Poder Ejecutivo Nacional que el Consulado estaba autorizado a proveer a la señorita Berman de la documentación necesaria para que volviera al país. Contra la resolución se alzó el padre de Evelina. Entretanto, el asesor de menores de la Cámara había formulado un nuevo planteamiento, sosteniendo que domiciliándose la hija en el Estado de Israel, donde se adquiere la mayoría de edad a los dieciocho años, corresponde la revocación del autoapelado y el archivo de las actuaciones. Así fue resuelto por la Sala C de la Cámara de Apelaciones en lo Civil el 30 de diciembre de 1957, aplicándose por analogía los artículos 138 y 139 CCIV. El caso había sido declarado urgente, dado el estado de gravedad de la señorita Berman. La doctrina Berman fue tenida en cuenta por las “Normas de aplicación del Reglamento Consular”, dictadas en virtud del artículo 342 del Reglamento de Cancillería, que estatuyen que

... cuando funcionarios consulares procedan a expedir, renovar o prorrogar pasaportes a menores de 21 años, tendrán en cuenta los artículos 138 y 139 del CCA, respetando las leyes del domicilio que determinan los mismos.³⁷

La doctrina de estos fallos fue invocada en posteriores casos. Entre ellos, se destaca “D., O. A. c/ C., T. M. s/ Cesación de cuota alimentaria” de la Cámara Civil, del 31 de agosto de 2004. La cuestión se centra en la discusión que entablan las partes acerca de si M. D., de nacionalidad francesa, nacido el 6 de mayo de 1983, en Maisons Alfort (Val de Marne), Francia, del matrimonio que formaban T. M. C. y O. A. D., ha arribado a la mayoría de edad, conforme al derecho francés, que la fija en los dieciocho años, o bien continuaba, al tiempo de los hechos litigiosos, siendo menor de edad, conforme al derecho argentino, hasta los veintiún años:

36. CNCiv, Sala 2ª, 7/5/1942, “Valle Inclán, María Beatriz” (*La Ley*, t. 26, p. 573, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1942-II, p. 789).

37. CNCiv, Sala C, 30/12/1957, “Berman, Evelina” (*La Ley*, t. 91, p. 439, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1958-IV, p. 27).

En el caso de autos no puede discutirse que desde el mes de febrero (según la madre), o marzo de 2001 (según el padre), M. D. vive en Montpellier, República de Francia, país del que tiene la nacionalidad, al igual que sus padres. En dicho país vive, estudia (si bien no está claro el objeto de sus estudios, francés o ecología según discrepan las partes, punto sobre el que no se ha producido prueba), goza de una beca del gobierno francés y según refieren testigos, en prueba no del todo sólida, habría alquilado vivienda, tendría una novia ecuatoriana y efectuaría cuando menos algunos trabajos o actividades lucrativas durante el receso en sus estudios. Ello basta para considerar, apreciando además el tiempo transcurrido desde entonces, que M. tiene en Francia su residencia habitual, su centro de vida, un domicilio de hecho.³⁸

En consecuencia, y siendo el pretendido alimentado, mayor de edad, la Cámara decreta el cese de la obligación alimentaria a que se obligara el demandante por el convenio homologado en los autos sobre divorcio, desde la fecha de notificación de la demanda.

Actualmente, también el segundo párrafo del artículo 2616 CCCN consagra el principio de mantenimiento o irrevocabilidad de la capacidad adquirida, de manera muy similar al texto del artículo 2 de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940: el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida. Para que opere este principio, debemos interpretar que cuando el menor no traslada su domicilio conjuntamente con sus padres o representantes legales, sino que establece residencia estable en un país distinto al del domicilio de aquellos, debe primar la concepción objetiva del domicilio, ya que de lo contrario, el principio de la irrevocabilidad de la capacidad adquirida carecería de aplicación práctica. Es decir, se debe tener en consideración el elemento objetivo del domicilio, el *factum*, en definitiva, la residencia habitual. En suma, tal como lo expresa con absoluta claridad Goldschmidt, cuando se produce un cambio de estatutos, debe aplicarse en todos los casos la ley más favorable a la mayoría de edad o emancipación.³⁹

10. Supuestos de personas incapaces.

Principio del *favor negotii* o doctrina del interés nacional

El artículo 2617 CCCN se ocupa de un supuesto particular, la parte en un acto jurídico que sea incapaz, según el derecho de su domicilio, no puede invocar esta incapacidad si era capaz según el derecho del Estado donde el acto ha sido celebrado, a menos que la otra parte haya conocido o debido conocer esta incapacidad. Esta regla no es aplicable, en cambio, a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios.

El CCIV no contenía una norma similar. Esta norma recepta la llamada doctrina o excepción del interés nacional, por la que se sustituye la ley personal por la del

38. CNCiv., Sala I, 31/8/2004, "D., O. A. c/ C., T. M. s/ Cesación de cuota alimentaria" (*La Ley Online*, AR/JUR/7203/2004). Ver comentario al fallo: SCOTTI, Luciana B., "Capacidad, mayoría de edad y otras cuestiones a la luz del derecho internacional privado argentino", en *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, N° 30, 2005, p. 211 (en plataforma online Información Legal de Thomson Reuters-La Ley, cita online AP/DOC/1334/2012).

39. GOLDSCHMIDT, Werner, ob. cit. (cfr. nota 32), pp. 206 y ss., y *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, t. 2, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 139.

lugar donde se ha celebrado un acto, generalmente un contrato, con el fin de salvaguardar la buena fe negocial o, en general, proteger la seguridad en el tráfico jurídico.

Menicocci señala que el precepto es de naturaleza material y limita los alcances de la norma indirecta contenida en el artículo 2616:

... no es una norma de excepción a la incapacidad domiciliaria sino una aplicación del principio *favor negotii*, aunque en una versión restringida, ya que el único derecho llamado a remediar la invalidez del acto jurídico nulo es la *lex loci celebrationis*, no participando del convite ni la *lex loci executionis* ni la *lex domicilii* de la parte capaz.⁴⁰

El caso emblemático que consagra la teoría es el caso “Lizardi”, de la Corte de Casación francesa. A mediados del siglo XIX, un mexicano de veintitrés años compra joyas en Francia y su tutor pretende la nulidad por ser menor conforme a su ley personal, veinticinco años. Lizardi había pagado en efectivo 30.000 francos y el resto serían pagados con posterioridad, por lo que el joyero le hizo aceptar una cantidad de letras de cambio. Existían dos tipos de negocios jurídicos: el contrato de compraventa de joyas, que era la relación principal y las letras de cambio; es decir, la obligación cambiaria vinculada a la relación subyacente o principal. Vencidas las letras de cambio, Lizardi se rehúsa a pagarlas y el joyero lo demandó ante tribunales franceses. La Corte de Casación francesa da la razón a los joyeros franceses por ser el comprador mayor, conforme a la ley francesa, la del lugar de celebración del contrato, por contratar el comprador confiado en la aparente capacidad, protegiéndose así la buena fe del que contrata con la debida diligencia y en base a la salvaguarda de la seguridad en el tráfico jurídico. Pero con respecto a las letras de cambio, decidió que el joyero debía actuar con mayor diligencia pues no se trataba de un oficio habitual recibir letras de cambio por la venta de sus joyas y por ende, debía haber tomado todas las precauciones necesarias, tendientes a cerciorarse de si Lizardi era capaz o no; por ende, la Casación consideró que la reclamación del joyero, en lo que respecta a las letras de cambio, debían declararse improcedentes.

Esta doctrina fue adoptada por el artículo 11 del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (80/934/CEE), y por el artículo 13 del Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (“Roma I”):

Incapacidad. En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.

En similar sentido, el artículo 18 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998 indica que

La persona que es incapaz de acuerdo con las disposiciones anteriores, actúa válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto.

40. MENICOCCI, Alejandro A., ob. cit. (cfr. nota 20), p. 39. [N. del E.: ver también en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° 23, 2014, pp. 209-210, <https://goo.gl/MJoFLM>].

Por último, téngase presente que, según dispone el artículo 2617 CCCN, esta regla no es aplicable a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios. En relación a esta limitación, prestigiosa doctrina reflexiona:

... el fundamento de la última parte del precepto no es tan claro por la distinta naturaleza de las tres excepciones. El derecho de familia y el sucesorio son ramas jurídicas con mayor penetración del orden público. En tales casos, la seguridad del acto jurídico parece ceder ante materias de poca disponibilidad por la persona. El fundamento vendría dado, en tal circunstancia, por el orden público en que se sustenta la incapacidad de derecho (prohibición especial) del incapaz. En cambio, en materia de derechos reales inmobiliarios, pareciera que el fundamento obedece a la protección del propio incapaz, inspirándose la última parte del precepto en el brocárdico «res mobilis, res vilis». Y ello es así porque no hay posibilidad de que en tales casos funcione el orden público (económico) en que se sustentan los derechos reales, ya que tal orden público se ha asegurado por la aplicación de la *lex situs* (art. 2667) a la materia real, no desplazada por la *lex loci celebrationis*.⁴¹

11. El nombre de la persona humana

La doctrina ubica mayoritariamente el tema del nombre de la persona humana en el llamado “estatuto personal”, aunque también se ha indicado que el régimen del nombre pertenecería en gran medida al derecho administrativo y al derecho administrativo internacional, lo que explicaría la carencia de normas indirectas expresas sobre el punto en muchos ordenamientos jurídicos, ya que en las señaladas ramas del derecho impera por regla general la territorialidad del derecho público local.⁴² Asimismo, nuestra jurisprudencia ha señalado que

... como principio, en ausencia de normas de derecho internacional privado de fuente interna que se refieran específicamente al nombre [...] cabe extraerlos de las que se ocupan del estado y capacidad de las personas, en tanto la cuestión forma parte de lo que genéricamente ha dado en llamarse como «estatuto personal», tomando en cuenta, de todos modos, las disposiciones de la ley 18248 [...] Ha de hacerse mérito entonces, del Derecho Internacional Privado argentino, que en materia de estado y capacidad de las personas naturales o físicas declara aplicable el derecho domiciliario (cfr. art. 1 de ambos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1989 y 1940 y arts. 6 y 7 CC.).⁴³

Sin embargo, existen algunas discrepancias en cuanto al derecho aplicable al nombre, habida cuenta de la influencia de ciertas relaciones jurídicas subyacentes (patria potestad, adopción, matrimonio). No obstante, coincidimos con Ciuro Caldani, quien considera que la problemática del nombre es una cuestión autónoma de las relacio-

41. MENICOCCHI, Alejandro A. y RABINO, Mariel C., [comentario al art. 2617], en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.), Esper, M. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 29), p. 848.

42. Ver CIURO CALDANI, Miguel A., “El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el derecho internacional privado”, en *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, Rosario, Colegio de Abogados de Rosario, N° 12, 2ª época, 1977, pp. 117 y ss.

43. CNCiv., Sala I, 18/7/1996, “Cabre, Nicolasa” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1997-III, p. 474).

nes con que se corresponde en abstracto y pertenece al ámbito del estado de las personas.⁴⁴ Y así parece haberlo advertido nuestro legislador en el nuevo Código.

En cuanto a los cambios de apellidos y nombres o a la alteración de su ortografía, existe consenso en cuanto a su sometimiento a la ley que regula el estatuto personal.

El CCIV no contenía disposiciones de DIPr específicas en materia de nombre de la persona humana. Sin embargo, la doctrina era uniforme en cuanto a someterlo al lugar del domicilio de la propia persona. En esta inteligencia, el artículo 2618 CCCN se dedica al nombre de la persona humana en el DIPr y dispone que

El derecho aplicable al nombre es el del domicilio de la persona de quien se trata, al tiempo de su imposición. Su cambio se rige por el derecho del domicilio de la persona al momento de requerirlo.

De acuerdo a la norma que analizamos, entonces, el derecho al nombre, en tanto atributo de la personalidad, se considera integrante del estatuto personal, al igual que el estado y la capacidad de la persona humana. En suma, el artículo 2618 indica que se somete el nombre al derecho del lugar del domicilio de la persona al tiempo de su imposición y que todo cambio queda bajo la órbita del domicilio, pero al tiempo de requerirlo.

12. Ausencia y presunción de fallecimiento

En sentido estricto, la ausencia y la presunción de fallecimiento son instituciones independientes con sustantividad propia y distinto grado de trascendencia, tal como se desprende de los artículos 79 a 84 y 85 a 92 CCCN, respectivamente. Sin embargo, el DIPr otorga un tratamiento conjunto.

El hecho de que una persona de cuya existencia no se tienen noticias falte de su entorno vital durante un período de tiempo provoca situaciones caracterizadas por la desprotección de ciertos bienes e intereses del ausente o de las personas con él vinculadas. Asimismo, esa circunstancia genera incertidumbre no solo con respecto a la suerte de las relaciones jurídicas que tienen como fundamento la existencia de la persona, sino también acerca de aquellas que se subordinan a su muerte. Los mecanismos de protección de los intereses del ausente y de los terceros afectados por la situación condicionan el futuro de relaciones jurídicas muy diversas: familiares, patrimoniales, etcétera.⁴⁵

Los artículos 2619 y 2620 CCCN se ocupan de determinar los criterios atributivos de jurisdicción y las conexiones para determinar el derecho aplicable a la declaración de ausencia y presunción de fallecimiento, respectivamente. En materia de jurisdicción, el artículo 2619 dispone que

Para entender en la declaración de ausencia y en la presunción de fallecimiento es competente el juez del último domicilio conocido del ausente o, en su defecto,

44. CIURO CALDANI, Miguel A., ob. cit. (cfr. nota 42), pp. 117 y ss.

45. MENICOCCI, Alejandro A. y RABINO, Mariel C., [comentario al art. 2619], en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.), Esper, M. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 29), p. 852.

el de su última residencia habitual. Si éstos se desconocen, es competente el juez del lugar donde están situados los bienes del ausente con relación a éstos; el juez argentino puede asumir jurisdicción en caso de existir un interés legítimo en la República.

El artículo 16 de la Ley 14394 disponía que era competente

... el juez del domicilio o, en su defecto, el de la última residencia del ausente. Si éste no los hubiere tenido en el país o no fuesen conocidos, lo será el del lugar en que existiesen bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontrasen en diversas jurisdicciones.

En efecto, en casos donde el litigio tenga relación con la existencia de bienes, la jurisdicción del patrimonio se revela idónea. Un buen ejemplo es esta disposición: el sujeto ausente deja relaciones jurídicas que se relacionan con varios Estados, pero como no es encontrado, la ley fija como jurisdicción la de situación de los bienes.⁴⁶

El artículo 2619 CCCN es muy similar a la norma derogada, es decir, establece la jurisdicción del juez del último domicilio conocido del ausente o, en su defecto, el del lugar de su última residencia habitual para declarar la ausencia y la presunción de fallecimiento. En caso de que ambos sean desconocidos, se acepta el llamado “foro del patrimonio”. Sin embargo, la nueva norma aclara que la competencia de los jueces del lugar donde existan bienes del ausente se limita a ellos, y además agrega la facultad excepcional del juez argentino de asumir jurisdicción en caso de encontrarse presente un interés legítimo en la República Argentina.

Con respecto al derecho aplicable, el artículo 2620 CCCN establece que

La declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento se rigen por el derecho del último domicilio conocido de la persona desaparecida o, en su defecto, por el derecho de su última residencia habitual. Las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente.

Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes inmuebles y muebles registrables del ausente se determinan por el derecho del lugar de situación o registro de esos bienes.

Si bien nuestra legislación derogada contemplaba una norma atributiva de jurisdicción internacional, omitió determinar la ley aplicable para los casos de declaración de ausencia y presunción de fallecimiento. La nueva normativa (art. 2620 CCCN), en materia de ley aplicable a la declaración de ausencia y presunción de fallecimiento, admite conexiones subsidiarias, siendo la principal, la ley del lugar del último domicilio conocido del ausente, y la secundaria, que solo operará en defecto de la primera, la ley del lugar de su última residencia habitual. Asimismo, la disposición que comentamos aclara que las demás relaciones jurídicas del ausente quedan sometidas a las respectivas leyes que las regían con anterioridad a la declaración.

Por último, en relación a los bienes inmuebles, los efectos de la declaración de ausencia se rigen por la ley del lugar de su situación, y los bienes registrables, por la ley del registro, criterios que rigen ambos tipos de bienes según los artículos 2667 y 2668 CCCN. Esta disposición coincide, en términos generales, con lo establecido en

46. OYARZÁBAL, Mario J. A., *Ausencia y presunción de fallecimiento en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, p. 28.

el artículo 10 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y en el artículo 12 del Tratado de 1940:

Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes del ausente, se determinan por la ley del lugar en donde esos bienes se hallan situados. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía.

13. Consideraciones finales

En los últimos años, especialmente en el DIPr de los países miembros de la Unión Europea, la doctrina especializada se ha replanteado la vigencia de las ya clásicas conexiones rígidas relativas al estatuto de la persona humana: nacionalidad, domicilio y residencia habitual. En efecto, ante las corrientes migratorias y los flujos de refugiados que tales países han recibido procedentes de Estados de tradición islámica, se les presenta el siguiente dilema: a) aplicar la ley de la nacionalidad o la ley de origen de las personas procedentes de países con una cultura diferente, o b) aplicar a las situaciones privadas internacionales la ley de la residencia habitual, es decir, la ley del país de acogida. En el primer supuesto, el orden público internacional del foro, es decir, los principios fundamentales del juez que intervenga en el asunto limitarán muchas veces la aplicación del derecho extranjero; en el segundo caso, en pos de la integración al nuevo centro de vida, se les imponen las pautas culturales del foro a inmigrantes que pertenecen a otra cultura. Ante esta encrucijada, se abre paso a la autonomía de la voluntad, es decir, el derecho de elegir la ley aplicable, pero limitando tal elección entre el derecho de la nacionalidad o de la residencia habitual. Y, en defecto de elección, la doctrina ha propuesto la aplicación de la ley de la residencia habitual.⁴⁷

Más allá de estas tendencias que marcan la agenda actual del tema que nos ocupa ante los escenarios multiculturales del siglo XXI, lo cierto es que el DIPr argentino ha mantenido los principios tradicionales en materia de estatuto personal, incluyendo el más moderno criterio de residencia habitual y sistematizando las disposiciones, evitando incurrir en las contradicciones que encontrábamos en el Código derogado sobre el derecho aplicable a la capacidad/incapacidad de derecho y completando lagunas importantes como las calificaciones autárquicas de domicilio y residencia habitual, el derecho aplicable al nombre de la persona humana o a la ausencia y presunción de fallecimiento, cuya inclusión expresa celebramos.

14. Bibliografía

BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2009.

47. CARLIER, Jean-Yves, "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", en Calvo Caravaca, A. L. e Iriarte Ángel, J. L. (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38.

- CARRIER, Jean-Yves, "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", en Calvo Caravaca, A. L. e Iriarte Ángel, J. L. (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000.
- CIURO CALDANI, Miguel A., "El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el derecho internacional privado", en *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, Rosario, Colegio de Abogados de Rosario, N° 12, 2ª época, 1977.
- ESPINAR VICENTE, José M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "Personas físicas", en Fernández Arroyo, D. P. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur. Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Buenos Aires, Zavalía, 2003.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2002.
- *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, t. 2, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.
- IÑIGUEZ, Marcelo D., [comentario al art. 2610], en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* [online], t. 6, Buenos Aires, Infojus, 2015, <https://goo.gl/z7uZAY>.
- KALLER DE ORCHANSKY, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1994.
- *Nuevo manual de derecho internacional privado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1991.
- MENICOCCHI, Alejandro A., "Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial de contratos y responsabilidad civil extracontractual en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" [relato presentado al XXVI Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán, 2014], en AA.VV., *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° 23, 2014.
- "El estatuto de la persona humana: del domicilio y la nacionalidad a la autonomía conflictual y material", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° 21, 2012.
- MENICOCCHI, Alejandro A. y RABINO, Mariel C., [comentario a los arts. 2615-2619], en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.), Esper, M. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- OYARZÁBAL, Mario J. A., *Ausencia y presunción de fallecimiento en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, Ábaco, 2003.
- RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado" [online], en *Cuadernos de derecho transnacional*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, v. 2 (2010), N° 1, <https://goo.gl/bP1zrq>.
- SCOTTI, Luciana B., "Capacidad, mayoría de edad y otras cuestiones a la luz del derecho internacional privado argentino", en *Revista Derecho de Familia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, N° 30, 2005.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema del derecho romano actual*, t. 8, 1849.
- STORY, Joseph, *Comentarios sobre los conflictos de las leyes*, Buenos Aires, Lajouane, 1891.
- URONDO DE MARTINOLI, Amalia, "El estatuto personal ante los desplazamientos transfronterizos. Criterios para la determinación del contenido del estatuto personal. Posibles conexiones localizadoras del derecho aplicable", en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, N° 21, 2012.
- VICO, Carlos M., *Curso de derecho internacional privado*, t. 2, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1935.

Conjuntos inmobiliarios y la polémica adecuación

La espada de Damocles

Horacio Teitelbaum

RdN 928

RESUMEN

La norma obligatoria sobre la adecuación de los conjuntos inmobiliarios es el resultado de intentar homogeneizar la diversidad de regímenes que a nivel local regulaban este fenómeno, cada vez más difundido, sobre todo por su cantidad, en las provincias de Buenos Aires y Mendoza. La ausencia de una legislación uniforme en todo el país derivó en sistemas mixtos y dudosas combinaciones. El análisis del panorama provincial sobre esta materia, sus puntos débiles y la decantación de los elementos característicos que constituyen el ADN de este género jurídico, consagrado como nuevo derecho real, nos permitirá comprender la razón de la necesidad de contar con un estatuto legal común para que se sepa con precisión cuáles son los derechos y obligaciones de los actores que participan de estos emprendimientos. El derecho del consumidor juega en estos supuestos un rol preponderante. Los matices, la oportunidad, el modo, la forma de instrumentar y las consecuencias por incumplir el imperativo legal sobre esta polémica figura requieren un crítico cuestionamiento contra la relativización de no adecuar, so pretexto de ser de imposible cumplimiento, no tener asignado una sanción o plazo cierto, ser inconstitucional o de costoso y engorroso trámite. El puntapié inicial para abordar tan polémico tema empieza por reconocer su complejidad.

PALABRAS CLAVE

Conjuntos inmobiliarios, adecuación, propiedad horizontal especial, aspecto societario, relación de consumo.

Fechas de recepción y aceptación

2/5/2017 - 4/7/2017

Sumario: **1.** Objeto de los conjuntos inmobiliarios. Su ADN y elementos periféricos. **2.** Contexto y régimen jurídico. Principales sistemas utilizados antes de la reforma. Sus talones de Aquiles. **3.** Derecho comparado local. **3.1.** Buenos Aires. **3.2.** Mendoza. **3.3.** Corrientes. **3.4.** Río Negro. **3.5.** Neuquén. **3.6.** Córdoba. **3.7.** Santa Fe. **4.** Formas de comercialización. La relación de consumo. **5.** Reglamento de propiedad horizontal especial. **6.** La escritura de adecuación. **7.** Aspecto societario. Doble adecuación. **8.** Conclusión. ¿Obligación de adecuar? **9.** Bibliografía.

No puedes dirigir el viento, sí cambiar la dirección de las velas.

Proverbio chino

1. Objeto de los conjuntos inmobiliarios. Su ADN y elementos periféricos

El género jurídico sobre los conjuntos inmobiliarios (en adelante, “CI”)¹ comprende los emprendimientos y sus subtipos (clubes de campo, parques industriales empresariales o náuticos, etc.), los cementerios privados y el derecho real de tiempo compartido. Cada uno tiene su impronta y su propia normativa, y, además, los CI *stricto sensu* se definen como PHE. Incluso dentro de la subcategoría pura de CI, esta no se cierra, sino que, por el contrario, queda abierta a cualquier otro emprendimiento urbanístico más allá del destino empresarial o de vivienda, aceptándose los usos mixtos en la medida en que ellos se ajusten a las reglas administrativas locales.

Reconocer el ADN de los CI en su concepto restringido redundaría en comprender que, sea cual fuere la provincia donde estén radicados, todos tendrán elementos en común y su régimen será conocido, en cuanto a derechos y obligaciones, por todos, sin demasiado esfuerzo. Para ello, suma distinguir los elementos esenciales tipificantes de aquellos periféricos o accidentales. Si bien el artículo 2074² enumera, por ejemplo, el cerramiento y las partes comunes y privativas interdependientes en un todo inescindible, en estado de indivisión forzosa, no todos los CI completan las características enunciadas en la norma.³

En cuanto a los que deben existir en forma congénita con los CI, se encuentran: el proyecto de factibilidad aprobado por autoridades locales, la infraestructura, las obras, según el subtipo adoptado, la PHE, las unidades con independencia funcional, el destino predeterminado, la entidad jurídica consorcio de propiedad horizontal y el reglamento sobre la organización con régimen de publicidad en el RPI local.

Por el lado de los accidentales y cuasi irrelevantes, reconocemos el cerramiento perimetral, la cantidad de lotes iniciales y finales –que puede variar en función de la terminación del estado de obra y su evolución en el estado constructivo–, el régimen disciplinario sobre las normas de convivencia, las vías de circulación cedidas o no al dominio público, las áreas recreativas, las servidumbres con otros predios y las limitaciones y restricciones con derecho de admisión y preferencias en las transmisiones de unidades en el marco de un régimen disciplinario. Mención aparte merece la etapa de interurbanización, que califica como CI toda vez que, según el artículo 2077,

1. A lo largo de este ensayo, se utilizarán con frecuencia las siguientes abreviaturas: CCCN (Código Civil y Comercial, de acuerdo con la Ley nacional 26994 y modificatorias), CI (conjunto/s inmobiliario/s; el CCCN utiliza el plural en los arts. 1887 y 2073), PH (propiedad horizontal), PHE (propiedad horizontal especial), RPI (registro de la propiedad inmueble), SA (sociedad anónima).

2. Los artículos citados sin indicación del cuerpo legal al que pertenecen se referirán siempre al CCCN.

3. Ver BRESSAN, Pablo E. y LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, “Conjuntos inmobiliarios: objeto y estructura legal, sus características esenciales y sus notas contingentes” [trabajo presentado en la XXXII Jornada Notarial Argentina {Buenos Aires, 24-26 agosto 2016}], [s. e.], 2016. [N. del E.: una versión revisada y corregida, bajo el título “Una interpretación jurídica del concepto de conjuntos inmobiliarios”, se publicó en *Revista del Notariado*, N° 926, 2017, <https://goo.gl/hDdJby>].

las partes privativas pueden encontrarse construidas o en proceso de construcción; y, si bien omite referirse a las unidades funcionales proyectadas o a construir, todo el contexto evita aplicar el nuevo concepto de prehorizontalidad (contratos anteriores a la PH art. 2070) y la contratación del seguro obligatorio.

En definitiva, lo que aporta esta división artificial es no solo tener una mirada anticipada del contenido de los CI, sino que, por lógica consecuencia, todo lo periférico no podrá ser impuesto como obligatorio por las normativas locales, por ser de menor jerarquía que el CCCN.

2. Contexto y régimen jurídico. Principales sistemas utilizados antes de la reforma. Sus talones de Aquiles

Las fuentes legales que nutren los CI tienen distintos orígenes: la forma de organizar la propiedad privada y la protección del medio ambiente, de conformidad con los artículos 75, inciso 12, y 41 de la Constitución Nacional, respectivamente. En derecho privado nacional, el código de fondo les dedica una regulación específica, que da lugar a las legislaciones locales en atribución del derecho de policía supuestamente en armonía y secundando a la estructura de estos nuevos derechos reales. También cada provincia, de acuerdo a sus constituciones, decretos, ordenanzas y realidades sociales y geográficas, arma su propio formato afín a la proliferación o limitación de los CI.

La falta de legislación uniforme y específica a nivel nacional ocasionó que cada demarcación territorial regulara el uso del suelo y el otorgamiento de permisos de edificación según sus propios programas. Así, encontramos un panorama de condominios con indivisión forzosa, la utilización de derechos reales de servidumbres negativas y positivas cruzadas, entidades con personería jurídica involucradas en los emprendimientos, dominios imperfectos y una PH forzada o la prohibición de su utilización. También asistimos a la combinación de derechos personales y reales con sociedades anónimas integrados con derechos sobre inmuebles, reglamentos internos o entidades con cláusulas abusivas, mandatos irrevocables y sindicación de acciones, que llevan a administraciones perpetuas y antidemocráticas.

Este escenario presenta en algunas ocasiones un *statu quo* confortable pese a sus vulnerabilidades, pero otras acarrea conflictos. Se suelen enumerar como debilidades de estos sistemas: la alteración del *numerus clausus* de los derechos reales, por lo cual su legalidad es dudosa, la alteración de las leyes de loteos y fraccionamientos locales, la tergiversación de la PH donde el terreno no construido es común y no una parcela denominada unidad funcional, la pretensión de aplicar el derecho real de usufructo limitado en el tiempo cuando se trata de personas jurídicas, forzar la constitución de servidumbres sin tener claridad sobre cuál es en realidad el fundo dominante y cuál el sirviente la inconveniencia del dominio revocable para futuras transmisiones o la acción de división de condominio cuando no se acredita la indivisión forzosa. Se destacan además dentro de las críticas: la asfixia de la voluntad de los usuarios por cláusulas leoninas, la calidad de sujetos concursables de las entidades, la falta de título ejecutivo de los gastos comunes, las cláusulas discriminatorias en los estatutos por admisión de usuarios, las cesiones de vías de acceso y circulación al dominio público y los convenios de cerramiento y usos acotados fundados en permisos administrativos de carácter precario.

Todo este diagnóstico llevó al legislador a procurar, mediante un régimen común a nivel nacional, un único molde aséptico, sin combinaciones de derechos reales igual en todas las provincias del país.

3. Derecho comparado local

Consideraremos el encuadre de algunas provincias argentinas para ejemplificar el tratamiento en materia de CI.

3.1. Buenos Aires

Es la provincia más importante en relación con el número de emprendimientos de esta naturaleza y en la cual durante décadas se contempló esta realidad, aunque contrariando la Ley de Propiedad Horizontal 13512. El Decreto 9404/1986 sobre clubes de campo (reglamentario del Decreto-ley 8912/1977 de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo) y el Decreto 27/1998 (sobre barrios cerrados) concentraron la casuística de esta modalidad.

En el citado régimen normativo, se combina un derecho real de dominio sobre parcelas individuales y servidumbres sobre espacios comunes recreativos de titularidad de una asociación civil o una SA sin fines de lucro, según el artículo 3 de la Ley General de Sociedades (LGS). Se alternan servidumbres negativas de abstención de construir salvo autorización del fundo dominante del área común y servidumbres positivas de paso sobre áreas de circulación. Las parcelas destinadas a vivienda y el área de esparcimientos se vinculan con servidumbres. Existe una relación de inescindibilidad entre las parcelas privativas y las zonas de recreación o instalaciones comunes, y los propietarios de los lotes deben ser socios o miembros asociados de la entidad. Por otra parte, hay cabida para las unidades funcionales a construir o en construcción desde 1963, con el Decreto 2489/1963, modificado por el Decreto 947/2004, que habilita la actualización del estado constructivo con el otorgamiento de una escritura autónoma de obra nueva sin requerirse modificación total del RDPH.

Como mencionamos, este sistema, si bien *contra legem* por considerar al terreno sobre el cual cada parcela construye su unidad privativa no parte común sino lo contrario, es el imperante en la mayoría de estos complejos: un decreto modifica la ley de fondo, pero la fuerza insoslayable de la realidad lo ha legitimado sin existir conflictos, salvo en el cobro de los gastos comunes, lo cual también ha evolucionado positivamente, aceptándose el cobro ejecutivo.

3.2. Mendoza

Es la segunda provincia en el país con respecto a este tipo de fenómeno y viene regulando los CI a través de la Ley 4341 de Loteos y Fraccionamiento para Zonas Urbanas y Suburbanas (año 1979).⁴ Solo está previsto que las calles pertenezcan al do-

4. [N. del E.: en <https://goo.gl/Nwth6X> encontrará la versión vigente a la fecha de publicación de este ensayo y de una fuente no oficial; se sugiere cfr. también el buscador oficial de leyes de la provincia: <https://goo.gl/EJBTf>].

minio público o que los accesos al CI se plasmen en un condominio de indivisión forzada; en los fraccionamientos rurales se excluye la afectación a PH, la cual solo se permite, por el Decreto 3300/1979, cuando está terminada o en avance de “obra gruesa” departamentos o pisos de un solo edificio. Los callejones de acceso se vinculan por servidumbre a las fracciones de titularidad de cada propietario.

En síntesis, las soluciones mendocinas son:⁵ 1) dominio sobre lotes y calles del dominio público; 2) dominio sobre lotes y accesos en condominio de indivisión forzada; 3) fraccionamientos rurales con accesos por servidumbres de paso o condominio de indivisión forzosa. Todo combinado o no con derechos personales, contratos de prestación de servicios, sociedades, reglamentos y derecho de real de usufructo, pero sin acudir a la PH. El loteador debe donarle a la municipalidad las superficies destinadas a calles, y ciertas ordenanzas imponen donar terrenos para equipamientos de utilidad pública, incluso fuera del perímetro a lotear. También se autoriza el cerramiento y la municipalidad concede el uso restringido de las vías de circulación que son calificadas como calles públicas.

En julio de 2016, la Administración Tributaria Mendoza (ATM), en ejercicio del poder de policía inmobiliario, catastral y cartográfico de la provincia (delegado a ella por la Ley 8521) dictó la Resolución General 59/2016;⁶ a través suyo se da precisión a las zonas grises que pueden surgir de la interpretación de los artículos 2073 y 2074 del CCCN. Se establecen las zonas autorizadas y su localización para los CI, las dimensiones, limitaciones edilicias, usos, cargas, servidumbres y demás elementos urbanísticos. En función de lo considerado como elementos accidentales y no sujetos a normas de menor jerarquía que el CCCN, se exigen sin embargo cerramientos, perímetros y estados constructivos. Se establece un procedimiento de aprobación de los planos de PHE, de sus certificados de final de obra y construcción, servicios de urbanización e infraestructura, exigiéndose la urbanización terminada en contra de lo previsto por el CCCN en los artículos 2077 y 1883 sobre unidades en proceso de construcción y posibilidad de constituir derechos reales sobre partes materialmente determinadas.

3.3. Corrientes

La Ley 5405 (año 1999) regula la instalación de los clubes de campo, *countries*, complejos recreativos, residenciales y conjuntos integrales para residencias permanentes o de fin de semana en áreas urbanas, subrurales o rurales o zonas especiales utilizando estos usos por los municipios. Contempla el funcionamiento de un sector equipado para la práctica deportiva, social o cultural, con determinada expansión superficial para unidades habitacionales de uso residencial. Las áreas comunes de equipamiento o esparcimiento y de unidades habitacionales deben guardar –concepto reiterado doctrinariamente– una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica que las convierta en un todo inescindible. Además, está establecido que los clubes de campo deben integrar con los propietarios de las parcelas de dominio independiente integren una entidad jurídica, con estatutos con previsiones expresas, que será

5. LINARES DE URRUTIGOITY, Martha y PUJOL DE ZIZIAS, Irene, “Las urbanizaciones privadas en Mendoza”, en *El Escribano*, Mendoza, Colegio Notarial de Mendoza, año 1, N^{os} 13 y 14, 2010.

6. Ver BRESSAN, Pablo E. y LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, ob. cit. (cfr. nota 3).

titular de dominio de las áreas comunes de esparcimiento y vías de circulación y de la infraestructura de prestaciones de servicios generales. De manera similar y con inspiración en la legislación de la provincia de Buenos Aires, en cada transmisión de dominio debe constituirse una servidumbre de uso sobre áreas de circulación y esparcimiento, situación que se hará constar como restricción en el plano de subdivisión pertinente; asimismo, se advertirá como condición de venta de las parcelas residenciales la previa exigencia de transmisión de dominio a la entidad jurídica. Por último, se deja abierta la opción de afectar al sistema de PH y de ceder al dominio público las calles y colectoras de circulación interna.

3.4. Río Negro

La Ley 3086 (año 1997) autoriza la creación y transferencia de parcelas por el régimen de consorcio parcelario. Podrá aplicarse sobre un área territorial continua con destino determinado, previa conformidad de la autoridad territorial municipal. El RPI lleva el control de anotación de reglamentos de afectación por escritura pública al régimen de consorcio parcelario con la constitución y se asegura la futura conformación de una asociación de propietarios responsable de las acciones necesarias para un adecuado funcionamiento de esta entidad. Dentro del continuo territorial, se crean parcelas que se afectan al uso común directo o indirecto a favor de propietarios de parcelas de uso exclusivo, según las condiciones de los reglamentos, y cuyo dominio fiduciario se constituye a favor de la asociación de los propietarios. Las áreas de circulación no cedidas al dominio público (si fueran cedidas el mantenimiento es a cargo del consorcio) se vinculan por servidumbres de tránsito gratuitas sobre las parcelas de uso común a favor de las parcelas de uso exclusivo. El texto del reglamento de afectación debe contar con la conformidad de la autoridad territorial antes de su elevación a escritura pública. No se considera constituido el régimen de consorcio parcelario ni podrán transferirse parcelas del mismo hasta tanto no se inscriba el reglamento en el RPI.

El reglamento debe contener mínimamente: la declaración de afectación de la parcela o parcelas con indicación del plano de mensura registrado en base al cual se efectuó el fraccionamiento, las características y destino del consorcio parcelario que se constituye, la constitución o el compromiso de conformar una asociación de propietarios, la identificación de parcelas exclusivas y de servicios del dominio de la asociación y condiciones de amplitud de uso y parcelas cedidas al dominio público si las hubiere. Además, las servidumbres de tránsito, la obligación de permitir el acceso a organismos de contralor, seguridad y suministro de servicios públicos, la obligación de propietarios de contribuir al mantenimiento y cargas comunes en función de las proporciones. Podrá contener restricciones para la incorporación de nuevas parcelas, derechos especiales de los propietarios de parcelas de uso exclusivo, disposiciones destinadas a asegurar la convivencia y bienestar de los consorcistas y el respeto de los derechos de la comunidad en general.

3.5. Neuquén

La Ley 485 de Propiedad Horizontal (año 1965) y el Decreto 479/2011 (modificatorio del reglamentario 1596/1967), que la complementa, incluyen a los emprendi-

mientos con independencia constructiva con construcciones existentes o proyectadas o con independencia constructiva condicionada. Se reglamentan requisitos para la aprobación de planos de emprendimientos con independencia constructiva y se exige que el certificado catastral publicite la modificación del estado de la obra sin ser necesaria la modificación del reglamento, siendo autónoma, conjunta o simultánea con la escritura de transmisión (similar a lo previsto por el Decreto 947/2004 de Buenos Aires). Por su parte, la Ordenanza 10573 de la ciudad de Neuquén 10573 (modificatoria de la 8021), sobre barrios cerrados y urbanizaciones destinadas a uso residencial predominante y equipo complementario con perímetro material y acceso restringido, prevé que se deba ceder una superficie equivalente al 6% de la superficie total según título, a favor del dominio privado municipal, y con destino a la constitución de una reserva inmobiliaria del municipio. Está contemplado el club de campo residencial recreativo cerrado para actividades deportivas, sociales y culturales y otras áreas destinadas al uso residencial familiar. Se presentan como alternativas de urbanización a los CI integrales con predominio de la tipología familiar. Por último, se considera que los CI en esta ciudad podrán regirse por la Ley de PH, sin perjuicio de que el proponente pueda poner a consideración de la autoridad de aplicación otra alternativa legal, debiendo adjuntar en su primera presentación la documentación que la instrumente.

3.6. Córdoba

Solo la ciudad de Córdoba tiene previsto, por Ordenanza 8606/1991 (modificada en lo que aquí respecta por la Ordenanza 10760/2004), la reglamentación de la urbanización residencial especial en parcelas con dimensión máxima de cincuenta hectáreas. Estas parcelas están vinculadas no solo al uso residencial, ya que también tienen superficies para la práctica de actividades deportivas, recreativas y sociales con las que constituyen un todo inseparable a través de una relación funcional y jurídica inescindible. Conforman de esta manera un CI que deberá estar garantizado a perpetuidad mediante la concreción de relaciones jurídicas propias, para lo cual deben contar con una subadministración y constituir un ente jurídico idóneo. Se prevé la cesión al dominio público municipal de calles y espacios verdes y se tendrá especialmente cuidado con la preservación de las estadísticas ambientales, paisajísticas y topográficas naturales del lugar y las condiciones del ecosistema que el proyecto ofrezca.

3.7. Santa Fe

Esta provincia estableció un cambio importante en el uso del suelo por medio de la Resolución 736/2016 del Ministerio de Infraestructura y Transporte. Su núcleo recae en un proceso de estudios de impacto hídrico y de categorización y evaluación de impacto ambiental en los proyectos de CI. Los loteos con fines de urbanización y los CI que impliquen un cambio en el suelo deben cumplir con el análisis de impacto hídrico en tres etapas, análisis de inundabilidad, tratamiento de los excedentes pluviales generados y extensión del certificado de final de obra hídrica con intervención del Ministerio de Medio Ambiente y con la obtención de un certificado de aptitud de proyecto de drenajes. El Servicio de Catastro e Información Territorial de Santa Fe,

en el marco del CCCN, comunica que registrará catastralmente los CI. El plano que representa el CI es sobre PHE, y se indicará en el mismo lo habitado por unidad y por bloque constructivo que tenga certificado de final de obra o equivalente. En caso de hacerse por etapas, no se va a aplicar la prehorizontalidad sino que se habilitará por sectores, uniéndose con servidumbres recíprocas o disponiéndose que una unidad se quedará con la superficie que no se urbanice.

4. Formas de comercialización. La relación de consumo

Este tipo de emprendimientos se ha comercializado bajo distintas formas, puras o combinadas. En primer lugar, por loteos y fraccionamientos, con sujeción a las normas reglamentarias de cada demarcación e incluso por el sistema de prehorizontalidad, hoy simplificado conforme a los artículos 2070 a 2072, y luego, bajo la estructura legal del condominio, hoy ampliada su esfera de aplicación por los artículos 1987 y 1994, que posibilitan el convenio de uso y goce y las asambleas.⁷

El dominio revocable ha sido una herramienta útil para los emprendedores en aras de preservar su control sobre variados aspectos del desarrollo de los CI. Puede además articularse con una sociedad administradora no propietaria o un fideicomiso. Como mencionamos, algunas provincias imponen la constitución de una SA con derechos para el uso de las instalaciones o derechos completos incluso respecto de las parcelas privativas, muchas veces entidades sin fines de lucro y accionistas propietarios que habilitan una membresía con acceso a áreas de esparcimiento. Lo cierto es que sea cual fuera la forma de organización y comercialización de los CI, estamos en presencia de una relación de consumo regida por la Ley de Defensa del Consumidor 24240, el artículo 42 de la Carta Magna y los artículos 1092 y concordantes del CCCN. Así lo ha sostenido, aun antes de la reforma, Mariani de Vidal.⁸

De hecho, hoy, la relación de consumo se extiende más allá de la órbita contractual, ya que lo que se protege es más bien el hecho de consumir un bien o servicio en provecho personal, familiar y social. Así lo demuestra el segundo párrafo del artículo 1092:

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Este encuadre, y para quienes intentan defender sus derechos más allá del argumento de la propiedad de jerarquía constitucional, deriva en que en caso de duda sobre la interpretación legal de los CI, prevalece la más favorable al consumidor o se interpreta en caso de contrato en el sentido más favorable para el consumidor o cuan-

7. BRESSAN, Pablo E., "Conjuntos inmobiliarios" [material complementario de la disertación brindada en el marco del Ateneo de la Academia Nacional del Notariado llevada a cabo en San Martín de los Andes el 30/9/2016], [inédito].

8. MARIANI DE VIDAL, Marina, [su intervención] en Colman Lerner, Horacio, De Hoz, Marcelo A. y Mariani de Vidal, Marina, "Situación actual para organizar este tipo de desarrollos" [panel que disertó en el marco del "Seminario sobre la estructura jurídica de los clubes de campo y barrios cerrados" {Buenos Aires, 24-26 agosto 2010}], en *Revista del Notariado*, N° 903, 2011, p. 145, <https://goo.gl/jZh6xt>.

do existen dudas acerca de la obligación, se adopta la interpretación menos gravosa (arts. 1094 y 1095).

Solo recordamos qué actores están involucrados en la relación de consumo: los que proveen los bienes y servicios y quienes los consumen en forma directa o indirecta. Por ello, es difícil que la vara del derecho más favorable en un tema tan sensible como la adecuación de un CI sea compartida por todos en forma unánime.

5. Reglamento de propiedad horizontal especial

Para empezar, por tratarse de una PHE y por remisión legal, recaemos en el contenido básico del artículo 2056, adaptado al destino según el funcionamiento específico del CI en base al plano y a la aprobación administrativa local. Por encuadrar dentro de una relación de consumo, se debe tener en consideración que el reglamento propone un trato equitativo y no discriminatorio y que en su redacción las cláusulas incorporadas generales y predisuestas por los constructores, fundadores o emprendedores de los CI no sean abusivas en los términos de los artículos 985 a 988. Por supuesto, se podrá modificar el régimen de quórum y mayorías en el sentido de agravarse, mas no de flexibilizarse.

Es aplicable también por remisión legal el derecho de exclusión de los no propietarios por violación al régimen de infracciones explícito, según el artículo 2069. Es destacable la incorporación de pautas de derecho de admisión, limitaciones y restricciones reglamentarias, regulación de gastos y contribuciones, cesión de la unidad, régimen de invitados y transmisión de unidades y derecho de preferencia de los artículos 2080 a 2086. También es totalmente compatible la utilización de la figura de los subconsorcios descentralizados administrativamente en los mega emprendimientos o CI, por la ventaja que genera descentralizar y maximizar la logística y las finanzas de estas urbanizaciones.

Destacamos que, en la legislación previa al CCCN y en la no adecuada hasta la fecha, puede ser habitual que los desarrolladores se reserven el derecho político monopolístico dentro de la estructura del CI, lo cual estaría neutralizado bajo el esquema de orden público del derecho real de PHE y el derecho de los consumidores, como se ha referenciado previamente.

6. La escritura de adecuación

No existe hasta la fecha un criterio uniforme acerca de cuál es el alcance de la obligación de adecuar. Aquellos CI ya afectados a la derogada Ley 13512 no deberían en principio adecuarse, salvo si los reglamentos no fueran autosuficientes en función del destino y necesidades peculiares de los distintos emprendimientos, sin perjuicio de poder insertar sin modificar los elementos periféricos plasmados en los ya vistos artículos 2080 a 2086.⁹ Tampoco hasta la fecha se ha reglamentado el contenido ni

9. 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.

la inscripción y su calificación registral sobre la materia, lo que constituye una gran ventaja puesto que cualquier digno intento por adecuar debería ser aceptado.

No obstante, entendemos pertinente contar con un plano de mensura, la registración catastral del plano de división, la unificación de parcelas en un mismo terreno para luego adjudicar las parcelas privativas o unidades funcionales, el reglamento de PHE y la regulación de las áreas comunes recreativas. La titularidad de las áreas antes conferidas a la entidad puede transferirse a la persona jurídica consorcio de propietarios o permanecer aunque purificando el sistema de no subordinar los derechos personales al ejercicio de los derechos reales, combinación que se pretende erradicar.

Sabido es que la tramitación del plano es de muy difícil cumplimiento y que, mientras este se gestiona o se unifican las partidas inmobiliarias, los lotes no podrán ser transferidos. Lo cierto es que los lotes quedan automáticamente adecuados como unidades funcionales y las partes comunes y vías de circulación quedan también incorporadas como necesariamente comunes y afectadas al uso del CI. Por lo tanto, será suficiente una escritura que reordene el reglamento existente si había afectación a la Ley 13512, o uno nuevo reordenando y recategorizando los lotes, ahora unidades funcionales, y las zonas de circulación tal vez antes afectadas al dominio público municipal, ahora de uso privativo del CI junto con las zonas comunes, conforme al artículo 2074.

En suma, la escritura de adecuación no requiere plano específico, excepto que se lo utilice extraoficialmente para actualizar datos sobre contribución en las expensas o alguna ubicación específica, ni inscripción en el RPI, pues la publicidad se da por la escritura pública y sus testimonios a los interesados. Sí contiene, además del texto del reglamento, la relación de la voluntad de adecuar expresada por el representante del consorcio (único compareciente legitimado para otorgar la escritura de adecuación) electo en asamblea, la que votó con las mayorías necesarias adaptarse a la legislación en vigencia.

7. Aspecto societario. Doble adecuación

Abordando el aspecto societario en una breve e incipiente reflexión, encontramos que, en paralelo con la adecuación integral del CI, aquellos que estaban conformados por la combinación de propietarios de parcelas y SA o asociaciones civiles o simples asociaciones propietarias de partes recreativas o comunes se deberían ajustar en sintonía con el contexto. En ocasiones, la entidad se ocupa de la administración del CI y tal vez opte por continuar en su función (art. 2065). Asimismo, si el CI no contaba con personas jurídicas (es el caso del dominio y condominio sobre partes comunes sin reglamentos de PH), la obligación de adecuar se materializa con la formalización del consorcio de PH (art. 148, inc. h), originado de pleno derecho al comenzar a regir el CCCN. La adecuación, entonces, supone el dictado de un reglamento de PHE, planos y la adecuación de los reglamentos internos que pudieran existir a los fines específicos dentro de un reglamento formal, conforme al artículo 2056. No obstante, entendemos que el plano no sería obligatorio en esta etapa, pues no es una afectación desde cero sino una adecuación de un CI preexistente, lo cual no exige confección de plano alguno. Es más, la división jurídica del inmueble opera de pleno derecho por

las características intrínsecas de las partes privativas –lotes devenidos en unidades funcionales– y áreas necesariamente comunes afectadas al uso comunitario, conforme a la legislación de fondo (art. 2074).

Por otra parte, podemos inferir que si el CI está integrado con cualquier variante de entidad societaria o asociación civil, la adecuación de este sujeto de derecho opera entonces en este aspecto en forma automática y de manera operativa. El cambio de normas, con la inclusión como derecho real de los CI y como PHE, produce al interior de la persona jurídica, como bien explica en su agudo análisis Szmuch, una suerte de disolución inmediata causada por la obligación legal de adecuar y llevando a la mutación estatutaria de objeto a la de un objetivo típico de consorcio de PH y adecuación a las normas del CI.¹⁰ Lo peculiar es que no se pretende la liquidación sino la adecuación a los nuevos fines, apartando la causal disolutoria que proviene de la ley en este contexto y acudiendo a la respectiva adecuación mediante la transformación del ente originario en consorcio de PHE. La ventaja de analizar la adecuación bajo esta perspectiva redundante en que el ente transformado en consorcio de PH mantiene personalidad primitiva, siendo el mismo sujeto con cambio de ropaje y no existiendo traspaso patrimonial alguno ni alterándose la responsabilidad ni las obligaciones frente a terceros. La transición hacia la persona jurídica consorcio de PHE, en función de las estructuras de los CI, puede derivar, si existe sociedad (SA) o asociación civil y estas quisieran proseguir sus actividades (los objetivos consorciales del CI serán continuados por la persona jurídica consorcio de PHE), en que podrían escindirse y así quedarían diversificados sus objetivos en las desprendidas entidades resultantes de este reordenamiento. Esta variante también podrá adoptar la forma jurídica de fusión por incorporación de la entidad jurídica que formaba parte del CI absorbida e incorporada por el consorcio de PH emergente, asistiendo así a un tipo de reorganización conforme lo establece el artículo 162.

Por otro lado, en la conformación de un CI con una entidad sin fines de lucro que nuclea a socios no propietarios que utilizan las partes recreativas, la asociación podría continuar sus actividades y, en simultáneo, convivir con otra nueva entidad de titulares de parcelas privativas; sin embargo, suponemos que esto es justamente lo que se pretende eliminar. También es factible que esta entidad que otorga derechos de uso a sus socios se ajuste a la adecuación mediante la incorporación de convenciones en el reglamento de PHE nuevo o adaptado, incluyendo cláusulas sobre el acceso y uso de invitados o usuarios no propietarios, conforme a los artículos 2080 y siguientes, específicos y congruentes con la funcionalidad de cada CI. Además, puede rogarse la publicidad registral de los reglamentos de aquellos CI constituidos como simples asociaciones, con el objetivo de dar a conocer *erga omnes* sus normas reglamentarias, órganos de aplicación y organización de gastos o de usos de partes privativas y comunes y así conferir una información accesible para los integrantes actuales y los futuros componentes de estas “mini” comunidades.¹¹ No descartamos que la sociedad otrora administradora y propietaria de las áreas comunes –afectadas por ley al uso comunitario desde el 1 de agosto de 2015– siga siendo titular registral

10. SZMUCH, Mario G., “Adecuación operativa y programática de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Naturaleza y contenido de la obligación de adecuar. ¿Quién, cómo y cuándo?”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Thomson Reuters, julio 2016, AR/DOC/1731/2016.

11. *Ibidem*.

de estas zonas y solo cambie su objeto a uno exclusivo de administración consorcial, y las acciones que otorgaban derechos personales a sus socios se mantengan al solo efecto de computar sus votos en las asambleas del consorcio de propietarios del CI nacido a partir del CCCN.

Acotamos que es sumamente interesante analizar el impacto de la adecuación automática en el aspecto societario y asociativo, y esto entrelazado con la postura favorable respecto de la eficacia temporal de las nuevas leyes a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (art. 7 CCCN)¹². De existir SA con acciones privilegiadas en cuanto a voto, o régimen de súper mayorías reservadas, formas de control a veces pergeñadas por los emprendedores, todo este sistema se verá eclipsado por la regla del artículo 2060 y la imposición de mayoría absoluta computada sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y su conformación con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de estas con relación al conjunto. Evidentemente, este nuevo escenario de toma de decisiones revoluciona la influencia que se ejercía sobre el CI y obliga a democratizar su funcionamiento y desarrollo interno.

En la faz del aspecto consorcial, reiteramos que si el CI estaba ya constituido de acuerdo a la derogada Ley 13512, la adecuación será irrelevante, excepto cuando el reglamento no sea autosuficiente a los fines del CI y se pretenda realizar innovaciones acerca de limitaciones y restricciones reglamentarias, gastos y contribuciones, cesión de las unidades y derechos de preferencias, así como de régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios. Caso contrario, de ser necesario partir de cero y confeccionar plano de afectación a PHE, los contenidos mínimos del reglamento se ajustarán a lo previsto por el artículo 2056 y los elementos característicos exclusivos y excluyentes de este tipo de urbanizaciones.

8. Conclusión. ¿Obligación de adecuar?

La doctrina en forma unánime ha considerado que la adecuación resulta de cumplimiento imposible o, lisa y llanamente, de muy dudosa constitucionalidad y “lesiva de la garantía de la propiedad (art. 17 CN) e incluso contraria a lo dispuesto por el artículo 7 del propio código”¹³. Incluso la Orden de Servicio 45/2015 del RPI de la provincia de Buenos Aires también se ha pronunciado por su inviabilidad (p. 37).

Sin embargo, a esta altura, nos replanteamos un crítico interrogante y retomamos con algunos puntos de conexión ciertas consideraciones. En cuanto a la oportunidad de adecuar, es cierto que la ley no establece plazo ni sanción, pero por imperio de la acción preventiva (art. 1708), en el marco de la responsabilidad en cuanto a los perjuicios en el patrimonio, en la persona o en los derechos de incidencia colectiva, quien invoque interés legítimo puede exigir la adecuación en cualquier instante.¹⁴

12. [N. del E.: ver en este mismo *Anuario*: URBANEJA, Marcelo E., “Efectos de la ley en relación al tiempo. Temas de interés notarial”, y ZAVALA, Gastón A., “Temporalidad de la ley. Incidencia en las situaciones jurídicas en curso”].

13. 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, Thomson Reuters, 8/4/2015 (t. 2015-B, p. 869), AR/DOC/677/2015.

14. SZMUCH, Mario G., ob. cit. (cfr nota 10).

Por supuesto no escapa a nuestro conocimiento que una gran cantidad de CI preexistentes cuentan con una trayectoria, prestigio y tradición tales que resulta impensado que se quiera cambiar su estructura. El solo ingreso de un nuevo integrante al CI o una simple disconformidad minoritaria dentro del mismo cambia el panorama y puede conllevar a judicializar la adecuación. No solo por pedido de una asamblea judicial conforme al artículo 2063, si ya hay afectación a PH, sino además en los otros casos, peticionando la adecuación coactiva con el reglamento especial y los planos, derivando en una obligación de hacer, vale decir, adecuar por escritura pública con ejecución forzosa tal como un proceso de escrituración.¹⁵

Por otra parte, ¿cuál sería la consecuencia de no adecuar si se considera el reglamento como parte integrante del título de propiedad (art. 2038) y el CI preexistente no cumplió la norma? ¿El título deviene observable hasta el cumplimiento del 2075? Existe una jurisprudencia de Cámara que incluso considera que “no corresponde otorgarle fuerza ejecutiva al certificado de deuda por expensas emitido por un club de campo o barrio cerrado”¹⁶ por no haberse cumplido con la respectiva adecuación:

[...] en tanto el emprendimiento urbanístico no se constituya bajo las disposiciones que regulan el derecho real denominado «conjunto inmobiliario», no podrá invocar para sí las prerrogativas que se derivan de ese tipo. ¿Y qué sucede con los conjuntos inmobiliarios preexistentes [...]? [...] Pretender el automático reconocimiento de la existencia de un derecho real sobre un complejo que no se ha adecuado a su tipología importaría tanto como soslayar las reglas de estructura (que son de orden público) que rigen la materia (art. 1884). En ese contexto, siendo que no se encuentra acreditado el cumplimiento de aquella adecuación, y dado que la demandante manifestó ser una sociedad anónima que tiene por objeto el dominio y administración de los espacios comunes y régimen de expensas, no le asiste derecho a reclamar ejecutivamente su cobro, toda vez que, como se señaló, tal posibilidad es beneficio derivado de la configuración de un derecho real que, por lo dicho, no le asiste.¹⁷

En la esfera de la responsabilidad societaria, también debería ponderarse la responsabilidad solidaria e ilimitada por desvío del objeto social y la acción disciplinaria ante los socios que no colaboran con la adecuación, o la inactividad del administrador si es el caso, por lo cual se lo coloca en el supuesto de remoción de su cargo, conforme a los artículos 160 CCCN y 59 LGS. Incluso el órgano de administración de la SA o de la asociación civil se vería expuesto a acción social de responsabilidad que podrían iniciar los accionistas o asociados y, en consecuencia, ser suficiente motivo de remoción y perjuicios patrimoniales.

Por último, respecto del ámbito societario hasta podría el registro público pertinente de las entidades partícipes en los CI preexistentes, so pretexto de orden pú-

15. *Ibidem*.

16. CNCom., en pleno, 4/5/2015, “Barrio Cerrado Los Pilares c/ Álvarez, Vicente Juan Alfonso s/ ejecutivo”. [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/XUb22x>].

17. CNCom., Sala C, 13/10/2016, “Altos de los Polvorines SA c/ Castaño, Mariana s/ Ejecutivo” (*La Ley*, 28/12/2016, p. 11 [t. 2017-A, p. 132], y 22/3/2017 [t. 2017-B, p. 143], con nota de Marina Mariani de Vidal y Adriana N. Abella; y *Revista Código Civil y Comercial*, marzo 2017, p. 222). [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/XUb22x>].

blico, aplicar sanciones por no adecuar el objeto a lo propio del consorcio de PHE, aplicando sanciones o peticionando al juez la disolución societaria. Hasta el presente, no hemos asistido, salvo el fallo citado por expensas y alguna objeción aislada de alguna entidad privada crediticia, a conflictos en cuanto a la adecuación programática obligatoria de los CI, lo cual, antes de ignorar la amenaza, nos coloca en un compás de espera sentados en un arsenal de pólvora que puede estallar en cualquier momento. La opción de adecuar se adopta en función de cómo se elija afrontar el imperativo legal y de cómo se pretende anticipar sus eventuales consecuencias.

La buena noticia es que, mientras no exista reglamentación de la norma sobre la adecuación, una escritura que contenga la decisión de la asamblea de la entidad societaria que confluye con la asamblea de la persona jurídica consorcio nacido desde la entrada en vigencia de la modificación del código sobre la voluntad de adaptarse sería válida. No existe imperativo legal sobre la exigencia de un plano y, menos aún, de la inscripción de la adecuación en el RPI; incluso las partes comunes del CI y las vías de circulación quedarían de pleno derecho incorporadas como partes necesariamente comunes y afectadas al uso común según lo prevé el artículo 2074.

En el mito de la espada de Damocles, este era un cortesano del tirano Dionisio I de Siracusa, a quien envidiaba por su vida lujosa y ostentosa. Con el propósito de escarmentarlo, el rey resolvió que su súbdito lo reemplazara en un banquete oficial y dispuso que sobre su cabeza pendiera una filosa espada suspendida de una crin de caballo. Así, Damocles pudo vivenciar lo efímero e inestable de la prosperidad y del cómodo vivir del soberano.

9. 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, Thomson Reuters, 8/4/2015 (t. 2015-B, p. 869), AR/DOC/677/2015.
- BRESSAN, Pablo E., “Conjuntos inmobiliarios”, [material de apoyo a la exposición brindada en el marco del Ateneo de la Academia Nacional del Notariado llevada a cabo en San Martín de Los Andes, el 30/9/2016; inédito].
- BRESSAN, Pablo E. y LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, “Conjuntos inmobiliarios: objeto y estructura legal, sus características esenciales y sus notas contingentes” [trabajo presentado en la XXXII Jornada Notarial Argentina {Buenos Aires, 24-26 agosto 2016}], [s. e.], 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, N^{os} 13 y 14, 2010.
- “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.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, [su intervención] en Colman Lerner, Horacio, De Hoz, Marcelo A. y Mariani de Vidal, Marina, “Situación actual para organizar este tipo de desarrollos” [panel que disertó en el marco del “Seminario sobre la estructura jurídica de los clubes de campo y barrios cerrados” {Buenos Aires, 24-26 agosto 2010}], en *Revista del Notariado*, N^o 903, 2011, pp. 139-151.
- SZMUCH, Mario G., “Adecuación operativa y programática de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Naturaleza y contenido de la obligación de adecuar. ¿Quién, cómo y cuándo?”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Thomson Reuters, julio 2016, AR/DOC/1731/2016.

Efectos de la ley en relación al tiempo

Temas de interés notarial

Marcelo E. Urbaneja

RdN 928

RESUMEN

La cuestión de la aplicación temporal de la ley acrecienta su relevancia cuando se trata del reemplazo de la magna obra de Vélez Sarsfield por un cuerpo legislativo con marcadas lagunas e imprecisiones. El texto evidentemente insuficiente de su artículo 7 nos obliga, sin desconocer los innumerables análisis generales que se publicaron sobre la temática, a volcarnos al estudio detenido de distintos institutos que por regla fueron ajenos al interés doctrinario. Por su cara incumbencia notarial y los cambios de tratamiento que el Código Civil y Comercial de la Nación les depa- ró, se examinan cuestiones atinentes a: a) la falta de pago del precio; b) la donación a los hijos del cónyuge; c) el usufructo, el uso y la habitación; d) la forma de los poderes para administrar bienes; e) la conversión del dominio revocable en perfecto; f) la oponibilidad de las facultades del fiduciario; y g) las asambleas en propiedad horizontal.

PALABRAS CLAVE

Retroactividad, revocable, donación, asambleas, precio.

Fechas de recepción y aceptación

7/4/2017 - 28/4/2017

Sumario: 1. Introducción. 2. Aclaración preliminar. Visión sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. 3. Soluciones del Código Civil y del Código Civil y Comercial. 4. Consideraciones generales. Ausencia de directivas legales respecto de situaciones concretas. Contribución del notariado. 5. Algunos casos en particular. 5.1. La falta de pago de precio en la compraventa inmobiliaria. 5.2. Donación a los hijos del cónyuge. 5.3. Usufructo, uso y habitación. 5.4. Forma de los poderes para administrar bienes. 5.5. Conversión del dominio revocable en dominio perfecto por el transcurso del tiempo. 5.6. Oponibilidad de facultades del fiduciario. 5.7. Asambleas en propiedad horizontal. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

1. Introducción

Con fecha 22 de abril de 2013, me cupo, como miembro del Ateneo Notarial de la Academia Nacional del Notariado, exponer ante ella una visión notarial acerca del tema “Irretroactividad de la ley y su vinculación con el proyecto de unificación de

códigos”. Ya con el entonces proyecto en vigor, el 21 de noviembre de 2016, fui convocado nuevamente en el mismo carácter para disertar ante la misma institución con el colega Gastón Augusto Zavala sobre temática similar: “Efectos de la ley en relación al tiempo”.¹ En las reflexiones que formulé en esas ocasiones se germinaron las ideas que se desarrollan en este aporte, ahora con la única finalidad de proporcionar respuestas para la práctica profesional de los colegas.

La temática que abordo se limita a situaciones jurídicas en particular que escapan a los pocos estudios difundidos –generalmente ocupados de cuestiones relativas a donaciones, asentimientos o sociedades–.

2. Aclaración preliminar. Visión sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

Para comprender las posturas que asumimos con respecto a cada uno de los temas abordados, ciertas breves reflexiones resultan imprescindibles. En todos los aportes publicados y en todos los simposios jurídicos en que intervinimos desde 2012, fuimos severos críticos del escenario legislativo entonces proyectado y hoy imperante, haciendo particular hincapié en la fatigosa nómina de incongruencias y silencios que impregnan el Código Civil y Comercial (en adelante, “CCCN”). Con ese proceder, nos diferenciamos nítidamente del importante sector doctrinario que miró el proyecto con marcada indulgencia, acaso por el respeto intelectual que le merecían sus autores.²

Entrado en vigor el mismo, la actitud del jurista debe forzosamente alterar su cariz. Cabe, por caso, propugnar interpretaciones finalistas que, para quienes nos sabemos iusnaturalistas, deben culminar en alcanzar lo justo. Sin embargo, en la particular función notarial, esta actitud debe emprenderse dentro de un marco de razonabilidad que no desvirtúe la mirada antilitigiosa que por antonomasia nos distingue.

La reflexión es precisa porque en ocasiones se advierten posturas que claramente contradicen lamentables pero categóricas decisiones legislativas, con un ímpetu que hubiéramos deseado ver en el reproche al proyecto –acompañándonos a quienes lo censuramos a su tiempo– y no en lecturas voluntaristas de la norma ya sancionada.

La finalidad de estas líneas, entonces, está más en señalar lo que nuestro sistema establece que lo que debió haber establecido.

3. Soluciones del Código Civil y del Código Civil y Comercial

La problemática de los efectos de la ley en relación al tiempo recién cobra vigoroso impulso con la sanción de los códigos decimonónicos. Se explica que sea así desde

1. [N. del E.: ver en este mismo *Anuario* el ensayo de ZAVALA, Gastón A., “Temporalidad de la ley. Incidencia en las situaciones jurídicas en curso”].

2. [N. del E.: a continuación, el lector podrá confrontar: a) el anteproyecto en <https://goo.gl/6Wpaj8>; b) sus fundamentos en <https://goo.gl/YHGJgF>; c) el proyecto elevado por el PEN en <https://goo.gl/oot15G>; d) el texto con media sanción del Senado en noviembre 2013 <https://goo.gl/wTbMyg>; e) el proyecto de 1998 <https://goo.gl/QRmyKt>].

que muchos de ellos importaron una ruptura sin tapujos con la legislación abrogada; otros, menos abruptos en las modificaciones, precisaron de un marco normativo que vinculara lo que continuaba vigente con las instituciones que nacían con otra matriz filosófica. De allí que el ilustre Vélez Sarsfield construyera un sistema del que se pudieron extraer principios generales (arts. 3-5, 4044 y 4045) y aplicaciones particulares (v. gr., artículo 2614).

Como es sabido, la reforma impuesta por el Decreto Ley 17711/1968 importó una modificación de envergadura, que se plasmó en la derogación de los artículos 4, 5, 4044 y 4045 y la modificación del texto del artículo 3. Fue prolijada por su principal mentor, Guillermo Antonio Borda, en línea con los estudios que en 1929 diera a conocer en Francia Paul Roubier, prestigioso profesor de Lyon, y que reiterara posteriormente en otro aporte de 1960. No obstante, hubo un apartamiento expreso de algunos aspectos de su pensamiento, según palabras del mismo Borda.³

El CCCN prácticamente reproduce el artículo 3 del Código Civil (en adelante, “CCIV”), con un aditamento relativo a las normas supletorias en relación a los contratos de consumo. Esta aparente similitud del problema, por reiterarse el texto legal empleado en anterior oportunidad, no disimula la distancia que media entre ambos acontecimientos: en 1968 se trataba de una reforma parcial, si bien intensa y trascendente; ahora ocurre la abrogación de la estructura basal del sistema de derecho privado, perdurando solo alguna legislación específica, que oblicuamente también es afectada. Por lo tanto, una adecuada observación concluye categóricamente en asimilar la situación jurídica actual a 1871 y no a 1968.

Desde esa perspectiva, procuramos ponderar la incidencia de este tópico en institutos caros al quehacer notarial.

4. Consideraciones generales. Ausencia de directivas legales respecto de situaciones concretas. Contribución del notariado

La supresión (al menos en la letra) de la teoría de los derechos adquiridos como parámetro rector de los efectos de la ley en relación al tiempo –criterio de Vélez Sarsfield que sintonizaba con el sentir de su época– provocó en 1968 conocidas polémicas que encolumnaron a la doctrina en sectores en pugna.⁴ Los rótulos de los institutos en juego poco contribuyeron a solucionar los problemas interpretativos. Así, es sabido que, si bien el principio de irretroactividad es de orden legal y no constitucional (salvo en materia penal), una corriente de pensamiento, nutrida de diversas vertientes ideológicas, enhebra sensibles reparos a la retroactividad. De allí que, como dice López de Zavalía, la reforma de 1968 haya preferido, con influencia de Roubier, hablar de “efectos inmediatos de la ley” en lugar de “efectos retroactivos en primer grado”.⁵ Julien Bonnecase, profesor de Burdeos, sostenía la teoría opuesta a

3. BORDA, Guillermo A., “Sobre el artículo 3° del Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 1977-B, p. 739.

4. Uno de los últimos ecos de la disputa acaeció una década después de la reforma, entre Guillermo BORDA y Guillermo L. ALLENDE (del primero, ver ob. cit. [cfr. nota 3]; del segundo, ver “Artículo 3° del Código Civil. Volver al Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 1977-A, pp. 703-710).

5. Ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Irretroactividad de las leyes”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 135, ps. 1485-1493.

la de Roubier en este aspecto, aunque ambos partieron de la base del distanciamiento con los “derechos adquiridos” y las “expectativas”.⁶

No corresponde aquí recordar todos los pormenores de las reflexiones que a su tiempo se generaron. Solo apuntamos que la mayor parte de los estudios evitaban propiciar soluciones a conflictos concretos, limitándose a discrepar sobre los alcances de algunos de los términos empleados en el artículo 3. A modo de justo reconocimiento, sin embargo, subrayamos que le cupo a un maestro del derecho notarial, Carlos Alberto Pelosi, ser uno de los primeros en tomar posición en una cuestión puntual con su reconocida erudición: la suerte que corrían los documentos notariales afectados de invalidez por causales que desaparecían en legislación posterior.⁷ En ese estudio de 1969 se hacía –a nuestro juicio– una exacta aplicación de la nueva legislación y de aquellos segmentos de las concepciones de Roubier que tuvieron cabida en la misma, concluyendo que esa invalidez primigenia no se subsanaba por el cambio de legislación posterior, pues la causa del defecto era precisamente una carencia originaria.

Por la relevancia que cobra en torno a los temas que se tratan a continuación, puntualizamos que, dentro de las “garantías constitucionales” aludidas en el artículo 7, cobra inusual relevancia la propiedad, plasmada en los artículos 14 y 17 de la Constitución de la Nación Argentina. Se afirma que está compuesta por los derechos que una persona tiene “fuera de sí mismo”, de su “vida” y de su “libertad”, en terminología de la Corte Suprema de Justicia de la Nación influenciada por su par estadounidense.⁸ Abarca, en suma, todos los derechos subjetivos patrimoniales (reales, personales e intelectuales). El mismo Alto Tribunal ya lo había sugerido tres años antes:

Trátase de derechos reales o de derechos personales, de bienes materiales o inmateriales, que todo eso es propiedad, a los efectos de la garantía constitucional.⁹

Este contexto termina por convencer de que el CCCN debió haber contenido soluciones para casos en particular –como oportunamente y con buen criterio sostuvo Medina¹⁰–, pues las pautas generales brindadas ya ocasionaron en 1968 lecturas disímiles. Nótese cómo legisladores más esclarecidos, como los autores del Decreto Ley 19550/1972,¹¹ sí establecieron pautas concretas para las situaciones jurídicas más alteradas, como las sociedades en comandita por acciones.

6. Para una síntesis de ambos, a modo comparativo, ver NOGUERA CALDERÓN, Rodrigo, “Efectos de la ley en el tiempo”, en AA. VV., *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1997, pp. 155 y ss. [N. del E.: ver <https://goo.gl/2aPrqp> {versión digitalizada por Google Books para uso no comercial; extracto del libro publicado con autorización de la Universidad del Rosario}].

7. PELOSI, Carlos A., “La irretroactividad de la ley y las nulidades instrumentales”, en *Revista del Notariado*, N° 707, 1969, pp. 1029-1068, <https://goo.gl/qhkCp4>.

8. CSJN, 16/12/1925, “Don Pedro Emilio Bourdieu c/ Municipalidad de la Capital s/ Devolución de sumas de dinero” (*Fallos*, t. 145, p. 307).

9. CSJN, 21/8/1922, “Horta, José c/ Harguindeguy, Ernesto s/ Consignación de alquileres” (*Fallos*, t. 137, p. 47).

10. MEDINA, Graciela, “Efectos de la ley con relación al tiempo en el proyecto de código”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 15/10/2012 (t. 2012-E, pp. 1303-1304), y en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2013 (marzo), p. 3 (cita online AR/DOC/5150/2012).

11. [N. del E.: En <https://goo.gl/se1L6L>, el lector encontrará el texto ordenado por Decreto 841/1984 {20/3/1984}].

La vacilación terminológica también hace mella en el CCCN, por cuanto en los fundamentos del entonces proyecto se hacía referencia a este artículo 7 como “derecho transitorio”, calificación que no responde a lo allí preceptuado.¹² El CCCN solamente previó respuestas específicas para tres situaciones: los conjuntos inmobiliarios (art. 2075, sobradamente analizado en publicaciones), los plazos (art. 2537) y los testamentos (art. 2466).

Ese silencio legal, que acompañó buena parte de la doctrina, es el que nos mueve a la consideración de ciertos temas de recurrente aparición en los protocolos notariales.

5. Algunos casos en particular

5.1. La falta de pago de precio en la compraventa inmobiliaria

Entendemos haber sido los primeros en publicar la postura que aquí se reproduce en lo pertinente,¹³ con posteriores sugerencias de redacción,¹⁴ sin que hayamos conocido refutaciones.

Cuando el pago del precio es posterior a la compraventa, la doctrina civilista dominante durante el régimen velezano concordaba en que el título resultaba observable. El CCCN aporta aún menos claridad a una temática que resultaba controvertida con el ordenamiento derogado, acrecentada por el silencio doctrinario.

Los argumentos principales que servían de sustento hasta el 1 de agosto de 2015 a la tesis que veía en los supuestos de falta de pago de precio un dominio revocable ya no subsisten. Y es que ninguna norma establece hoy, a la manera del equívoco artículo 3923 CCIV, una acción reipersecutoria para el caso, y ni siquiera subsiste el privilegio que concedía el antiguo artículo 3924. Tampoco existe la “cláusula legal”, que, según el antiguo artículo 2668, producía la revocabilidad del dominio, pues los vigentes artículos 1946 y 1965 solamente enumeran el plazo y la condición resolutorios. La única previsión que persiste, a la manera del anterior artículo 1204, es el efecto resolutorio por incumplimiento, que en el régimen imperante dimana de los artículos 1079, inciso b), y 1087.

Sin embargo, estas normas son insuficientes para conceder alcance reipersecutorio a la acción por resolución. En efecto, el artículo 1087 solamente establece en ciertos contratos el carácter implícito de la facultad de resolución. Nada autoriza a sostener de su texto ni de su espíritu que esa resolución tenga efectos reipersecutorios, máxime cuando el artículo 1079 se ocupa de la temática.

Resulta sumamente sugestivo que el artículo 1079, inciso b), establezca que el efecto retroactivo se produce “entre las partes”. Más aún, cuando la norma alude a la intangibilidad de los derechos adquiridos “a título oneroso por terceros de buena fe”,

12. *Fundamentos del anteproyecto*, título III, capítulo 5.3 “Derecho transitorio”. [N. del E.: ver <https://goo.gl/FghzRr>, p. 15].

13. URBANEJA, Marcelo E., “Los ‘títulos observables’, las adquisiciones a *non domino*, el dominio revocable y la falta de pago de precio en materia inmobiliaria en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 13931, 8/4/2016, pp. 1-5.

14. URBANEJA, Marcelo E., *Práctica notarial de contratos usuales*, Buenos Aires, Astrea, 2017, capítulo 2, §6, pp. 124-126 y 209-212 (colección “Derecho aplicado”).

la presunción de haber obrado con esta no puede desvirtuarse por la sola circunstancia de carecerse de acreditación del pago. No debe olvidarse que, en el régimen precedente, la observabilidad del título tenía por sustento, además de una directiva análoga a esta, la de los artículos que señalaban que se estaba ante un supuesto de dominio revocable o pasible de acción con efecto reipersecutorio. Nada de ello ocurre en el ordenamiento imperante.

El silencio de los citados artículos 1946 y 1965 al respecto vigoriza con elocuente contundencia la tesis sostenida. Por lo tanto, cabe concluir que el campo de acción del artículo 1079, inciso b), con su efecto retroactivo, no opera frente a terceros que hayan adquirido onerosamente derechos reales inmobiliarios. De allí que la única alternativa que tiene un vendedor para lograr que el incumplimiento del comprador en el pago del precio faltante le permita perseguir el inmueble aun frente a terceros, es pactar una condición resolutoria (art. 343), pero a la que expresamente deberá atribuirse efecto retroactivo, pues el principio general es que opera hacia el futuro (art. 346).

Si se comparte el postulado que prevalecía interpretando el CCIV, resta considerar la suerte que corren actualmente los títulos que, otorgados durante ese régimen, padecían de la observabilidad por falta de pago del precio. Recordemos que uno de los pocos supuestos en que fue considerada de manera específica la cuestión del derecho transitorio se presentó en materia de prescripción a través del artículo 2537.

Nos abriga la convicción, sin embargo, de la inaplicabilidad de ese precepto, y consecuentemente el inmediato vigor del nuevo esquema normativo respecto de las viejas instrumentaciones. Dado que anteriormente la falta de pago de precio atribuía una acción con efectos reipersecutorios (reiteramos que según la tesis prevaliente) y actualmente ellos se han perdido, solo podemos auxiliarnos en el genérico artículo 7. A través suyo, puede concluirse que la ausencia de dicho alcance reipersecutorio es una de las “consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, por lo que le cabe la aplicación de la nueva legislación. De esta manera, todos los títulos otorgados antes del 1 de agosto de 2015 que fueran observables por falta de pago de precio se habrán transformado en perfectos desde esa fecha –salvo, claro está, que se hubiera dispuesto dicho pago como condición resolutoria–.

Sin embargo, conscientes del alto grado de incertidumbre que el referido marco legislativo ocasiona, interpretaremos el citado artículo 2537 con el entendimiento opuesto, es decir, suponiendo que el efecto reipersecutorio no se ha perdido sino que solamente ha variado el plazo de prescripción. Se desprende de su texto que, si bien en principio los plazos deben completarse conforme los lapsos de la ley anterior (diez años según disposición genérica del art. 4023 CCIV), si los nuevos términos son más breves, ha de estarse a estos. Como ahora el plazo se redujo a cinco años, será este el que determine la prescripción, pero contado desde el 1 de agosto de 2015, según directiva del propio artículo 2537.

Ilustraremos con un ejemplo. Si un título otorgado el 1 de febrero de 2011 resultara observable por la falta de pago de precio, para resolver el momento en que la acción se encontrará extinguida por prescripción deberán compulsarse dos momentos: los diez años dispuestos por el ordenamiento precedente (1 de febrero de 2021) contra los cinco señalados por el nuevo, contados desde su vigencia (1 de agosto de 2020). Siendo más breve este último, a él habrá que estarse, y el título se hallará perfeccionado en 2020.

5.2. Donación a los hijos del cónyuge

La nulidad con que el artículo 1807, inciso 1), del CCIV fulminaba a la donación de “uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o las personas de quien este sea heredero presunto al tiempo de la donación”, ha en la actualidad desaparecido del esquema normativo por una atinada innovación legislativa. En efecto, el CCCN nada dispone al respecto, y por supuesto no puede encontrarse subsistente la prohibición en la redundante oración final del artículo 1001, que postula que “los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona”.

Ese impedimento, que no necesitaba consagración legislativa expresa por surgir de los principios y valores jurídicos e institutos como la buena fe y la simulación (arts. 2, 9, 961 y 333 y concordantes), no está impuesto de manera específica respecto de determinadas situaciones jurídicas –como sí lo estaba el antiguo artículo 1807, inciso 1), del CCIV– sino genéricamente para cualquiera. Esto significa que el único que podrá valorarlo será, *para cada caso particular*, el juez, pero siempre *luego del otorgamiento*. De allí que no quepan dudas acerca de la validez de una donación de las anteriormente prohibidas, siempre que se haya otorgado después del 1 de agosto de 2015 y, obviamente, mientras no exista pronunciamiento judicial contrario.

El argumento más categórico lo brinda el artículo 2483, que determina, en materia testamentaria, quiénes se presumen personas interpuestas, *sin admitir prueba en contrario* –lo que no hace más que reiterar el principio del artículo 3741 CCIV–. Esto significa que cuando el CCCN quiso suponer de pleno derecho la existencia de personas interpuestas, lo hizo; en los demás casos, se aplicará la regla genérica del artículo 1001, que requerirá la pertinente prueba en sede judicial. Esto no obstante –y siguiendo lineamientos análogos al razonamiento oportunamente formulado por Pelosi, que ya citamos–, las donaciones realizadas *antes* del 1 de agosto de 2015 vulnerando la prohibición del artículo 1807, inciso 1), del entonces vigente CCIV son nulas y no habrán cobrado validez por el cambio legislativo.

Como la doctrina mayoritaria entendía que el supuesto encarnaba una nulidad absoluta, no habría posibilidad de subsanar la misma actualmente, sino que corresponde derechamente realizar un nuevo otorgamiento entre las mismas partes. Incluso quienes sostuvieran que se estaba en presencia de una nulidad relativa, y por lo tanto pasible de confirmación, también precisarían de la actual voluntad de ambas partes involucradas. Se aprecia, en suma, que cualquier tesitura conduce a un proceder semejante desde la función notarial.

5.3. Usufructo, uso y habitación

En otro aporte nos ocupamos detenidamente de la nueva función económica de estos tres derechos reales.¹⁵ Sin embargo, cabe ahora recordar que, con anterioridad al CCCN, la única de estas tres figuras que contaba con utilización regular era el usufructo, preponderantemente a través de la reserva del mismo cuando se donaba la

15. URBANEJA, Marcelo E., [comentarios a los arts. 2129-2183], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 354-480.

nuda propiedad. El uso o la habitación aparecían solamente a través del *constituto posesorio*, como alternativa de cierta doctrina frente a la tradicional utilización del comodato. Los cambios han sido tan trascendentes que el lugar tradicionalmente ocupado por el usufructo es ahora reemplazado por el uso y la habitación, según los casos.¹⁶

Por lo tanto, dado el fin de esta publicación, nos ocuparemos exclusivamente del usufructo, ponderando los cambios sufridos desde el 1 de agosto de 2015. En pos de ese objetivo, enfocaremos la cuestión desde un punto de vista primordialmente práctico.

Con el régimen del Código de Vélez Sarsfield, los donantes elegían la reserva del usufructo por tres características sobresalientes: a) ante el fallecimiento de los usufructuarios, se evitaba el trámite sucesorio –lo que era una ventaja solamente para los donatarios, que eran los nudos propietarios–; b) podían habitar el inmueble sin ser desplazados de él por los nudos propietarios –ventaja, en cambio, para los propios usufructuarios–; y c) podían habitar el inmueble sin que el usufructo pudiera ser subastado por sus acreedores –también, una ventaja para los usufructuarios–. De los tres rasgos, los dos primeros perduran en toda su extensión, matizándose el primero de ellos a través del derecho de acrecer (con el mismo alcance que en el régimen precedente).

Es lo que surge de los artículos 2129, 2140, 2152 inciso a), 2153 y 2132. En cambio, el último aspecto ha variado sustancialmente. El artículo 2144, al que remite sin mayores derivaciones el artículo 744, inciso e), dispone ahora que el usufructo es subastable por cualquier acreedor de los propios usufructuarios. Este rasgo aparece en consonancia con una nueva característica del usufructo, que es la posibilidad de ser transmitido (art. 2142).

Quienes hoy pretendan donar su inmueble conservando la facultad de habitarlo pero sin someterse al riesgo de ejecución deberán reservarse el uso o la habitación, que tienen en común entre sí la inejecutabilidad.¹⁷ En cuanto a la transmisibilidad, dimanada ahora del artículo 2142, es diferente a la anterior “cesión del ejercicio” –única posibilidad que admitían la doctrina y la jurisprudencia acabadamente preponderantes, con asiento en el artículo 2870 CCIV–. En esta última, el usufructuario seguía siendo el primitivo y el adquirente, a través de esa cesión, era titular de un derecho personal, mientras que en la actualidad el adquirente es titular del usufructo –es decir, de un derecho real–. No obstante, hacemos notar que el fallecimiento del usufructuario originario extingue el usufructo en cabeza de quien sea que se encuentre, incluso sucesivos adquirentes. Esto determinará, sin lugar a dudas, que en este aspecto la innovación legislativa no se plasme en transmisiones onerosas, ante la incertidumbre que reinará para el adquirente. La transmisión exige de parte del adquirente la previa constitución de garantía de la conservación y restitución del bien (art. 2142).

Respecto de los usufructos constituidos con el régimen del CCIV tuvieron oportunidad de pronunciarse las XXV Jornadas de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), en las que participamos. Allí resolvieron por unanimidad que a ellos también

16. URBANEJA, Marcelo E., ob. cit. (cfr. nota 14), capítulo 4, pp. 271-278.

17. Ídem, §1, pp. 273-275.

les es aplicable el régimen del CCCN, por lo que, entre otras innovaciones, les cabe la subasta y la transmisión.¹⁸

Ante alguna vacilación que pudiere merecer la ausencia en el CCCN de un texto como el antiguo artículo 2931, cabe poner de resalto que un precepto de ese tenor sería ahora sobradamente redundante. Y es que si el usufructo se puede enajenar *sin transmitir conjuntamente la nuda propiedad*, no es necesario que se diga que *también puede hacerse con la transmisión conjunta de la nuda propiedad*. Y, aunque también resulte evidente señalarlo, adviértase que si se hiciera la transmisión conjunta, el usufructo se habrá extinguido por consolidación en cabeza del adquirente (art. 1907). Por lo tanto, quien adquirió el dominio pleno por transmisión simultánea que le hicieran el nudo propietario y el usufructuario, no sufrirá ningún menoscabo a su derecho pese al posterior fallecimiento del transmitente del usufructo (porque mal puede extinguirse un derecho que ya no existía). Por los mismos motivos, no cabe exigir en este caso la garantía que dispone el artículo 2142, pues ya no subsiste nudo propietario a quien proteger.

5.4. Forma de los poderes para administrar bienes

El artículo 1184, inciso 7), del CCIV indicaba para qué poderes era necesaria la forma escritura pública. Contra lo que suele sostenerse, las legislaciones locales no pueden hacer excepción en materia judicial, por cuanto el artículo 1870, inciso 6, que se utilizaba habitualmente como fundamento, permitía modificar lo dispuesto en ese título, del cual se encontraba fuera la disposición referida sobre la forma.

El CCCN, en el artículo 363, indica que el acto para cuya celebración se otorga es el que dispone la forma de los poderes. Como la generalidad de los actos que implican administración de bienes no requiere escritura pública, ya no deberán tener esa forma los poderes que se otorguen con ese fin. Sin embargo, por los argumentos incontrastables dados por el maestro Pelosi en las reflexiones ya recordadas,¹⁹ no caben dudas de la invalidez de los otorgados durante el CCIV por instrumento privado.

5.5. Conversión del dominio revocable en dominio perfecto por el transcurso del tiempo

Nos hemos ocupado con mayor amplitud y profundidad de esta temática en anterior oportunidad,²⁰ y con un propósito más práctico en libro de reciente publicación.²¹

El interés del asunto quedó reflejado en su tratamiento dentro del tema I del XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario, 2015), en el que nos desempeñamos como coordinador nacional.²²

El artículo 1965 CCCN, en feliz iniciativa, dispone que las condiciones resolutorias que graven el dominio se encuentran limitadas al plazo de diez años aun

18. [N. del E.: ver conclusiones en <https://goo.gl/FghzRr>: comisión N° 5].

19. PELOSI, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 7).

20. URBANEJA, Marcelo E., ob. cit. (cfr. nota 13).

21. URBANEJA, Marcelo E., (cfr. nota 14), capítulo 2, §6 y §12, y capítulo 3, §12, pp. 88-90, 116-121 y 228-231.

22. [N. del E.: ver conclusiones en <https://goo.gl/s75dWz> {fuente: web de la Universidad Notarial Argentina}].

cuando surgiera de las mismas un término de cumplimiento mayor. Podría ocurrir que, por disposición legal, el plazo tuviera una duración inferior, como los pactos accesorios de la compraventa (art. 1167). En consecuencia, transcurrido ese término sin haberse producido la resolución, el dominio se transformará en perfecto –en los imprecisos términos del artículo, “debe quedar definitivamente establecido”–. Si, en cambio, se produce el evento, la resolución tendrá efecto retroactivo, dado que así surge de los artículos 1967 y 1969, que en este sentido alteran la regla general del artículo 346.

El incumplimiento del cargo, en función de lo dispuesto por el artículo 354, solo tendrá este efecto retroactivo de haberse así previsto por los contratantes, a lo que habría que añadir los casos legalmente establecidos, como la donación (arts. 1562 y 1570).

El efecto resolutorio retroactivo del plazo no es dudoso, si bien se discrepa acerca de la aplicación del plazo máximo de diez años del artículo 1965, que solamente menciona las condiciones. De todos modos, aunque se concluyera negativamente, no habría incertidumbre posible dado que, por su esencia, el plazo evoca un evento futuro pero cierto.

Acerca de la clase de actos otorgados por el antiguo titular que quedarán sin efecto por la revocación, nuestra precursora opinión²³ fue avalada por la doctrina posterior²⁴ en el sentido de afectar tanto los actos de disposición (antiguo art. 2670 CCIV) como los de administración (novedad). Alguna aislada opinión en contrario, incluso sostenida desde el notariado, se sustenta en el artículo 348 para concluir que los actos de administración perduran,²⁵ soslayando que el artículo 1969 contiene una norma específica para el dominio revocable en la que no se establecen diferencias. Es esta la única interpretación posible, pues de lo contrario la regla del artículo 1969 no sería más que una inútil reiteración de la pauta general.

La solución del Código en este aspecto es ponderable, por cuanto no guarda sentido conservar los derechos de quien, como un locatario, estaba tan jurídicamente compelido a consultar el alcance de los derechos del dueño como quien adquiere un derecho real. Que en nuestra práctica los contratos de, verbigracia, locación se otorguen sin exigir del titular dominial la acreditación de esos extremos es una práctica que debe repudiarse y no avalarse indirectamente permitiendo que el locatario siga ejerciendo su derecho cuando operó una condición resolutoria que él podría haber conocido. Así las cosas, el lapso referido de diez años se computará también respecto de los actos sujetos a condición resolutoria que se hubieren otorgado antes de la vigencia del CCCN, con los alcances, en todo caso, de la norma del artículo 2537.

También se señala en el artículo 1968 que la readquisición dominial se producirá sin necesidad de nueva tradición al anterior titular, receptando el sentir mayoritario de la doctrina, que pugnaba por alterar el principio contrario, que en general se

23. URBANEJA, Marcelo E., “Dominio”, en Lafferrière, Jorge N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, El Derecho-Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 553-558.

24. Ver MALIZIA, Roberto, [comentario al art. 1969], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2015 p. 395; y MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Manual de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 84.

25. VENTURA, Gabriel B., [comentario al art. 1967], en Alferillo, P. E., Borda, A. y Garrido Cordobera, L. M. R. (dirs.) y Krieger, W. F. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, t. 3, Buenos Aires, Astrea, 2015, pp. 110 y ss.

entendía como dimanante del artículo 1371, inciso 2), del CCIV. Corresponde aplicarlo respecto de dominios que no hubiesen sido revocados a la fecha de entrada en vigencia del CCCN, dado que los anteriores sí deben someterse a la antigua regla. De no ser así, se operaría retroactivamente, vulnerando la directiva del artículo 7.

5.6. Oponibilidad de facultades del fiduciario

Una de las más desafortunadas disposiciones del proyecto en materia de derechos reales es la del artículo 1688. El primer párrafo señala que el fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso (agregando la posible conformidad de otros sujetos cuando así se hubiera dispuesto en el contrato). Es evidente la similitud con el artículo 17 de la Ley 24441. El segundo párrafo, origen del reproche formulado, establece:

El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario.

No es del caso aquí hacer tema con la impertinencia de exigir registración de cláusulas específicas, cuando la situación jurídica registrada es oponible en su integridad, de conformidad con señera doctrina, reafirmada en los XV y XVIII Congresos Nacionales de Derecho Registral (Santa Fe, 2009, y Rosario, 2015).²⁶ Lo cierto es que la ley exige su registración, pero no en el “registro público” del artículo 1669, sino en el que recepte el dominio fiduciario.

El análisis debe centrarse en la última oración del párrafo transcrito, que contradice los más elementales principios de derecho registral. En efecto, si las limitaciones, que deben ser inscriptas, no se pueden oponer a un tercero interesado de buena fe, nos preguntamos con qué argumentos puede sustentar tal calidad alguien que contratara con el fiduciario, cuando del propio título surgen las limitaciones. Si se tratara no ya de un contratante sino de uno de los pocos acreedores que pueden ejecutar el patrimonio fideicomitado, como la limitación o prohibición debe ser registrada, también le resultará oponible. La exigencia del artículo 1688 ni siquiera exige discurrir sobre la inoperancia que al reflejo registral de tal circunstancia atribuimos.

En suma, la frase señalada del segundo párrafo carecerá absolutamente de aplicación. La única alternativa para atribuirle un mínimo de eficacia, aunque aun así cuestionable, sería concluir que, una vez más, la pluma de los autores traicionó su espíritu. Así, podría suponerse que en rigor se pretendió significar que “en caso de no registrarse”, esas limitaciones resultarían inoponibles a los terceros interesados de buena fe.

Esta crítica, que formulamos ya cuando la norma hoy consagrada formaba parte del proyecto²⁷, ha pretendido ser atenuada, señalando que existe posibilidad de ser

26. [N. del E.: ver conclusiones en <https://goo.gl/VgDS2U> {fuente: *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, N° 91, 2009, pp. 227-240} y en <https://goo.gl/5icPoN> {fuente: web de la Universidad Notarial Argentina}].

27. URBANEJA, Marcelo E., “Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 en algunos aspectos de la registración inmobiliaria”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, t. 2012-IV, pp. 1376-1384.

aplicada.²⁸ Ocurriría cuando un contrato de fideicomiso, debidamente registrado, fuera modificado incorporándole cláusulas limitativas de enajenación, y esta modificación no resultara registrada. En tal caso, se indica, el adquirente no resultaría afectado en virtud de su buena fe.

El ejemplo no hace más que confirmar nuestra crítica. Precisamente, la descripción que reproducimos supone que existen cláusulas que no fueron registradas, cuando “lo que el artículo establece es que la buena fe podría presentarse frente a cláusulas registradas”. Se reafirma, entonces, que la directiva legal es inaplicable.

Este artículo, analizado en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral –ya evocado en estas páginas y cuyo tema I, bajo nuestra coordinación nacional, contó con el subtema “dominio fiduciario”–, generó una discusión en su seno. Alguna opinión se alzó en defensa de la norma, pretendiendo atemperar nuestra enfática censura, señalando que la indicada inoponibilidad de las limitaciones no se predica respecto de las cosas registrables. Esa afirmación es incorrecta, pues si esa fuera la finalidad de la ley no se haría más que reiterar el principio del artículo 1895, aquí vigorizado por la presunción del artículo 1919. El citado congreso señaló al respecto, por unanimidad:

En el caso de la registración inmobiliaria, las limitaciones a las facultades de disponer o gravar respecto del fiduciario, cuando las mismas surgen del título y de las constancias registrales, desplazan la buena fe de los terceros interesados.²⁹

Debe ahora consignarse la influencia sobre los dominios fiduciarios ya constituidos. Si la publicidad registral de esas limitaciones se hubiera realizado, ninguna derivación particular surgiría de los nuevos textos. Si así no fuera, entendemos que, habiéndose logrado la publicidad de la manera que el ordenamiento vigente disponía, no hay posibilidad de aplicar esta norma respecto de terceros que pretendieran adquirir derechos, ya vigente el CCCN, respecto de un fiduciario que se hubiera convertido en titular antes del mismo.

5.7. Asambleas en propiedad horizontal

En 2016, en un libro de nuestra autoría, examinamos al derecho real de propiedad horizontal, y nos ocupamos allí de las innovaciones que traía el CCCN acerca de las asambleas.³⁰ Puntualizaremos ahora algunas de esas particularidades, pasando finalmente a sopesar su gravitación respecto de asambleas celebradas a partir del 1 de agosto de 2015 pero en base a reglamentos otorgados con la Ley 13512 –hoy llamados reglamentos de propiedad horizontal–, que contenían previsiones diversas a las directivas que se apuntan.

28. COSSARI, Nelson G. A. y colabs., [comentarios a los arts. 2037-2072], en Alterini, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 436-437.

29. [N. del E.: cfr. nota 22, p. 6].

30. URBANEJA, Marcelo E., *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, El Derecho, 2016, pp. 163-169.

5.7.1. Convocatoria. Autoconvocatoria. Tratamiento de temas ajenos al orden del día. Decisiones tomadas fuera de la asamblea. Gravitación de los derechos del consumidor

La letra del artículo 2059 resulta elocuente para permitir la presencia solamente de los propietarios, entendiéndose por tales a los titulares sobre cosa propia, excluyendo los derechos reales sobre cosa ajena. En este sentido, no debe dudarse de que las nuevas asambleas deberán respetar esta regla, por lo que si algún reglamento precedente permitía la presencia de, verbigracia, usufructuarios (posibilidad remota), los mismos ya no podrán asistir.

La competencia tiene una regulación que observa mayor rigorismo que con la Ley 13512. Sostuvimos en la obra citada³¹ que el artículo 2058 admite tres clases de competencia de la asamblea: específica, residual o en revisión. La primera atiende las cuestiones expresamente atribuidas a ella (por la ley –como el inc. c– o por el reglamento –inc. l– del art. 2056). La segunda, porque le corresponde todo lo que no sea de competencia del administrador o del consejo de propietarios (si lo hubiere). Y la tercera en tanto le concierne resolver también respecto de las decisiones de estos últimos dos órganos, cuando ellos mismos o quienes representen el cinco por ciento de las partes indivisas se lo soliciten. Entre lo específicamente consignado como de su incumbencia, el artículo 2058, inciso c), señala “las cuestiones sobre la conformidad con el nombramiento y despido del personal del consorcio”, que le corresponde efectuar al administrador (art. 2067, inc. f).

El reglamento debe prever la forma de convocar y notificar las asambleas y su periodicidad (art. 2058, inc. m). Esa aparente libertad es acotada por el artículo 2059, por cuanto determina que debe transcribirse el orden del día. La consideración de temas no previstos allí solo se admite en caso de quórum unánime y decisión idéntica acerca de proceder a su tratamiento (art. 2059). Nótese que, a estar a la letra de este último artículo, la unanimidad se requiere para consensuar el tratamiento del tema, y no para votarlo; esto implica que si lo resuelto termina siendo desfavorable para algunos de quienes votaron a favor de considerar un tema, no hay posibilidad de impugnar lo decidido.

La autoconvocatoria está permitida y las decisiones tomadas serán válidas si esa forma de convocarse y el temario a tratar son aprobados por mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios. Es indiscutible que esta previsión del CCCN es una atinada solución para evitar tener que recalar en una asamblea judicial, que demanda tiempos y formalidades casi siempre incompatibles con la premura del asunto.

Con todo, la autoconvocatoria se presta a algunos interrogantes. Por ejemplo, de su interpretación literal podría entenderse que hay una primera reunión en la que se decide la autoconvocatoria, y en una oportunidad posterior se lleva a cabo la reunión autoconvocada. Tampoco resulta claro si basta con que la autoconvocatoria cuente con la presencia de dos tercios de los propietarios, y todos ellos decidan realizarla, o si es necesaria la presencia unánime y recién allí resulte válida la decisión de los dos tercios. Estas lamentables incógnitas desmerecen la muy loable intención del legislador.

31. Ídem, pp. 163-164.

Una verdadera innovación respecto del sistema imperante, que también debe saludarse y que responde a las prácticas cotidianas, es la posibilidad de tener por válidas las decisiones tomadas por la unanimidad de los propietarios, aunque no lo fuese en una asamblea (art. 2059). Ante la falta de precisión del CCCN, interpretamos que esa decisión puede formarse con voluntades obtenidas en diferentes momentos, recabándolas oportunamente. No obstante, no hay respuesta a lo que ocurriría si, cuando se pretende haber alcanzado la conformidad de la totalidad de titulares, alguno de los que primitivamente prestó su conformidad ya enajenó su unidad y el actual titular no está de acuerdo con la decisión. Interpretamos que no se habrán dado los requisitos de la norma, pues se requiere la opinión concomitante de todos los titulares en un momento determinado; si ella no se alcanzó, deberá recurrirse a los otros procedimientos previstos por el artículo 2060 o a la asamblea judicial del artículo 2063. Tampoco puede dudarse de que estas tres innovaciones (la posibilidad de alterar el orden del día, la autoconvocatoria o las decisiones fuera de la asamblea) son plenamente aplicables a asambleas actuales de inmuebles con reglamentos precedentes (los que, naturalmente, no contenían estas previsiones).

Para así razonar, debe apreciarse que aquí se encuentra uno de los ejemplos más claros de aplicación de la ley a los *efectos* de una situación jurídica, pues se incorporan prerrogativas para los titulares que antes no existían. Cabe computar, además, que al tratarse de un derecho real el carácter de estructura (art. 1884) fuerza a no desconocer la existencia de estas nuevas atribuciones.

Para concluir, no se ha reparado en general en el nuevo escenario de los derechos del consumidor, que impactan novedosamente en el ámbito inmobiliario, robusteciendo los argumentos que ya se brindaron. Así, vemos que la Ley 26994, que sancionó el CCCN, impactó doblemente en el contexto de los derechos del consumidor: por un lado, incorporó directivas acerca de la relación de consumo y el contrato de consumo al propio código (arts. 1092 y ss.); por el otro, introdujo sustanciales reformas a la norma nuclear en la materia, la ya anteriormente reformada Ley 24240. Si bien ambos conjuntos de preceptos observan notables incongruencias entre sí, para el definido propósito de estas líneas debemos advertir que la figura del “consumidor” rebasa ahora significativamente al adquirente de unidades “a estrenar”, para alcanzar también al de las unidades “usadas”.

En este marco, cobra una nueva dimensión el párrafo final del artículo 7:

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

La naturaleza contractual del reglamento, pacíficamente asumida por la doctrina y la jurisprudencia, desvanece la relevancia de dilucidar si el artículo 2059 contiene una directiva supletoria o no, pues en todo caso se deberá estar “a favor” del consumidor. Inclusive, aunque ya fuera de la cuestión de los efectos de la ley en relación al tiempo, el último párrafo del artículo 1094 y el artículo 1095 traducen la misma inspiración, que naturalmente impregna la propia Ley 24240. En este sentido, la eliminación de la figura del consumidor expuesto o *bystander* por la reforma de la Ley 26994 no gravita en esta interpretación.

5.7.2. Quórum y mayorías

Si bien el artículo 2059 se rotula “convocatoria y quórum”, solo por excepción alude a este último, incurriendo en omisiones semejantes a las de la Ley 13512 y su decreto reglamentario (18734/1949). Como el artículo 2056, al enumerar el contenido del reglamento, tampoco aporta directivas, podría arribarse a conclusiones semejantes a las del régimen de aquella ley especial: el quórum debería ser, como mínimo, igual a la mayoría necesaria para resolver los temas del orden del día. Carecería de sentido requerir un número menor, por cuanto de todos modos no se podría resolver válidamente con esa cantidad. Sin embargo, las nuevas alternativas abiertas por el artículo 2060 relativizan la afirmación. Recuérdese que, a tenor del artículo 2056, inciso n), el reglamento puede contener la “especificación de limitaciones a la cantidad de cartas poderes que puede detentar cada titular de unidad funcional para representar a otros en asambleas”.

En cuanto a las mayorías, el reglamento debe prever la forma de computarlas (art. 2056, inc. p). De allí que no medie obstáculo alguno en utilizar las variantes que los otorgantes deseen, como atribuir un voto por unidad o anudar la cuantía del voto a factores como cualquiera de los porcentuales analizados (proporción sobre partes comunes, pago de expensas o valor de la unidad respecto del conjunto), que incluso la propia ley en determinadas ocasiones impone. No obstante, además del cómputo, el reglamento debe determinar cuáles son las mayorías, según lo dispone el artículo 2056 en su inciso ñ).

Aquí el CCCN amerita una interpretación sistemática que lo salve de contradicciones. La primitiva amplitud que permite el señalado artículo se acota en el 2060. A tenor de este último, las decisiones requieren una mayoría absoluta computada sobre la totalidad de los propietarios, y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de la proporción. En función de la “estructura” o “estructura legal” que campea en los derechos reales (arts. 1882 y 1884), las previsiones del artículo 2060 configuran un valladar mínimo que solamente puede agravarse, pero no aliviarse.

Asimismo, debe atenderse una muy atinada reflexión que Highton formulara con la vigencia del ordenamiento precedente y que, por no haberse alterado, debe considerarse reproducida en la actualidad. Se trata de la imposibilidad de establecer que si fracasara la asamblea por falta de quórum, podrá celebrarse dentro de un lapso determinado, generalmente de pocos minutos u horas (si así fue previsto en la convocatoria), con un quórum inferior. Este proceder evoca el ordenamiento previsto en la Ley General de Sociedades (arts. 243 y 244), que por eso mismo resulta, allí, válido. Sin embargo, no es en la propiedad horizontal, que no tiene –ni tenía– previsto este mecanismo.³²

Con todo, el sistema diagramado por el propio artículo 2060 para proponer decisiones a los ausentes, junto a la posibilidad de tomar decisiones fuera de la asamblea (art. 2059), introducen ponderables beneficios que morigeran la imposibilidad de recurrir al mecanismo impugnado. Así, consignamos que se establece también (art. 2060), con saludable criterio, que la mayoría de los presentes puede proponer decisiones que se cursarán (por medio fehaciente) a los ausentes, teniéndose por

32. HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, pp. 637-638.

aprobadas a los quince días de notificados si no hubiere oposición por igual medio con mayoría suficiente.

La sana intención del legislador se oscurece por los interrogantes a que la norma da lugar. En primer lugar, no queda claro si para que funcione el mecanismo del artículo: a) es menester que exista una asamblea válidamente constituida en cuanto a su convocatoria y quórum (en la que respecto de una decisión no se arribe a la mayoría legalmente necesaria), o b) si también es posible que, convocada la asamblea de la manera adecuada, no se llegue ni siquiera al quórum exigido y no obstante pueda procederse de la misma manera.

Nótese que, con la segunda interpretación, la cantidad de personas necesarias para tomar en los hechos las distintas resoluciones disminuye considerablemente, puesto que –como se prescinde del quórum– cualquiera sea la cantidad de presentes se podrán aprobar cuestiones que luego se girarán a los ausentes. Pensamos que la ubicación del párrafo sumada a las flexibles posibilidades que otorga el artículo 2059 indican que la lectura correcta es la primera, requiriéndose la conformación del quórum pertinente.

Otra incógnita se presenta a través de la “mayoría suficiente” que el artículo exige para rechazar la decisión tomada. Podría interpretarse de estas tres maneras –reiterando que en todos los ejemplos los que votaron a favor fueron mayoría entre los presentes pero sin alcanzar el número impuesto por reglamento o ley–:

- a) *Una cantidad de personas que supere a los que hubieran votado a favor en la pertinente reunión, sin importar cuántos fueron los presentes y ausentes ese día.* Es decir que si en la asamblea hubo 6 votos a favor y 5 en contra, habrá mayoría suficiente para oponerse a la decisión si, de todos los ausentes, hay por lo menos 7 que se manifiestan fehacientemente en contra.
- b) *Computando a los que votaron en contra el día de la asamblea junto con los que voten en contra entre los ausentes.* De esta manera, si en la asamblea hubo 6 votos a favor y 5 en contra, y 20 personas ausentes, habrá mayoría suficiente para oponerse a la decisión si hay 2 ausentes que se manifiestan fehacientemente en contra (pues estos últimos sumarían 7 votos);
- c) *Computando solamente a los ausentes, la mayoría de ellos se pronuncia en contra* –sin importar cuántos votos a favor tuvo la decisión el día de la asamblea–. Así, si en la asamblea hubo 6 votos a favor y 5 en contra, y 20 personas ausentes, habrá mayoría suficiente para oponerse a la decisión si hay por lo menos 11 ausentes que se manifiestan fehacientemente en contra.

Nos parece que la lectura más razonable es la última, atento a que, de lo contrario, se le otorgaría similar trascendencia a los votos fuera de la asamblea que dentro de la misma, contrariando la orientación legislativa que procura la activa participación de los miembros de los órganos colegiados. La posibilidad de impugnar las decisiones tomadas caduca a los treinta días desde la fecha de la asamblea (art. 2060).

Por idénticos fundamentos a los que señalamos en el apartado anterior, tampoco caben dudas de la aplicación de todo el régimen de quórum y mayorías a cualquier a toda asamblea celebrada luego del 1 de agosto de 2015.

5.7.3. Enumeración de las decisiones que requieren unanimidad

Con criterio didáctico, proponemos elaborar una nómina de decisiones que requieran unanimidad de la totalidad de los consorcistas (es decir, no solo de los presentes). Vale aclarar que algunas de estas decisiones implican reformas de reglamento:³³

- a) la transformación de parte privativa en común y viceversa;
- b) el cambio de destino de cualquier parte;
- c) obra nueva que altere estructura, aunque beneficie a todos los consorcistas (art. 2052);
- d) obra nueva que no altere estructura pero no beneficie a todos los consorcistas (art. 2052);
- e) el cambio de porcentuales de dominio;
- f) el cambio de proporción para pago de expensas;
- g) el tratamiento en asamblea de temas ajenos a la orden del día (art. 2059, 1º párrafo);
- h) cualquier decisión que no se tome en asamblea (art. 2059, 3º párrafo) ni, naturalmente, por modificación de reglamento (arg. art. 2057).

Nuevamente, a tenor de los argumentos expuestos al comienzo del tema de las asambleas, estas directivas se predicán de toda decisión que, en los respectivos rubros, se tome luego del 1 de agosto de 2015.

6. Conclusión

Las aristas más agudas de la problemática en tratamiento han quedado reflejadas solo parcialmente en las polémicas anteriores.

Su propio planteamiento empaña la solidez y cohesión que cabe suponer en un código, máxime si con él se sustituye *in totum* la letra de uno de los cuerpos legislativos más prestigiosos de los últimos doscientos años de la historia mundial.

La necesidad de soluciones específicas –que reclamamos al comienzo de estas palabras– se asienta en estas incertidumbres indeseables para un fluido y seguro tráfico patrimonial.

7. Bibliografía

- ALLENDE, Guillermo L., “Artículo 3º del Código Civil. Volver al Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1977-A, pp. 703-710.
- BORDA, Guillermo A., “Sobre el artículo 3º del Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1977-B, pp. 737-741.
- COSSARI, Nelson G. A., y colabs., [comentarios a los arts. 2037-2072], en Alterini, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Irretroactividad de las leyes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 135, ps. 1485-1493.
- MALIZIA, Roberto, [comentario al art. 1969], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2015.

33. URBANEJA, Marcelo E., ob. cit. (cfr. nota 29), pp. 81-84.

- MEDINA, Graciela, “Efectos de la ley con relación al tiempo en el proyecto de código”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 15/10/2012 (t. 2012-E, pp. 1303-1304), y en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2013 (marzo), p. 3 (cita online AR/DOC/5150/2012).
- MOLINA QUIROGA, Eduardo, *Manual de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- NOGUERA CALDERÓN, Rodrigo, “Efectos de la ley en el tiempo”, en AA. VV., *Hermenéutica jurídica. Homenaje al maestro Darío Echandía*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1997.
- PELOSI, Carlos A., “La irretroactividad de la ley y las nulidades instrumentales”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 707, 1969, pp. 1029-1068.
- URBANEJA, Marcelo E., *Contratos usuales en la práctica notarial*, Buenos Aires, Astrea, 2017 (colección “Derecho aplicado”).
- “Los ‘títulos observables’, las adquisiciones a *non domino*, el dominio revocable y la falta de pago de precio en materia inmobiliaria en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 13931, 8/4/2016, pp. 1-5.
 - *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, El Derecho, 2016.
 - [comentarios a los arts. 2129-2183], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 354-480.
 - “Dominio”, en Lafferrière, Jorge N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, El Derecho-Universidad Católica Argentina, 2012, pp. 553-558.
 - “Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 en algunos aspectos de la registración inmobiliaria”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, t. 2012-IV, pp. 1376-1384.
- VENTURA, Gabriel B., [comentario al art. 1967], en Alferillo, P. E., Borda, A. y Garrido Cordobera, L. M. R. (dirs.) y Krieger, W. F. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, t. 3, Buenos Aires, Astrea, 2015.

Temporalidad de la ley

Incidencia en las situaciones jurídicas en curso*

Gastón A. Zavala

RdN 928

RESUMEN

La incidencia de los cambios legislativos conlleva en ocasiones un complejo análisis interpretativo, que demanda analizar tanto las variables sustanciales sancionadas como las indeterminaciones en las que se incurre. Esos vacíos legislativos a su vez generan una hermenéutica judicial a partir de principios legales pre establecidos, entre los que se destaca los usos, prácticas y costumbres.

PALABRAS CLAVE

Artículo 7, temporalidad, interpretación, retroactividad, vacío normativo.

Fechas de recepción y aceptación

17/2/2017 - 10/3/2017

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Normas de derecho transitorio. **3.** El derecho transitorio en el Código Civil y Comercial de la Nación. **4.** Interpretación del artículo 7 como norma transitoria. **5.** Disposición transitoria genérica. **6.** Análisis. **7.** Ejes de aplicación. **8.** Efectos inmediatos de la ley. **9.** El efecto diferido de la ley. **10.** Las normas supletorias y el consumidor. **11.** El derecho transitorio y el desamparo normativo. **12.** Aplicación del derecho transitorio a un caso concreto.

1. Introducción

El tiempo es, sin lugar a dudas, un valor de medida imposible de circunscribir en toda su extensión, que de manera constante la humanidad trata de prever e incluso sobre el que trata de incursionar, pero cuyos resultados, por la propia esencia de la naturaleza, no dejan de ser inevitablemente fortuitos. Por ejemplo, en el cine es habitual encontrar films que sin ser de ciencia ficción tratan de remontar a los per-

* El presente trabajo está basado en la conferencia titulada “La aplicación de la ley en el tiempo”, que tuvo lugar en la sede de la Academia Nacional del Notariado el 21 de noviembre de 2016, junto al escribano Marcelo Urbaneja. [N. del E.: ver en este mismo *Anuario*: URBANEJA, Marcelo E., “Efectos de la ley en relación al tiempo. Temas de interés notarial”].

sonajes en el tiempo, pretendiendo encontrar respuestas futuras o tratando de torcer los acontecimientos pasados para moldear las circunstancias contemporáneas. En el plano jurídico, estas previsiones van íntimamente ligadas a un caro elemento social como es la seguridad jurídica. Es así como se origina y fortalece la estructura normativa de un país, de una sociedad, donde la ley no es sino un medio técnico de realizar el verdadero derecho y la misión primaria del derecho no reside en impartir pautas a los jueces para resolver los casos –sin perjuicio de su conveniencia–, sino en generar reglas claras y constantes destinadas a ordenar las conductas de los ciudadanos, a fin de evitar que el resultado de esas conductas se judicialice.

La temporalidad de una ley, en especial de la nueva ley, nos interesa desde un doble punto de vista. En primer lugar, por su entrada en vigencia, la que puede ser inmediata a su publicación o diferida cuando entra a regir luego de cierto tiempo (días, meses, años). Para el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) –congruente con lo previsto en el Código Civil (en adelante, CCIV)–, las leyes rigen como principio general después del octavo día de su publicación oficial, salvo que se determine una fecha específica. Fue así como la Ley 26994 estableció que el CCCN entraría a regir el 1 de enero de 2016, pero mediante Ley 27077 se anticipó su vigencia y se estableció a partir del 1 de agosto de 2015.¹

Pero es el segundo aspecto de incidencia de la ley en el tiempo el que nos interesa en esta oportunidad, porque las normas tienen indefectiblemente una vida finita en el tiempo. En ocasiones su vigencia queda circunscripta a una determinada finalidad y en otras su vigencia se prolonga por extensos períodos. Esta temporalidad hace que aquellas situaciones o relaciones jurídicas que no se agotan instantáneamente, sino que duran en el tiempo, o que para su realización demandan un período relativamente extenso, puedan verse eventualmente regidas por normas sucesivas.² Ese cambio legislativo pasará desapercibido cuando conlleve una continuidad sustantiva en la materia. Pero como la evolución de toda sociedad implica cambios en los más variados órdenes, ello se verá reflejado en el tratamiento normativo que, aunque se presuma mejor, podrá llevar aparejada una colisión en la que no siempre será la nueva ley la que habrá de aplicarse frente a situaciones jurídicas existentes (seguridad jurídica).³ Es en ese contexto donde cobran virtualidad las disposiciones de **derecho transitorio**.

1. La doctrina en general se mostró crítica con el escaso margen de tiempo que se destinó para su asimilación y comprensión, ya que por la magnitud de la obra no había posibilidad de profundizar en cada uno de sus institutos. Ello nos lleva a considerarla, desde el punto de vista práctico, de aplicación inmediata. Ver RIVERA, Julio C., “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el Congreso”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 4/5/2015 (t. 2015-C, p. 645, cita online AR/DOC/1424/2015); JUNYENT BAS, Francisco, “El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 27/4/2015 (t. 2015-B, p. 1095, cita online AR/DOC/1360/2015); LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, “El nuevo Código Civil y Comercial: el derecho transitorio. Los silencios de la ley y la subsistencia de reglas previstas en textos ya derogados” [online], en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [portal web], <https://goo.gl/n13yWv> [última consulta: 19/6/2017].

2. MORELLO, Augusto M. y PORTAS, Néstor L. (coords.), *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, t. 1 (“Parte general”), La Plata, Platense, 1971, p. 59.

3. El genio de Vélez Sarsfield ilustra en la nota al art. 4044 del Código Civil que “el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las leyes antiguas, cuyos defectos van a corregir. La nueva ley deberá entonces ser aplicada aun a las consecuencias de los hechos anteriores, que sólo son meras expectativas

2. Normas de derecho transitorio

Son normas de derecho formal cuya finalidad es prever qué norma habrá de aplicarse ante la colisión de disposiciones derogadas y las que se incorporan al ordenamiento jurídico. Las personas no cuentan con la potestad de elegir qué ley regirá la situación jurídica –excepto el supuesto de normas supletorias– porque se trata de una cuestión de derecho (*iura novit curia*). Ellas no regulan de manera directa la situación concreta, sino que se limitan a remitir a la norma aplicable.

La esencia de las disposiciones transitorias es interceder u operar de nexo entre las estructuras legislativas que se suceden. La vigencia de una ley puede extenderse por un breve interregno de tiempo o por un plazo de vigencia indeterminado, en base a las demandas de la sociedad contemporánea. Tal como lo predica Acuña Anzorena, en el común sentir de los juristas, filósofos y sociólogos –concepto que se acepta en la actualidad–, las leyes no son sino reglas temporarias y tangibles, móviles y variables, como es la propia vida social.⁴ Sin importar cuál fuere el caso, puede ser que durante su vigencia esa ley sea modificada o directamente reemplazada por otra que altere sus requisitos, condiciones, plazos, efectos, etc.

Cuando los hechos o situaciones se consumaron de manera íntegra durante la vigencia de una ley, la que la suceda pasará inadvertida, pero cuando las situaciones o relaciones jurídicas no se agotaron, no se terminaron de constituir o perduran generando consecuencias, hace que eventualmente puedan verse regidos por distintas normas (al nacer, al concertarse o al inicio caen bajo el imperio de una norma y al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias de aquellas relaciones o situaciones jurídicas en otra o sucesivas normas).⁵

Observamos en este último supuesto el rol trascendental que adquiere el tiempo conjugado con el tratamiento normativo. El contexto se vuelve aún más especial si a los factores tiempo y marco legal se le adiciona la voluntad.

La autonomía privada es la potestad otorgada por el ordenamiento jurídico a la voluntad, para actuar como eficaz legislador de los intereses privados en las relaciones jurídicas, y soberana para evaluar los requisitos o elementos constitutivos y la conveniencia del acto por los efectos que habrá de generar. Se conforma así un tiempo espiritual o jurídico, en el que se considera al lapsus contractual desde su constitución o celebración hasta la generación de sus consecuencias como si todo hubiese acontecido en un único tiempo. Todo ese período temporal conformará una unidad a la que denomino unidad de acto contractual.

Esta unidad de acto contractual tiene en común con la unidad de acto notarial (co-presencia, lectura, otorgamiento y autorización)⁶ el *factor* tiempo. En ambas, la temporalidad de su desarrollo nos invita a circunscribirlas en una unidad. Se diferencian en que la unidad de acto notarial es efímera, limitada entre la narración y su

y no derechos ya adquiridos”. [N. del E.: ver en <https://goo.gl/CE4d5T> las notas del codificador, p. 267, art. 1º {Buenos Aires, Pablo Coni editor, 1872; versión digitalizada por Google Books –uso no comercial–}].

4. ACUÑA ANZORENA, Arturo, “Reflexiones sobre la ley 17711 de reformas al Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 130, 1968, ps. 1085-1094.

5. MORELLO, Augusto M. y PORTAS, Néstor L. (coords.), ob. cit. (cfr. nota 2).

6. Ver BARDALLO, Julio R. y CARÁMBULA, Adhemar H., “Unidad de acto y otorgamientos sucesivos”, en *Revista Internacional del Notariado*, Madrid, N° 30, 1956, p. 118 y ss.

conclusión en el documento otorgado y autorizado (unidad de acto formal o segunda audiencia). Si, a su vez, la asociamos con el principio de concentración⁷ adquiere relevancia la unidad de acto sustantiva (exigida por ejemplo para los testamentos por acto público), porque van inescindiblemente unidos la forma y su contenido.⁸ En cambio, los elementos que integran la unidad de acto contractual son mucho más bastos y el tiempo que puede comprender su desarrollo mucho más extenso e incluso indefinido.

López de Zavalía clasifica el tiempo en material (es el pasado del mundo físico y se mide por el calendario) y, por otro lado, en jurídico, moral o espiritual (abarca todo el pasado material, pero también lleva en sí parte del futuro físico).⁹ Según Moisset de Espanés, Roubier no menciona de manera expresa la distinción del tiempo material y tiempo intelectual, pero sostiene que es viable interpretar que el autor francés la consideró. Para Roubier, “hay situaciones jurídicas sometidas a un «estatuto legal», que a su entender son situaciones que tienen una base material y concreta”,¹⁰ a las que les es aplicable

... la concepción del tiempo físico y, por tanto, en ese campo el efecto inmediato de las leyes no resultaría contrario al principio de la irretroactividad. En cambio, cuando se trata de situaciones jurídicas contractuales opina Roubier que ellas tienen una base «ideal y abstracta» y, en consecuencia, se ve obligado a aplicarles una concepción intelectual del tiempo.¹¹

Esta unidad de acto contractual queda sometida a una única ley, la que, según la norma transitoria prevista en el último párrafo del artículo 7 CCCN, es la ley vigente al momento de su celebración. Las leyes posteriores no pueden afectarla aunque el acto esté en curso de ejecución, por el principio de irretroactividad de la ley previsto también en el artículo 7, párrafo segundo, salvo que estén dotadas de efecto retroactivo.

Para una mayor comprensión del tema, me remitiré a un ejemplo histórico en la materia:¹² se celebra un contrato de mutuo por cinco años, con una tasa de interés anual del 10 %; a los tres años, cuando ya se han pagado dos anualidades y devengada la tercera, se dicta una ley que prohíbe toda tasa de interés superior al 6 % y que dispone para las que la superen su reducción a ese dígito. En relación a esta nueva estructura normativa, caben cuatro respuestas:

7. Para José GONZÁLEZ PALOMINO, es algo así como “el principio de *inmediatividad* procesal, exigido, en nuestro caso, por la conveniencia de que la percepción del notario sea directa en el espacio e inmediata en el tiempo de recibirla y de reflejarla, como suprema garantía de los efectos de las afirmaciones del notario” (*Negocio jurídico y documento. Arte de llevar la contraria*, Valencia, Sucesor de Vives Mora, 1951, p. 19).

8. ZAVALA, Gastón A., “La forma notarial”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 942, 2002, pp. 395-435; y en *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, Madrid, Consejo General del Notariado, N° 2, 2003, p. 397.

9. Esta es la noción de tiempo relevante a la aplicación de la retroactividad (ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Irretroactividad de las leyes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 135, ps. 1485-1493).

10. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho transitorio)*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1976, p. 27. [N. del E.: ver obra digitalizada en <https://goo.gl/Bzi9tM> {fuente: biblioteca virtual de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba} {última consulta: 21/6/2017}].

11. *Ibidem*.

12. Ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *ob. cit.* (cfr. nota 9), p. 1485, donde se cita a SAVIGNY, Friedrich K. von, *Sistema*, CCCLXXXV.

- La nueva ley no se aplica a ninguna anualidad.
- La nueva ley impera sobre las dos que lleguen a devengarse después.
- La nueva ley regula esas dos y también la que se adeudaba al entrar en vigencia.
- La nueva ley gobierna las cinco anualidades de tal modo que el acreedor no solo no cobrará más el 10 %, sino que deberá devolver lo que ha percibido en exceso.

Para la noción del tiempo espiritual, en las tres últimas variantes se estaría ante una ley retroactiva. Será retroactiva en primer grado o atenuada si solo gravitase sobre las anualidades que se devenguen después de la entrada en vigencia de la nueva ley (para la noción del tiempo material o pasado físico, esto no es retroactividad sino “efectos inmediatos” de la ley); retroactiva en segundo grado o más intensa si incide sobre la anualidad devengada pero aún no percibida; y retroactiva en tercer grado o más radical si alcanza incluso las percibidas obligando a devolver.

3. El derecho transitorio en el Código Civil y Comercial de la Nación

La Ley 26994, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015,¹³ derogó, entre otras normas, el Código Civil (CCIV) aprobado por la Ley 340 y el Código de Comercio aprobado por las Leyes 15 y 2637 –con excepción de algunos artículos–. Asimismo, aprobó el CCCN elaborado por un cuerpo de juristas nucleado y dirigido por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Ricardo Luis Lorenzetti, la ministra de la Corte doctora Elena Highton de Nolasco y la exmagistrada de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza doctora Aída Kemelmajer de Carlucci.

Este nuevo cuerpo de derecho privado nacional contiene como norma general de derecho transitorio únicamente su artículo 7, que opera como nexo integrador con la estructura normativa derogada. Además de esta pauta conciliadora genérica entre plataformas legislativas, el CCCN aporta a la tarea interpretativa algunas pocas herramientas específicas relativas a distintas áreas, como lo son el artículo 2537¹⁴ (referido al modo de contar los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de la ley), el artículo 2472 (forma de los testamentos, en concordancia con el art. 2645) y el artículo 2075 (relativo a los conjuntos inmobiliarios).

El artículo 7 del Código del siglo XXI se nutre esencialmente del artículo 3 CCIV, según el tenor que le dio la reforma introducida por el Decreto-Ley 17711 de 1968 a la obra de Vélez. Más allá de algún apropiado maquillaje semántico al artículo 3, el CCCN innova en el agregado al último párrafo al establecer la aplicabilidad de las nuevas leyes supletorias cuando fuesen más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

13. La Ley 27077 (BO del 19/12/2014) dispuso que la Ley 26994 comenzase a regir el 1/8/2015, anticipando la fecha originariamente prevista (1/1/2016).

14. Art. 2537 CCCN: “Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior”.

4. Interpretación del artículo 7 como norma transitoria

Lo paradójico de esta disposición es que el común denominador de los distintos intérpretes, en su afán de asociarlo a una situación jurídica en curso –en las múltiples disciplinas que se pueda imaginar–, termina remontándose a uno de los principales expositores de la doctrina del derecho transitorio, el profesor de Lyon Paul Roubier.¹⁵ Es cierto que fue la tesis del autor galo quien inspiró a Guillermo Borda a elaborar el trabajo que presentó en el III Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961), ponencia que se vio sintetizada en las conclusiones del citado congreso y positivizada en la sustancial modificación al derecho civil del año 1968.¹⁶

Cabe reconocer la trascendental importancia que representa para los intérpretes de la ley aquella doctrina foránea de Roubier, pero resulta relevante destacar que de manera explícita el artículo 2 CCCN establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, y a partir de ellas sus finalidades, los principios y los valores jurídicos.¹⁷ Es por ello que no deja de sorprender cómo no solo la doctrina sino también los distintos precedentes judiciales que se han pronunciado hasta el momento esgrimen entre sus fundamentos aquella tesis doctrinaria, asignándole una relevancia supra legal, cuando las discusiones de lo que dijo o se supone que dijo Roubier son interminables, ya sea porque lecturas parcializadas de su obra conlleven a interpretaciones disímiles o porque la hermenéutica no sea lo suficientemente exhaustiva como para llegar a un resultado integrador o por los motivos que fueren.

Lo cierto es que desde el año 1961, y en particular luego de la Ley 17711, se ha discutido sobre la adecuada o desacertada interpretación de la obra del maestro francés respecto del derecho transitorio.¹⁸ La necesidad de acudir al origen o doctrina de la que se nutrió Borda evidencia tal vez la brecha que se ha formado entre la *ratio*

15. ROUBIER, Paul, *Les conflits des lois dans le temps*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1929/1933. [N. del E.: el lector podrá acceder a continuación a la obra completa digitalizada, t. 1 y t. 2 {fuente: biblioteca digital del Sistema Argentino de Información Jurídica, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación} {última consulta: 21/6/2017}]. La obra fue reelaborada bajo el título *Droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, París, Dalloz et Sirey, 1960.

16. [N. del E.: el lector podrá acceder a las actas completas del Congreso digitalizadas, editadas por la Universidad Nacional de Córdoba en 1962, t. 1, en <https://goo.gl/kf78u3>, y t. 2, en <https://goo.gl/Zw5F2q>. La ponencia de Borda puede encontrarse en el t. 1, pp. 68 y ss.; a su vez, sus intervenciones pueden ubicarse en el índice onomástico, t. 2, p. 798 {fuente: biblioteca virtual de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba} {última consulta: 21/6/2017}].

17. Obsérvese que los fundamentos del anteproyecto de CCCN dicen: “la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación” (III.4.2, pp. 14-15).

18. Guillermo A. BORDA expone que recién a partir de la obra capital de Roubier (cfr. nota 14) se ha empezado a disipar la preocupación sobre cuáles eran los derechos que estaban a cubierto de una reforma legislativa, del concepto mismo de retroactividad, advirtiendo que el derecho transitorio es, sobre todo, una cuestión de política legislativa; no es posible reducir a reglas rígidas y prefijadas lo que está pidiendo distintas soluciones según sea el caso, la urgencia de la reforma, o bien la conveniencia de respetar la estabilidad y seguridad de los derechos. A partir de esta doctrina, Borda encuentra fundamento a cada uno de los conceptos vertidos en el entonces art. 3 del CCIV reformado (ver “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 28, 1969, ps. 807-815). Por su parte, Guillermo L. ALLENDE se muestra sumamente crítico con la reforma introducida y expresa que “la posición de Roubier es semejante a la de Savigny y a la de nuestro Código, aunque no tan clara”, y agrega: “tal semejanza se observa con la verdadera posición de Roubier, no con la que resulta deformada por los reformadores” (ver “Artículo 3º del Código Civil. Volver al Código de Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1977-A, ps. 703-710).

legis o motivo de la norma del año 1968, la circunstancia histórica (*ocasio legis*) que determinó la formulación de la ponencia que se concretó finalmente en la reforma al artículo 3 CCIV y la realidad actual. Cómo predica el maestro Llambías –siguiendo De Ruggiero–,

... la *ocasio legis*, como elemento transitorio y contingente, sirve para explicar la aparición de la norma nueva en el sistema, pero desaparece rápidamente como factor intrínseco de la misma.¹⁹

5. Disposición transitoria genérica

La realidad evidencia la complejidad del tema. Una escueta disposición normativa²⁰ parece no ser suficiente ante la magnitud del cometido de una ley que oscila entre la retroactividad y la irretroactividad, que va de los efectos inmediatos por una parte a la sobrevida de la ley anterior por otra, de la inaplicabilidad de la ley supletoria a los contratos en curso de ejecución frente a la aplicabilidad de las mismas cuando son más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. La alta expectativa que conlleva el artículo 7 CCCN colisiona con la carencia de pautas interpretativas sólidas y unánimes y la ausencia de normas procedimentales que coadyuven a su ensamble jurídico. Ello se agrava aún más si consideramos que el contexto en que se insertó el artículo 3 CCIV en el año 1968 dista notablemente del espectro jurídico y social en el que entra a regir el CCCN. La Ley 17711 fue, sin lugar a hesitaciones, una de las grandes reformas a las que se sometió la obra magna de Dalmacio Vélez Sarsfield. Ella se insertó dentro de una plataforma legal y modificó una serie determinada de artículos –sustancialmente en algunos temas–, pero implicó cambios de ley a ley.

La Ley 26994 representa un cambio rotundo, absoluto, donde se derogan dos códigos nacionales y se aprueba un código nuevo, unificando las materias civil y comercial, donde derechos que habían sido reconocidos jurisprudencialmente ahora se ven receptados en la plataforma jurídica, pero otros no son regulados de una manera diferente, o sencillamente se registran lagunas o vacíos normativos. Esto agrava la situación en virtud de que los integrantes de la sociedad, ante la carencia de reglas de conducta específicas o claras, no puedan anticipar con certeza si su conducta es o no eficaz, aun cuando pueda presumirse su permisividad (cfr. art. 19 Constitución Nacional).

El cambio estructural de la plataforma normativa es variado. En algunos aspectos es una mutación de ley a ley, en otros la indeterminación legal o las respuestas dadas por la justicia pasó a estar contemplada en las disposiciones normativas pero en otros se pasó del tratamiento legal o del derecho reconocido en los estrados judiciales al silencio de la ley. Y es aquí donde el derecho transitorio y una adecuada hermenéutica legal y social cobran máxima trascendencia, demandando de los operadores del derecho una apertura jurídica que logre allanar el camino hacia los nue-

19. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1986 (12ª ed.), §118.b, p. 110, con cita de R. DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, t. I, Madrid, §17.

20. Julio C. RIVERA califica el art. 7 CCCN como “raqúitico”. Sostiene que no está previsto para dar solución a los conflictos de leyes que pueden suscitarse a partir de la aplicación del CCCN, sino que se lo utilizará porque no hay otra norma útil (ver ob. cit. [cfr. nota 1]).

vos paradigmas del derecho y las necesidades de una sociedad que oscila entre las costumbres y la innovación cultural y económica.

Con meridiana claridad, Moisset de Espanés sostiene que el conjunto de modificaciones introducidas por la Ley 17711 a las normas que deben solucionar los conflictos de leyes en el tiempo “es el acierto más desacertado de la reforma”.²¹ Destaca también que el artículo 3

... es inobjetable, pues sintetiza de manera alambicada y abstracta la esencia de las conclusiones extraídas por Roubier para solucionar los conflictos de leyes en el tiempo. Pero los inconvenientes de incorporar esta norma a «nuestro» sistema jurídico aparecen a poco de andar, en cuanto los magistrados se ven obligados a resolver los casos concretos que se presentan en la práctica diaria, y sus vacilaciones se reflejan en la jurisprudencia, que resulta contradictoria y, a veces, desacertada.²²

6. Análisis

El artículo 7 CCCN, tal como estuvo previsto en el artículo 3 del CCIV, establece cuatro reglas interpretativas. La disposición se presenta con un claro mensaje: la **aplicación inmediata** de las nuevas leyes a las situaciones y relaciones jurídicas en curso (párrafo 1º), aunque, a fin de resguardar la seguridad jurídica de las situaciones existentes, establece el **principio de irretroactividad**, sin importar que las nuevas normas sean o no de orden público (párrafo 2º). Sin perjuicio de ello, esta segunda pauta transitoria (irretroactividad de la ley) puede ser morigerada cuando el propio legislador establece su retroactividad. Es decir, este principio no obliga al legislador sino que es una directiva para los jueces como intérpretes de la ley. El precepto no establece si esta excepción debe ser fijada de manera expresa o si es suficiente con su consideración tácita.²³ Nos inclinamos por su previsión expresa, ya que si bien la interpretación extensiva tácita deberá ser apreciada judicialmente, la seguridad jurídica de las relaciones requiere una previsión certera como principio rector para una sociedad que anhele considerarse evolucionada y estable jurídicamente.²⁴ Sea cual fuere el carácter e intensidad de la retroactividad, no podrá afectar los derechos amparados **por garantías constitucionales** (2º párrafo *in fine*).

El último párrafo del artículo 7 es el que presenta el cambio más acentuado respecto del concepto vertido en el artículo 3 CCIV (según redacción dada por la Ley 17711) y este, a su vez, respecto de la recomendación N° 1 del III Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961). La reforma de 1968 al artículo 3 reflejó

21. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, ob. cit. (cfr. nota 10), p. 13.

22. Ídem, p. 15.

23. BORDA afirma que la retroactividad de la ley es contra natura, que al legislador le basta con modificar el orden jurídico para el futuro y que por más que quisiera, la mayor parte de las veces no podría modificar el pasado, aunque la ley fuera de orden público. Lo ejemplifica de la siguiente manera: si se modifican los requisitos para la forma de celebración del matrimonio, a nadie se le ocurriría pensar que son nulos los celebrados con anterioridad porque no se ajustan a la forma prescripta en la nueva ley, ni que debieran volver a celebrarse conforme al nuevo ritual (ob. cit., [cfr. nota 18]).

24. Para MOISSET DE ESPANÉS, “la retroactividad expresa no presenta inconvenientes, puesto que el legislador está facultado para establecerla si lo considera necesario”; y advierte que “más difícil resulta determinar cuánta hay «retroactividad tácita»” (ob. cit. [cfr. nota 10], p. 28).

literalmente la conclusión del congreso cordobés, con el único agregado del párrafo final, el cual formaba parte de la ponencia presentada por Borda a ese evento –pero eliminado circunstancialmente por el plenario–²⁵ y que con el transcurso del tiempo revirtió la opinión originariamente negativa de importantes doctrinarios.²⁶ Este párrafo final del artículo 7 implica respetar las normas supletorias vigentes al momento de la celebración del contrato, aun cuando la relación jurídica se encuentre en curso de ejecución. Y vuelve a ser el párrafo innovador, porque el legislador de 2014 le incorporó una excepción: las nuevas normas supletorias serán ahora aplicables cuando sean más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

7. Ejes de aplicación

Las reglas estatuidas para dirimir el conflicto de las leyes en el tiempo giran indefectiblemente en relación a dos ejes rectores, que son el efecto inmediato de la nueva ley o el efecto diferido de la ley que se deroga o modifica y que se habrá de imponer sobre la vigencia de la nueva norma. Pero, como lo afirma Medina, a pesar de lo sistemático de la disposición normativa, de la distinción a partir de la diferenciación entre la inmediatez o no de los efectos de la nueva ley que parecen tan claras en términos generales, y de la aparente distinción entre situaciones o relaciones jurídicas y sus consecuencias consumadas y en curso, no resulta sencillo ponerlas en práctica frente a situaciones concretas, como lo demuestra el debate doctrinario que se ha suscitado en torno a la cuestión.²⁷ Esta problemática no solo se presenta frente al análisis de saber si nos encontramos antes pautas de derecho transitorio, sino también al responder si se trata en otros supuestos de disposiciones supletorias o normas de orden público, cuestión de no menor importancia para saber si las partes pueden o no dejar de lado una disposición legal frente a sus convenciones.

Otro de los interrogantes que genera el precepto es la aparente dicotomía que se suscita entre situación jurídica y relación jurídica.²⁸ Decimos *aparente* porque pese a la distinción que podría encontrarse a cada uno de estos conceptos, la conjunción copulativa y del artículo los vincula y somete al mismo régimen, por lo que resulta ociosa toda distinción.²⁹

25. Advierte BORDA que Orgaz, al fundar su opinión de que este agregado no debía ser aprobado por el Congreso, dijo que en una discusión tan breve no podría el Congreso pronunciarse sobre un criterio que no ha sido debatido suficientemente y tendría, por tanto, que improvisar, y agregó que preferiría que esa proposición quede como una sugerencia en las actas para que siga su camino si es efectiva (ob. cit. [cfr. nota 18]).

26. Jorge Mosset Iturraspe, Luis Moisset de Espanés, Alberto J. Pardo, Ma. Antonia Leonfanti, Ernesto Nieto Blanc, entre otros.

27. MEDINA, Graciela, “La aplicación de la ley en el tiempo y el derecho sucesorio”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2015-1, pp. 445-478.

28. La situación jurídica u objetiva es permanente, es la posición que ocupa un sujeto frente a la norma general o a una institución jurídica determinada (por ejemplo, la situación de propietario, padre, incapaz, etc.). Relación jurídica es aquella que se establece entre dos o más personas, con un carácter peculiar y particular, esencialmente variable (las más frecuentes son las que nacen de la voluntad de las partes –contratos, testamentos–, aunque también pueden nacer de la ley –la obligación de reparar los daños–) y pueden ser modificadas por la voluntad de los titulares (ver BORDA, Guillermo A., ob. cit., [cfr. nota 18], p. 810; MEDINA, Graciela, ob. cit. [cfr. nota 27]).

29. Para MOISSET DE ESPANÉS, hay una sinonimia entre estos conceptos (ob. cit. [cfr. nota 10], p. 40; BORDA, Guillermo A., ob. cit. [cfr. nota 18], p. 810).

8. Efectos inmediatos de la ley

La aplicación inmediata de la ley³⁰ a las consecuencias generadas o producidas por situaciones jurídicas existentes es el efecto propio y normal luego de su sanción. Significa la aplicación de las nuevas normas para el futuro, para las consecuencias aún no cumplidas (hechos en curso) como consecuencia necesaria de la naturaleza irreversible del tiempo. El sistema del efecto inmediato –tomado de la doctrina de Roubier– es el que adoptó de manera expresa el CCIV, luego de la Ley 17711,³¹ y también el CCCN. Se erige sobre la presunción de que la ley nueva es mejor que la sustituida.³²

El efecto inmediato encuentra sus límites en el principio de irretroactividad, que impide aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas (sea su creación, modificación o extinción), o a efectos ya producidos (hechos cumplidos o consumados), pero ninguna restricción existe cuando las consecuencias son posteriores a la vigencia de la nueva ley, aun cuando hayan sido generados por una situación jurídica existente. El efecto inmediato de la ley se presenta lógicamente ante hechos constitutivos o extintivos de situaciones o relaciones jurídicas, producidos con posterioridad a la vigencia de la nueva ley (por ejemplo, la unión en matrimonio entre personas del mismo género, luego de la entrada en vigencia de la Ley 26618).

Cuando los hechos constitutivos o extintivos tienen un único momento o si requieren actos continuos o sucesivos y estos están cumplidos bajo el amparo de una única ley, es decir preceden a la entrada en vigencia de la nueva ley, no pueden, en principio, ser alcanzados por los efectos de la nueva ley.³³ En cambio, cuando durante una ley se han sucedido hechos aptos para comenzar la gestación o extinción de una situación jurídica y se modifica la ley que gobernaba la eficacia de esos hechos, corresponde sostener que al no haberse consumado íntegramente la constitución o finalización, quedará regida por la nueva ley.³⁴

30. Respecto de la incidencia de la aplicación inmediata de la ley y los aspectos procedimentales, se ha generado un acalorado y enriquecedor debate entre los principales operadores jurídicos de nuestro país, desencadenando variadas respuestas judiciales ante casos similares. Remito al trabajo de mi autoría “El Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho intertemporal”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 6/2/2017, p. 107, AR/DOC/3994/2016.

31. Tampoco podemos olvidar que el art. 3 CCIV estableció que las leyes “disponen para lo futuro”. Para Guillermo L. ALLENDE, crítico de la reforma del año 1968, debía volverse a las enseñanzas de Savigny y la letra original de la obra de Vélez (ob. cit. [cfr. nota 18]).

32. Ver nota 3 de este ensayo.

33. “... encontrándose la causa a estudio del Tribunal, el 1º de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la Ley 26994 [...] sin embargo, la situación planteada debe ser juzgada de conformidad con la redacción que tenía el segundo párrafo del artículo 997 del Código Civil, vigente a esa fecha, pues las consecuencias de la situación jurídica generada por la norma provincial impugnada –desde el 1º de enero hasta el 31 de mayo de 2012– se encuentran alcanzadas por el texto íntegro de esa previsión legal, dado que allí se consumaron. La noción de consumo jurídico impone la aplicación del artículo en toda su extensión” (CSJN, 9/12/2015, “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires c/ Buenos Aires, Provincia de s/ ordinario” [Fallos, t. 338, p. 1455 {N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/CKdV6r>; también el lector podrá acceder al dictamen del MPF en <https://goo.gl/cqHanS>, y su complementario en <https://goo.gl/6ieQSM>}).

34. Aída R. KEMELMAJER DE CARLUCCI menciona que Roubier diferencia entre hechos cumplidos y hechos en curso, donde el elemento determinante es el hecho (factor objetivo) y no el derecho (factor subjetivo), dis-

En un reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que

... deviene inoficioso pronunciarse sobre los alcances que se debían asignar al escrito de contestación a la reconvenición presentado por el actor reconvenido y su incidencia respecto de las causales subjetivas admitidas en la causa para decretar el divorcio, cuya existencia a los fines pretendidos ha fenecido por imperativo legal –en virtud de que durante el iter procesal entró en vigencia el CCCN–³⁵, sin que se advierta interés económico o jurídico actual que justifique un pronunciamiento sobre el punto al haber desaparecido uno de los requisitos que condicionan la jurisdicción del Tribunal.

Y concluyó que

... las cuestiones atinentes a la disolución del vínculo matrimonial [...] se encuentran hoy reguladas en los arts. 435 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, normativa que, en virtud de la regla general establecida en el art. 7 del mencionado código, resulta de inmediata aplicación al caso.³⁶

Resta considerar las situaciones legales y las situaciones contractuales en curso. Los efectos ya producidos se rigen por la ley vigente al momento de su producción, mientras que a las consecuencias que nacen con posterioridad al momento en que comienza la vigencia de la nueva ley les será aplicable el efecto inmediato de la nueva ley. Las soluciones jurisprudenciales o doctrinarias que ya integraban el sistema jurídico al momento de entrar a regir una nueva legislación no conllevan un cambio real o sustancial en el derecho vigente cuando la nueva ley se limita a incorporar ese reconocimiento judicial a las demandas de la sociedad, por lo que nada impide su aplicación inmediata.

En un interesante caso, nutrido de múltiples elementos técnicos que hacen a la interpretación de la aplicación de la norma transitoria, se pronunció el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro.³⁷ Los autos llegaron al máximo tribunal de Río Negro en virtud del recurso de casación por el que se pretendía dejar sin efecto la sentencia de Cámara de fecha 6 de abril de 2015 que había hecho lugar al recurso de apelación, ordenando la revocación del levantamiento de un embargo dispuesto el 15 de diciembre de 2014. Padín expuso ante el Superior Tribunal que los fondos embargados poseían carácter alimentario, producto de una indemnización, y plan-

tinguiendo a su vez dentro de los hechos cumplidos las leyes que gobiernan la constitución y extinción y las que gobiernan el contenido y los efectos. Para la constitución y extinción, distingue además entre situaciones jurídicas de formación “continua” (por ejemplo, la prescripción adquisitiva o extintiva) y situaciones jurídicas de formación “sucesiva” o en etapas (por ejemplo, una venta que exige autorización judicial o un acto que requiere aceptación), subdividiendo esta última (formación sucesiva) en dos subtipos: actos entre vivos y mortis causa y sostiene que –para los actos entre vivos–, la nueva ley puede establecer nuevos requisitos para la etapa que aún no estaba cumplida para la adquisición o extinción a la época de su entrada en vigencia (*La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, ps. 32-33).

35. La aclaración nos pertenece.

36. CSJN, 18/10/2016, “Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa «B., O. F. c/ N., V. C. s/ divorcio art. 214, inc. 2°, del Código Civil»” (*Fallos*, t. 339, p. 1478 [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/K6JF6E>; también el lector podrá acceder al dictamen del MFP en <https://goo.gl/grNLM3>].

37. STJ de Río Negro, 14/03/2016, “Espeche, Lidia P. en Orellano, María M. c/ Padín, Elena N. s/ ejecución de honorarios s/ casación” [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/UzPViu>].

teó que, en virtud de lo previsto en el artículo 744 CCCN (inc. f),³⁸ están excluidos de la garantía común de los acreedores. Por su parte, la ejecutante, quien había sido su abogada en el reclamo de 2010,³⁹ sostuvo que el derecho alimentario que sostiene la ejecutada constituye una cuestión absolutamente inadmisibile, ajena a las formalidades previstas en el ritual, y expuso la inaplicabilidad del código de fondo sancionado pero no vigente. El Superior Tribunal advirtió que la estructura jurídica al momento de su resolución ya no era la misma que en las instancias anteriores, dado que el Código se encuentra vigente y que merece su decisión la cuestión de si el artículo 744 CCCN (inc. f) es de aplicación inmediata al supuesto de autos. El tribunal sintetizó:

... el artículo en análisis dispone que «las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes»; y las consecuencias son todos los efectos –de hecho o de derecho– que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente. Las mismas resultan de los efectos, derivaciones o secuelas de la relación o situación jurídica, diferenciándose de lo que son los hechos constitutivos o extintivos de dichas relaciones.

Y concluyó que

... no cabe duda alguna que, cualquiera sea la óptica desde la que se analice la cuestión en debate (inembargabilidad de ciertos bienes), constituye un claro ejemplo de una consecuencia no agotada de una relación o situación jurídica existente (ejecución de honorarios); y que por lo tanto resulta de aplicación el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

9. El efecto diferido de la ley

El efecto diferido de la aplicación de la ley en relación con los contratos en curso de ejecución que establece el último párrafo del artículo 7 CCCN participa a modo de correctivo del efecto inmediato de la nueva ley, para evitar que se vulnere el principio de la irretroactividad. El efecto diferido, también denominado prolongado, sobrevida o ultractividad de la ley, como contracara de la retroactividad, se produce cuando a pesar de ser derogada una norma –y por ende sus preceptos volverse inaplicables–, los mismos continúan vigentes respecto de determinadas relaciones o situaciones jurídicas tanto en cuanto a su constitución como alcanzando a las consecuencias cumplidas íntegramente antes de la entrada en vigencia de la nueva ley como de las posteriores.⁴⁰ Regula la inaplicabilidad de una ley que modifica otra ley supletoria⁴¹ que rige una relación jurídica nacida de un contrato que se encuentra en curso de ejecución.

38. En consonancia con normas internacionales con jerarquía constitucional tales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, la Declaración Americana de Derechos y Deberes Humanos de 1948, entre otros, y de derechos reconocidos primeramente en el ámbito judicial.

39. Se le había reconocido a Padín una indemnización en reparación a un daño emergente a nivel psicofísico por un accidente ocurrido en la rampa de acceso a un importante supermercado.

40. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, ob. cit. (cfr. nota 10), p. 26.

41. La doctrina emplea usualmente como sinónimos normas supletorias, interpretativas, dispositivas o derogables, pese a que esencialmente existen diferencias sustanciales entre cada una de ellas.

La ultraactividad de la ley no se produce cuando es modificada por normas imperativas. Allí, su efecto será inmediato tanto para situaciones jurídicas en general como para los acuerdos de voluntades en particular, porque estamos ante normas que tienen en cuenta intereses sociales, públicos o colectivos. En consecuencia, si la ley derogada daba cabida a la autonomía de la voluntad y el nuevo marco legal le asigna carácter imperativo, deberá aplicarse la nueva norma también a los contratos en curso de ejecución, aunque solo para los efectos futuros –salvo disposición expresa que dé mayor alcance a la retroactividad–. Este nuevo estatuto legal que afecta la relación contractual preexistente podría considerarse que conlleva una retroactividad intelectual.

Observamos aquí la importancia de la previsión normativa sintetizada en el artículo 7, ya que si no se hubiese consagrado la excepción del efecto diferido para las leyes supletorias, las consecuencias que se produjesen con posterioridad a la sanción de la nueva ley quedarían atrapadas en esta. Lo que se respeta de esta manera no es la antigua norma, sino la voluntad de las partes;⁴² y así lo sostiene de manera expresa el nuevo ordenamiento al predicar en su artículo 962 que

Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

Por ejemplo, el artículo 351 CCCN, a diferencia de lo previsto en el código del siglo XIX, prevé una norma supletoria en la que el plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento, disposición que no será aplicable a los contratos celebrados con anterioridad.

El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro predica que el sistema previsto

... hace que exista una dualidad de régimen que opera contra la aplicación inmediata de la nueva ley en materias tan extensas como lo son contratos y obligaciones, generalmente de índole supletoria, haciendo que a partir del 1 de agosto de 2015 reinen en el país dos códigos distintos, uno para los contratos anteriores a dicha fecha, que deberán seguir gobernados por el Código Civil de Vélez, y los contratos posteriores a ese día, por el nuevo código.

Aclara además que

... el juez no puede modificar el contrato excepto que lo pida uno de los contratantes en los casos que lo autorice la ley, o de oficio cuando se esté afectando el orden público.⁴³

42. Para ACUÑA ANZORENA, no solo comprende lo que las partes han convenido de manera expresa, sino también todo lo que, presumiblemente, han tenido en cuenta al celebrarlos (ob. cit., [cfr. nota 4]). En este sentido se enrola el art. 961 CCCN al expresar que “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

43. STJ de Río Negro, 17/8/2016, “Segovia, Pablo c/ Iaría, Francisco s/ sucesión s/ ordinario s/ casación” [N. del E.: ver texto completo en [https://goo.gl/qo\\$ND3](https://goo.gl/qo$ND3)].

10. Las normas supletorias y el consumidor

El último párrafo del artículo 7 CCCN se aparta de su norma fuente y consagra una excepción –o nueva regla– a la aplicación del efecto diferido de las normas supletorias cuando está comprometido el derecho del consumidor en las relaciones de consumo. La ley deja en manos del propio consumidor evaluar si la nueva disposición es más favorable a sus intereses. El legislador prioriza e impone la tutela del interés privado del consumidor en la relación de consumo en curso de ejecución. En los fundamentos del anteproyecto de CCCN se expone que tratándose de una relación de consumo, particularmente cuando el contrato es de duración, cabe descartar la presunción de una voluntariedad “común” sobre la remisión a las normas supletorias vigentes y prioriza, basado en el apego a los cambios sociales y de prácticas negociales, lo que hubieran pactado las partes siempre que ello sea más favorable al consumidor.

El CCCN no solo recoge el principio protectorio del derecho del consumo (arts. 1096 y 1122), sino que lo extiende por ejemplo a los contratos bancarios (arts. 1384 y 1389), cementerios privados (art. 2111) y tiempos compartidos (art. 2100). Y, como complemento de lo dispuesto en el artículo 7 *in fine*, agrega en el artículo 1094 que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el acceso al consumo sustentable, y concluye que en caso de duda sobre la interpretación del Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Explica Kemelmajer que la norma no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata (sean imperativas o supletorias), tanto porque así lo dispone el párrafo tercero como el segundo, que impide la aplicación retroactiva, sean o no de orden público, sin perjuicio de que eventualmente se establezca de manera expresa su retroactividad, siempre que no se violen garantías constitucionales.⁴⁴

11. El derecho transitorio y el desamparo normativo

Anticipamos al principio de este ensayo que la finalidad de toda disposición transitoria es prever qué pauta legal aplicar entre aquella ley que fue derogada y la que se incorpora al ordenamiento jurídico respecto de una misma temática que es tratada de manera diferente.

Una de las críticas que se le hace al legislador es no haber previsto –en el CCCN o normativa complementaria– en qué estado se encuentran aquellas situaciones o relaciones jurídicas que antes contaban con un tratamiento legal específico y ahora se hallan en un desamparo normativo;⁴⁵ tampoco se previó un esquema jurídico que contemple la transición de un espectro legal al que lo sucede.⁴⁶ Estos casos

44. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ob. cit. (cfr. nota 34), p. 61.

45. P.ej., no hay tratamiento normativo intertemporal para el divorcio subjetivo y objetivo, una regulación para las sociedades civiles o respecto a cómo proceder en los juicios en trámite. Tampoco se han dispuesto normas específicas de derecho transitorio aplicables a las reformas introducidas a la Ley 19550, ahora denominada Ley General de Sociedades.

46. El donatario –como el subadquirente– en el CCCN se encuentra sujeto a la acción de reducción por el término de diez años, computados desde la adquisición de la posesión, sin establecerse la aplicabilidad de este

no previstos ameritan un examen exhaustivo no solo de la doctrina sino en particular del órgano jurisdiccional a fin de determinar el derecho aplicable. El CCCN dispone: “Los casos que este Código rige” (art. 1) serán resueltos –interpretados– por el juez mediante “decisión razonablemente fundada” (art. 3).

A partir de los fundamentos expuestos en la nota de elevación del anteproyecto de código, se sostiene que los magistrados podrán encontrar respuesta y fundamento al desarrollo jurisprudencial a partir de un sistema que cuenta con un “núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas”.⁴⁷

Por la indeterminación involuntaria en la que incurre el nuevo ordenamiento, cobran importancia los usos, prácticas y costumbres para regir las situaciones jurídicas desamparadas de una regulación expresa, porque además así lo impone el CCCN al considerarlos vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, con la única salvedad de que no sean contrarios a derecho (art. 1).⁴⁸ En lo sucesivo serán las costumbres, los usos y las prácticas los que coadyuven a que la plataforma legislativa prevea las pautas y requisitos dentro de los cuales se deberá desarrollar nuestra sociedad en las interrelaciones subjetivas. Y que, de conformidad a la previsión legal, quedará sujeta a una “decisión razonablemente fundada” que se espera se produzca desde la función judicial.

No tenemos dudas de que hay excelentes magistrados que evidencian en sus sentencias su constante evolución, capacitación, conocimiento y actualización frente a las demandas de una sociedad cada vez más compleja. Pero se nos genera la inquietud de plantearnos si nuestro sistema judicial y principalmente nuestra sociedad están preparados para transitar por esa delgada línea divisoria entre el derecho positivo y el derecho consuetudinario como el del *common law*.⁴⁹

¿No habría sido más conveniente prever un cuerpo de disposiciones transitorias más abarcador? Al considerar que, a diferencia del año 1968, en esta ocasión el cambio normativo fue estructural,⁵⁰ no se comprende por qué, además del artículo 7 como norma general de derecho transitorio, solo se limitaron a establecer contadas disposiciones transitorias específicas, como las de los artículos 2537, 2472 (conc. con art. 2645) y 2075 CCCN, además de los artículos 8 y 9 de la Ley 26994.

precepto a las donaciones otorgadas durante la vigencia del CCIV ni desde cuándo considerar la posesión decenal cuando el donante falleció con posterioridad al 1/8/2015.

47. Fundamentos del anteproyecto de CCCN, III.3, pp. 12-13.

48. El art. 17 CCIV original impuso que “el uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos”; y también aclaró que las leyes solo podían ser derogadas por otras leyes, a fin de evitar que la costumbre pudiese ser considerada fuente del derecho. La Ley 17711 modificó el art. 17, dándole fuerza legal a los usos y costumbres en situaciones no regladas legalmente.

49. Dice LLAMBÍAS que el derecho no es un panlogismo, sino una ordenación justa de la sociedad que rige los hechos humanos conforme a la efectiva previsión de los mismos. De ahí que cuando se advierta que los hechos ocurridos no han sido realmente previstos por la ley, no resulta legítimo procurar un forzado regimiento legal de ellos, fiando en la sola fuerza lógica de los principios generales. En tales casos es más prudente reconocer la laguna legislativa y dejar obrar a las otras fuentes del derecho entre ellas la costumbre *praeter legem* (ob. cit. [cfr. nota 19]).

50. La Ley 26994 derogó el CCIV, el CCOM (excepto una serie taxativa de artículos), las Leyes 11357, 13512, 14394, 18248, 19724, 19836, 20276, 21342 (excepto el art. 6), 23091, 25509 y 26005, algunos artículos de la Ley 19550, de la Ley 20266, de la Ley 24441, de la Ley 25248 y de la Ley 26356, además del art. 37 del Decreto 1798/1994.

Apelar a los usos, prácticas y costumbres nos habilita para acudir –por defecto– a la magistral obra de Vélez –y sus leyes complementarias derogadas– no solo como doctrina sino como esbozo documental de estas fuentes.⁵¹

12. Aplicación del derecho transitorio a un caso concreto

Analicemos frente a un caso específico cómo una situación jurídica con sus aristas particulares, sus efectos y hechos modificatorios pretendidos puede quedar expuesta a la aplicación inmediata de la nueva ley o producirse la sobrevida de la derogada, ya sea por la interpretación directa de las reglas vertidas en el artículo 7 CCCN o por una necesaria construcción jurídica ante la vaguedad de las disposiciones transitorias. Pensemos en una persona que afectó al régimen de bien de familia, el 18 de julio de 2008, un inmueble rural de su propiedad en el que desarrollaba por cuenta propia su explotación y, así, con el producido de la actividad, lograba el sustento familiar que incluía a su madre como beneficiaria, supuesto concreto constituido bajo el amparo normativo de los artículos 34, 36, 41 y concordantes de la Ley 14394.⁵² Vigente el CCCN, fallece la madre del propietario y beneficiaria del bien de familia. El 19 de febrero de 2016, el propietario acude a un escribano de registro con la intención de designar como beneficiario del “bien de familia” a la persona con quien vive (en un inmueble urbano) y comparte un proyecto de vida común.

Recordemos que la Ley 26994 derogó expresamente la Ley 14394 y aprobó el CCCN, en el que se incluye un nuevo régimen protector de la vivienda (arts. 244-256). Estas disposiciones establecen de manera precisa que

- puede afectarse al régimen un inmueble destinado a “vivienda” (art. 244);
- puede designarse como beneficiario, por ejemplo, al conviviente (art. 246 inc. a);
- requiere que al menos uno de los beneficiarios “habite” el inmueble (art. 247);
- las disposiciones de ese capítulo son aplicables al inmueble rural (art. 256).

En primer término, debemos resaltar que no hay una norma transitoria que dilucide en qué situación se encuentran los bienes afectados al régimen de bien de familia previsto en la ley de 1954. No hay precepto alguno que nos permita concluir o inferir de manera expresa la continuidad o reconocimiento de los derechos entablados con el régimen derogado. Además, el régimen de “vivienda” recientemente sancionado queda circunscripto, según la ley, al inmueble destinado a vivienda, dato no menor para el supuesto en análisis, con lo cual, considerando la abrogación de la Ley 14394 y la ausencia de un precepto similar al artículo 41 de la Ley 14394, debemos presumir que en el caso expuesto, si se pretendiese constituirlo hoy, no contaría con amparo legal.

Sin perjuicio de sugerir su inclusión expresa en el nuevo articulado, hacemos votos para que una interpretación jurisprudencial de los artículos 251 y 256 CCCN

51. El art. 5 del anteproyecto de Código Civil de 1954 establece: “Los jueces no pueden abstenerse de juzgar en supuesto alguno. Si la cuestión controvertida no pudiera decidirse por aplicación de norma legal, consuetudinaria o emanada de tribunal de casación, se atenderá a los principios generales del derecho y a las exigencias de la equidad teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

52. Sancionada el 22/12/1954 (BO N° 17805 del 30/12/1954).

afirme la factibilidad de seguir brindando protección no solo a la vivienda ubicada en predios rurales sino puntualmente a la explotación de los mismos con la finalidad de producir en ellos los bienes necesarios para lograr el sustento familiar.⁵³

A partir del caso expuesto y el contexto normativo actual, debemos dar curso a una interesante y compleja tarea hermenéutica. Consideramos que las disposiciones previstas en la Ley 14394 –en sus artículos 34 a 50– gozan de ultraactividad por el efecto diferido que reconoce el artículo 7 CCCN en su último párrafo, pero también por los derechos amparados por garantías constitucionales (2º párrafo) ante una situación jurídica constituida. Sin embargo, si nos quedamos estancos con esta interpretación, solo podríamos expresarle al requirente del servicio notarial que aún cuenta con la protección dada por el régimen de bien de familia a su predio rural sin satisfacer su inquietud de designar a su conviviente como beneficiario por el solo hecho de tratarse de una parcela rural y cuyo destino no es el de habitación sino el de explotación para lograr el sustento familiar.

Dos aspectos son los que conducen el análisis del caso. Por un lado, considerar la factibilidad de extender la aplicación del régimen de vivienda a un inmueble que no está destinado a “vivienda”, y, por otro, admitir la designación del conviviente como beneficiario, variable que no se encontraba prevista en la Ley 14394 –ley que sustenta sus derechos– aunque sí admitido por precedentes jurisprudenciales⁵⁴ y por el nuevo ordenamiento civil y comercial.

Respecto del primer planteo, consideramos que corresponde realizar, a modo de norma transitoria, una construcción jurídica que permita efectuar un encadenamiento legislativo y así poder aplicar las disposiciones estatuidas en el CCCN a la situación jurídica constituida con anterioridad. Esta construcción se habrá de fundar esencialmente en un principio constitucional, de conformidad con el artículo 14 bis de la Carta Magna y los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 31 CN), como:

- la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 1948), en cuanto establece que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda...” (art. 25);

53. KEMELMAJER DE CARLUCCI sostiene que “el CCyC admite la afectación de inmuebles productivos, prueba de lo cual es que el artículo 251 soluciona el problema de la embargabilidad de los frutos y el art. 256 se refiere concretamente al inmueble rural” (*La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 83).

54. P.ej., la CNCiv., Sala M, el 16/5/2014, en autos “Ceber, Juana c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/ recurso directo a Cámara”, revocó la resolución del Registro y ordenó la inscripción del inmueble como bien de familia para una pareja de convivientes y condóminos sin hijos: “la existencia del núcleo familiar sin correlación con las instituciones legales de matrimonio y parentesco es indiscutible como realidad fáctica”. Agregó que “excluir a la familia de hecho del beneficio del régimen de familia importa una discriminación infundada e inaceptable, pues con aquella restricción se vulnera el principio de autonomía de la voluntad, que resulta ser uno de los pilares sobre los que se asientan los derechos humanos y sus implicancias”. Además, resaltó que “la protección constitucional del derecho a la vivienda familiar digna (art. 14 de la Constitución Nacional) [...] no puede reducirse al matrimonio sino que debe extenderse a otro tipo de uniones que merecen igual protección”. [N. del E.: ver texto completo en <https://goo.gl/px91Yd>]. Así, recibió la doctrina sentada en CSJN, 8/3/1990, “Missart, Miguel Ángel s/ haberes (prenatal)” (*Fallos*, t. 313, p. 225). Y en similar sentido ver CNCiv., Sala L, 10/4/2015, “Frisardi, Adriana Gabriela c/ Registro de la Propiedad Inmueble 388/14 fecha 8/9/14 s/ recurso directo a Cámara” [N. del E.: ver completo en <https://goo.gl/AAMZTs>].

- el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966 [aprobado en Argentina por Ley 23313]), en cuanto establece que los estados partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados...” (art. 11.1);
- la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 1967 [aprobado en Argentina por Ley 17722]), en cuanto establece que los estados partes “se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley [...] particularmente en el goce de: [...] los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: [...] el derecho a la vivienda” (art. 5, inc. e, ap. iii).

En segundo término, corresponde admitir la aplicación inmediata del CCCN con respecto a la posibilidad de designar al conviviente como beneficiario. La justificación aquí se posiciona sobre el nuevo hecho o la nueva situación jurídica que es modificatoria de la situación originaria y, como tal, corresponde se rija por la nueva normativa.

Como podemos apreciar en el caso expuesto, confluyen aquí distintas situaciones que denotan la complejidad del análisis de las disposiciones transitorias. Se requiere un esfuerzo jurídico para solucionar los conflictos que se pueden suscitar, más aún cuando no se cuenta con pautas específicas sino solo disposiciones genéricas frente a leyes que se contraponen.

13. Bibliografía

- ACUÑA ANZORENA, Arturo, “Reflexiones sobre la ley 17711 de reformas al Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 130, 1968, ps. 1085-1094.
- ALLENDE, Guillermo L., “Artículo 3° del Código Civil. Volver al Código de Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1977-A, ps. 703-710
- BARDALLO, Julio R. y CARÁMBULA, Adhemar H., “Unidad de acto y otorgamientos sucesivos”, en *Revista Internacional del Notariado*, Madrid, N° 30, 1956.
- BORDA, Guillermo A., “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 28, 1969, ps. 807-815
- GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Negocio jurídico y documento. Arte de llevar la contraria*, Valencia, Sucesor de Vives Mora, 1951.
- JUNYENT BAS, Francisco, “El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 27/4/2015 (t. 2015-B, p. 1095, cita online AR/DOC/1360/2015)
- 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.
- *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1986 (12ª ed.).
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, “El nuevo Código Civil y Comercial: el derecho transitorio. Los silencios de la ley y la subsistencia de reglas previstas en textos ya derogados” [online], en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [portal web], <https://goo.gl/n13yWv> [última consulta: 19/6/2017].
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Irretroactividad de las leyes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 135, ps. 1485-1493.

- MEDINA, Graciela, “La aplicación de la ley en el tiempo y el derecho sucesorio”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2015-1, pp. 445-478.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho transitorio)*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1976.
- MORELLO, Augusto M. y PORTAS, Néstor L. (coords.), *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, t. 1 (“Parte general”), La Plata, Platense, 1971.
- RIVERA, Julio C., “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el Congreso”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 4/5/2015 (t. 2015-C, p. 645, cita online AR/DOC/1424/2015)
- ROUBIER, Paul, *Les conflits des lois dans le temps*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1929/1933.
— *Droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, París, Dalloz et Sirey, 1960.
- ZAVALA, Gastón A., “El Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho intertemporal”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 6/2/2017, p. 107, AR/DOC/3994/2016.
— “La forma notarial”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 942, 2002, pp. 395-435; y en *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, Madrid, Consejo General del Notariado, N° 2, 2003.

Se terminó de imprimir en marzo de 2018
en Triñanes Gráfica,
Charlone 971, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires, Argentina

Liliana Abreut de Begher

Giselle D. S. Amor Aiello

Pablo R. Barreiro

Claudio A. Blanco

José C. Carminio Castagno

Anahí Carrascosa de Granata

Franco Di Castelnuovo

Natalio P. Etchegaray

Elda Fernández Cossini

María V. Gonzalía

Francisco Hotz

Claudio M. Kiper

Néstor D. Lamber

María M. Linari

Gastón A. Mirkin

Nadia S. Parra

Martín Rachid

Pilar M. Rodríguez Acquarone

Pedro F. Sáenz

Luciana B. Scotti

Horacio Teitelbaum

Diego M. Umaschi

Marcelo E. Urbaneja

Gastón A. Zavala

