

enero | marzo 2018

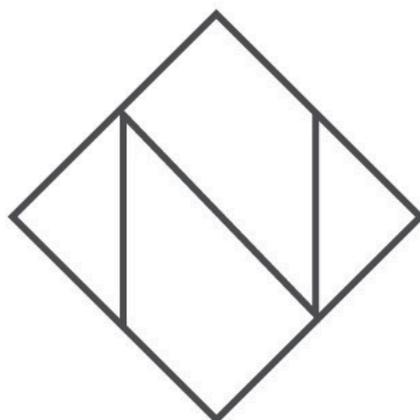
931

REVISTA DEL
NOTARIADO

Director: Diego M. Martí

enero | marzo 2018

931



REVISTA DEL
NOTARIADO

Director: Diego M. Martí

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

ISSN 2362-6186

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

Propietario: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Director: Diego Maximiliano Martí

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

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Corrección y edición: Juan Pablo Álvarez y Agustín Rodríguez

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

Buenos Aires - República Argentina

+ 54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

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

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

Nº de Registro DNDA: 5353496

ISSN: 2362-6186

Diseño de tapa: Florencia Cardoso

Diseño de interior: Liliana Chouza

Todos los derechos reservados.

Consejo Directivo

Ejercicio 2017-2019

Presidente	Claudio Alejandro Gustavo Caputo
Vicepresidente	Mariana Claudia Massone
Secretario	Antonio Joaquín Cinque
Secretaria	María Magdalena Tato
Prosecretario	Diego Alberto Paz Vela
Prosecretaria	María Alejandra Astuena
Tesorero	Carlos Eduardo Medina
Protesorero	Ramiro Javier Gutiérrez De Lio
Vocales titulares	Alejandra Graciela Vidal Bollini Irene Recalde Isaac Raúl Molina Mauricio Feletti Enrique Hugo José Garbarino Ariel Román Tesei Ana María Kemper Eduardo Héctor Plaetsier Beatriz Susana Roella Alicia Olivares
Vocales suplentes	Angélica Generosa Emilia Vitale José María Lorenzo Pablo Hernán De Santis Ricardo Jorge Oks Virginia Judith Benfield Virginia Carolina Olexyn
Decano	R. Gastón Courtial <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 26/9/2013)</i>
Presidente honorario	Julio A. Aznárez Jáuregui † <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 30/9/2004)</i>

Editorial | 6

Doctrina

Donaciones. Un temor irreverente, por *Maritel M. Brandi Taiana* | 10

La sociedad por acciones simplificada. Tipo ideal para las empresas familiares, por *Eduardo M. Favier Dubois (h.)* y *Lucía Spagnolo* | 24

El anatocismo en el régimen del Código Civil y Comercial, por *Fulvio G. Santarelli* | 31

El asentimiento conyugal en la transformación de sociedades de personas. Otros supuestos, por *Alberto M. Miguens* | 39

El derecho de autoprotección y la eutanasia. El mensaje del papa Francisco de fecha 17 de noviembre de 2017, por *Nelly A. Taiana de Brandi* | 47

Dictámenes

Donación con cargo. Eficacia temporal del cargo, prescripción y revocación, por *Ana J. G. Stern* | 57

Estimados lectores:

En esta oportunidad, quiero referirme a algunos conceptos tecnológicos que vienen siendo escuchados cada vez con mayor frecuencia y más cerca de nuestra actividad. Para ello, haremos pie en tres artículos de colegas que manejan estas cuestiones –que, evidentemente, no son cercanas para la mayoría de nosotros–.

Ladran, Sancho...

Sucede que resulta bastante común encontrarnos con cuestionamientos hacia nuestra función que suelen basarse en un análisis superficial, sin conocimiento alguno de lo que hacemos y, tal vez, con algún interés subyacente, tendiendo a plantearse que pueden obtenerse idénticos resultados en términos de seguridad, y mejores en términos de velocidad y costos, mediante el uso de determinados procesos informáticos. No debemos sentirnos amenazados sino impulsados por esto, y así, ser parte del cambio y adoptarlo para la solución de aquello para lo que efectivamente resulte de utilidad. No se trata de una defensa corporativa; el ojo del notario está puesto, siempre y fundamentalmente, en brindar seguridad.

El temor a la disrupción¹

Dice Pedro Garrido Chamorro, notario de Madrid, que en los ámbitos económicos y empresariales se da la percepción generalizada de que nos asomamos a los albores de la cuarta revolución industrial, impulsada por la convergencia de numerosos cambios tecnológicos que se potencian mutuamente y abren las puertas a una profunda transformación de todas las actividades productivas. Así, las tecnologías que afectarán de forma más profunda a los actuales sistemas de creación de seguridad jurídica serán la inteligencia artificial (IA) y la *blockchain*. La propia disrupción se ha convertido en una obsesión para muchas cúpulas empresariales preocupadas por anticiparse, rediseñando procedimientos, sumado ello a la percepción general de que los sectores más sólidamente instalados serán los más afectados. Estas novedades tecnológicas y económicas afectarán también la seguridad jurídica, ya que, por un lado, se están ya creando mecanismos de contratación directa entre particulares a través de herramientas digitales, y, por el otro, porque se prevé un cambio profundo en la forma de prestación de muchos servicios profesionales, incluidos los relacionados con el derecho.

Con relación a la IA, explica Garrido Chamorro que los sistemas digitales no ejecutan sus tareas a partir del diseño por programadores sino mediante procesos que facultan al sistema para recibir y almacenar información y analizarla de forma similar a como fun-

1. Ver GARRIDO CHAMORRO, Pedro, “La prueba documental en la economía digital: sus efectos y su valor económico” [online], en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, Nº 79, 2018.

cionan las neuronas de nuestro cerebro, aprendiendo por sí solos a ejecutar esas tareas. Mediante este fuerte desarrollo, si la automatización afectaba principalmente los trabajos menos cualificados, en el futuro sustituirá también muchos trabajos intelectuales, que acabarán sufriendo lo que el autor define como una intensa *comoditización*: reducidos a simples mercancías fungibles fácilmente sustituibles en el proceso productivo y, por ello, también devaluadas económicamente.

Y refiere también otra tecnología fundacional que aparece en el horizonte, que es la *blockchain* o registro distribuido (*distributed ledger*), cuya utilización tuvo comienzo como soporte para la emisión de monedas digitales y es considerada una base de datos distribuida, segura e inalterable. Se trata de una gran base de datos que no se almacena en un servidor central sino que se replica en los ordenadores de todos los participantes en la cadena. ¿Pero cómo queda parado el documento digital frente al instrumento público?

Sin lugar a dudas, se planteará la equiparación de ambos como medio de prueba, lo que nos retrotrae a la idea que formulara Carnelutti² en cuanto a que el documento público no es más que una representación del acto que constituye el negocio jurídico, de modo que quedaría finalmente reducido a un medio más de prueba del negocio jurídico, en competencia con estos otros que las nuevas tecnologías pueden ofrecer. Pero nos recuerda Garrido Chamorro que, frente a ello, Rodríguez Adrados³ argumentó que tanto el documento escrito como la expresión oral del consentimiento negocial no son sino representaciones del pensamiento y la voluntad, teniendo el documento notarial siempre un valor superior, de otro orden, por concurrir en él un elemento intencional que precisa más esa voluntad y por resultar enormemente reforzada la coincidencia de la voluntad interna de las partes con la voluntad expresa en el documento a través de la intervención del notario, que desde una posición de imparcialidad asesora simultáneamente a ambas partes.

No es lo mismo el medio técnico que su operador⁴

José Carmelo Llopis, notario de Valencia, explica con suma claridad el origen y los usos de la *blockchain* y su vínculo con el *bitcoin*, íntimamente relacionados pero diferentes, siendo la *blockchain* la base tecnológica sobre la que se desarrolló originariamente el *bitcoin*, aunque sus usos y su potencialidad abarcan más que eso (nos remitimos a lo pertinente del artículo citado a fin de profundizar en los aspectos técnicos con mayor detalle). A partir de allí, resulta evidente que no pasó mucho tiempo hasta que a alguien se le ocurrió que esa tecnología pudiera servir para algo más que para asegurar la creación e intercambio de *bitcoins*, desarrollándose la idea de que a la transacción se le podía

2. CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.

3. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El documento notarial y la seguridad jurídica”, en *La seguridad jurídica y el notariado*, Madrid, 1986; “El principio de consentimiento” [online], en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, Nº 22, 2008; “Principio de la forma escrita” [online], en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, Nº 23, 2009; “Los principios de matricidad y de protocolo” [online], en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, Nº 25, 2009.

4. Ver LLOPIS, José C., “*Blockchain* y profesión notarial” [online], en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, Nº 79, 2018.

añadir una referencia a un archivo informático, que podría ser una imagen, un archivo de música o un documento escrito conteniendo cualquier texto, incluso un contrato.

La seguridad que proporciona técnicamente la cadena de bloques implica que si en algún momento el documento es alterado, lo sabremos inequívocamente. Pero también se colige de este procedimiento, como bien sostiene Llopis, que mientras el notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública, la *blockchain* no es más que un medio técnico. Y esta diferencia elemental es obviada por muchos análisis que abordan el tema no solo desconociendo completamente la normativa aplicable a los documentos sino también la enorme diferencia entre el notario latino y el *notary* del sistema anglosajón, derivando en aseveraciones tales como que “la *blockchain* sustituirá a los notarios” o que “es el notario digital”. Quién utilice la *blockchain*, qué haga con ella y cómo lo haga es otra cuestión; solo se puede verificar la trazabilidad de un documento pero no que sea veraz, legal y válido.

Agrega Llopis que, al no haber intervención notarial, la naturaleza y efectos del documento seguirán siendo los de un documento privado. No hay asesoramiento previo, no hay identificación ni juicio de capacidad o legitimación, nadie protege a la parte débil y no se ejerce control de legalidad alguno. Además, la cadena de bloques no archiva el documento ni conserva una copia, por lo que tampoco puede sustituir la función del notario en su faz de custodio del protocolo. Y concluye acertadamente que confundir el medio técnico utilizado para prestar un determinado servicio con el prestador del mismo es un grave error de concepto.

La seguridad informática no implica seguridad jurídica⁵

Nos ilustran en su exposición Martín Giralt Font y Carlos Sáenz en cuanto a que el avance de la tecnología ha sido tan importante que ha impactado en todos los órdenes de la vida, importando no solo una mejor calidad de vida –claro que habrá quien piense que, incluso en esto, todo tiempo pasado fue mejor– sino también modificaciones en las relaciones humanas. Las ventajas de esto son indudables, pero también lo es que hay inconvenientes, fundamentalmente en cuanto a la falta de seguridad. Ahora bien, resulta fundamental tener en claro que no es lo mismo hablar de seguridad en términos informáticos que en términos jurídicos, aunque también lo es que la primera puede colaborar, en parte, para generar la segunda.

En este sentido, si bien las tecnologías aportan velocidad y automatización, puede generarse la falsa impresión de que con ello se genera seguridad jurídica. Y explican que, evidentemente, hay determinados controles que no pueden ser suplidos por ningún sistema informático, y es claramente el caso de la función que ejercemos. La informática es una herramienta al servicio de las personas, cuyas bondades debemos aprovechar, pero la seguridad jurídica de la que somos custodios no puede ser brindada por la tecnología. Allí, la intervención del notario, ejerciendo su función, aportando su conocimiento y

5. Ver GIRALT FONT, Martín J. y SÁENZ, Carlos A., “Las nuevas tecnologías, la firma digital y el notariado”, en *Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino*, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, N° 49, 2013.

razonamiento humano al caso que se le plantea, es irremplazable. Y no se trata de hablar bien de nosotros mismos: las bondades del notariado de tipo latino en general y del documento notarialmente producido en particular son una realidad más que probada por años de evolución y experiencia.

¿Cómo podría de otro modo delegarse la autoridad fedante del Estado? ¿En manos de quién o de qué estaría la actividad interpretativa y la consecuente autoría de los documentos, cuya conservación asegura la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva? ¿Quién aseguraría la necesaria independencia y ecuanimidad? El consejo imparcial que le confiere al usuario del derecho la seguridad jurídica que busca es brindado por el notario como jurista de alta cualificación universitaria, que accede a su profesión luego de pruebas y prácticas, debiendo demostrar capacidad y probidad, que ejerce conforme a reglas disciplinarias y éticas estrictas, bajo el control permanente de la autoridad y con un criterio de implantación geográfica que permite recurrir a sus servicios en todo el territorio del país.

La firma digital sirve fundamentalmente para verificar que el documento no fue alterado desde que ha sido firmado y que lo ha sido utilizando la clave de quien figura como emisor, pero de ninguna manera asegura que ha sido efectivamente firmado por él, ni tan siquiera que lo ha sido con su consentimiento o de acuerdo a sus instrucciones, ni que ha comprendido el significado de lo que se ha firmado, y, menos aún, que ha sido asesorado en tal sentido. Sucede que las denominadas autoridades certificantes y autoridades de registro certifican únicamente la pertenencia de determinada clave con determinada persona, pero sin realizar certificación alguna que resulte similar a la notarial. Además, el uso que cada persona puede darle a su dispositivo de firma no impide la existencia de vicios de la voluntad.

¿Vamos camino de una función notarial electrónica? Tal vez así sea, pero parece estar claro a esta altura que cada paso en dicho sentido debe basarse en un suelo firme de seguridad, sin el cual no sería más que un paso en falso. Es decir, el eje es la función, más allá del soporte en que se materialice –hoy protocolo en papel, mañana, quizás, un archivo electrónico–. No es el formalizar sobre un papel lo que nos hace notarios, sino que somos nosotros los que, al ejercer la función, dotamos al instrumento de las características propias del instrumento público notarial. La intermediación del notario y las partes es fundamental e irremplazable, proporcionando así elementos que la seguridad informática no ofrece. La inexistencia de vicios de la voluntad y la necesaria capacidad al momento del otorgamiento del acto no pueden resolverse tecnológicamente.

No es el temor la respuesta al desafío tecnológico. Se trata de pararse en el punto de fusión entre los elementos que ofrece la tecnología y la función que cada uno ejerce en el espacio jurídico.

DIEGO M. MARTÍ

Donaciones

Un temor irreverente*

Maritel M. Brandi Taiana

RESUMEN

Se analiza el alcance del artículo 2458 del Código Civil y Comercial en relación con las donaciones dinerarias, la donación de acciones y la cesión de derechos y acciones hereditarios a título gratuito. Respecto de la donación dineraria, tras analizar el concepto de subrogación real, se concluirá que la misma no es aplicable a estos supuestos y que es fundamental no confundir subrogación real con simulación. En cuanto a la donación de acciones y la cesión de derechos y acciones hereditarios, su transferencia gratuita tampoco se ve alcanzada por los efectos reipersecutorios dispuestos en el mencionado artículo 2458, por cuanto se trata de bienes no registrables.

PALABRAS CLAVE

Donación dineraria, subrogación real, simulación, donación de acciones, cesión gratuita de herencia, derechos hereditarios.

Fechas de recepción y aceptación

23/2/2018 - 9/4/2018

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Presupuestos de estudio: acción de colación y acción de reducción. **3.** Alcance del objeto de la acción reipersecutoria: bienes registrables. **3.1.** Acciones. **3.2.** Subrogación real. Especial referencia a la donación dineraria. **3.3.** Subrogación real vs. simulación. **3.4.** Donación dineraria con condición o cargo de destinar el dinero a la adquisición de un bien registrable. **3.5.** Ausencia de normativa que permita mutar el objeto de la donación al momento de habilitar la acción de reipersecución. **4.** Cesión de herencia a título gratuito. **5.** Conclusión. **6.** Bibliografía. **6.1.** Bibliografía complementaria.

1. Introducción

Grandes interrogantes han surgido a partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial (CCCN) en agosto de 2015 respecto de diversos institutos y escenarios jurídicos cuyas estructuras se han visto conmocionadas con las reformas introducidas. En muchos casos, dichos interrogantes se enraízan en modificaciones ciertas y concretas

* Edición revisada y ampliada de la ponencia homónima presentada en la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 2017). El lector podrá confrontar la 1ª edición de la ponencia en la [web de la Convención](#).

pero en otros casos surgen de un simple temor intelectual nacido a la vera, tal vez, de las dificultades que entraña descifrar los motivos y/o el fin perseguido por el legislador al introducir ciertas reformas.

Esta inquietud se evidencia muy especialmente en el ámbito de las donaciones y los alcances de las acciones de colación y de reducción y los efectos reipersecutorios de esta última. Intentaremos desentrañar, fundamentalmente, cuál es el alcance de la acción reipersecutoria respecto de los bienes recibidos por donación cuando los donatarios los transmiten a terceros subdaquientes.

2. Presupuestos de estudio: acción de colación y acción de reducción

La **acción de colación** le impone al heredero forzoso donatario la obligación de restituir a la masa hereditaria **los valores recibidos en vida del donante**, con el fin de preservar la igualdad entre herederos. La colación supone una imputación aritmética que se resuelve con la compensación en valores. Así era en el Código de Vélez (CCIV) y así se mantiene en el CCCN.

El problema surge con la regulación de las donaciones inoficiosas, dentro del capítulo de colación de donaciones, que establece el artículo 2386 CCCN:

La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible, más la porción legítima del donatario, **aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso.**

Así las cosas, vemos que, en definitiva, si bien el CCCN mantiene la vigencia de la acción de colación entre coherederos, ha decidido que, en todo caso, la protección a la legítima contra coherederos o contra terceros tendrá el amparo de la acción de reducción y, por tanto, **a partir del 1 de agosto de 2015, toda transmisión de dominio a título de donación conformará un dominio revocable.**

En cuanto a la **acción de reducción**, Campanella y Lambaburu sostienen que

... su efecto principal es resolver las liberalidades en la medida en que exceden los límites de la porción disponible, entendiendo que “reducir” es sinónimo de “resolver”, “rescindir”, “declarar la ineficacia del acto que viola la porción protegida”.¹

Señala, además, que todas las posiciones doctrinarias, con independencia de la naturaleza jurídica que le reconozcan, “coinciden en que tiene efectos *reipersecutorios*, de modo que su fin es recomponer la porción legítima de los herederos forzosos”.²

Esta acción no es dispensable³ y es considerada por prestigiosos autores, especialmente, como **una acción personal con efectos reipersecutorios**, de conformidad con las

1. CAMPANELLA, Florencia G. y LAMBABURU, Marcelo, [comentario al art. 2452], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs. gales.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 415.

2. Ídem, p. 416.

3. Igual criterio respecto del alcance reipersecutorio de la acción sostiene FERRER, Francisco A. M., [comentario al art. 2452], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 11, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 612-619.

conclusiones a las que arribó la mayoría en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013).⁴

Señala Di Castelnuovo:

... la acción de reducción tiene por objeto proteger la legítima dirigiéndose contra las disposiciones testamentarias y, de ser necesario, las donaciones otorgadas por el causante en exceso de su porción disponible, para integrar la cuota del legitimario accionante y salvar la legítima, sin importar quién sea el destinatario de la liberalidad [...] **Y por reducción debe entenderse resolución, rescisión, ineficacia.**⁵

Surge con claridad de la doctrina prácticamente unánime que la acción es en sí misma reipersecutoria, y su fundamento esencial es la protección de la legítima, más allá de lo dispuesto en los artículos 2454 y 2458 CCCN respecto de la eventual facultad de evitar la resolución de la donación entregando al legitimario afectado en su derecho el **valor** del perjuicio. No deja de ser eso: una posibilidad que podrá ejercitar el donatario o el subadquirente de acuerdo con las circunstancias puntuales del momento.

Ante el tratamiento que le depara el Código en este aspecto, sorprende la ambivalencia de esa supuesta protección tan acérrima al sostener la reipersecución como un baluarte indeclinable a la vez que, por ejemplo, establece que para el cómputo de la porción legítima de cada descendiente solo se toman en cuenta las donaciones efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento (art. 2445, último párrafo), generando así una clara desigualdad y vulneración de derechos entre descendientes legitimarios de acuerdo con su existencia o no al momento de la donación, a pesar de tratarse de legitimarios de igual rango. Lo mismo sucede cuando, luego de haberse regulado la reivindicación de bienes registrables en manos de quien los tenga con el fin de salvaguardar un derecho tan supremo como la legítima, el CCCN admite que, transcurridos diez años desde la entrega de la posesión, los legitimarios no puedan accionar más que por colación respecto de sus pares y queden desprovistos de toda réplica contra los terceros ajenos a la familia, cuyo patrimonio parecía tan solo un artículo antes tan innegociable (art. 2459).

Ahora bien, convencidos ya del efecto reipersecutorio de la acción de reducción, el CCCN le impone un límite cuando el bien es transmitido a un subadquirente: **la acción tiene alcances reipersecutorios solo cuando se trata de bienes registrables.** Señala el artículo 2458 CCCN:

Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

Evidentemente, la reipersecución contra los subadquirentes solo puede ser ejercitada respecto de los bienes registrables.

4. Ídem, p. 614.

5. DI CASTELNUOVO, Gastón R. (y DI CASTELNUOVO, Francisco [colab.]), [comentario al art. 2452], 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. 377 y 379-380.

3. Alcance del objeto de la acción reipersecutoria: bienes registrables

A pesar del texto claro en cuanto a la individualización de los bienes alcanzados, la doctrina –haciendo gala de un temor que muchas veces nos hace ir más allá de la realidad– comenzó a preguntarse si al señalarse los bienes registrables se incluirían en el supuesto las acciones, los bienes no registrables que en el futuro pudieran dar lugar a la adquisición de bienes registrables o los derechos hereditarios que en el futuro terminen concretándose, a través de un acto partitivo, en bienes registrables. El primer interrogante es ¿por qué podríamos extender a otra clase de bienes una previsión específica, clara y delimitada que puntualmente la ley estableció respecto de una clase determinada de bienes como son los registrables?; ¿qué sentido tiene que la ley indique expresamente a qué bienes alcanza el efecto reipersecutorio si por vía de interpretación se vulnera la limitación normativa para aplicarla a supuestos no previstos?

3.1. Acciones

En cuanto a la caracterización de las acciones de sociedades anónimas o en comandita por acciones como bienes registrables, me remito a lo claramente expresado por Gutiérrez Zaldívar al dar cuenta de las distintas posturas existentes sobre el tema y aclarar la cuestión de forma definitiva al sostener que en ningún caso pueden ser incluidas dentro de la condición de bienes registrables y que, por tanto, no se encuentran alcanzadas por la acción reipersecutoria respecto de terceros adquirentes que contempla el artículo 2458 CCCN.⁶

Con respecto a bienes no registrables, como el dinero o la cesión de derechos hereditarios, que, por sucesivos actos transmisivos o partitivos, se concreten en bienes registrables y, por ello, se vean alcanzados por los efectos previstos en el artículo 2458 CCCN y así eliminados del tráfico comercial por el período de prescripción de diez años previsto en el artículo 2459 CCCN, resulta obligado abordar el gen primario del problema: la eventual subrogación real, que es el argumento fundamental que alegan quienes sostienen esta postura expansiva.

3.2. Subrogación real. Especial referencia a la donación dineraria

Aguilar y Flah sostienen que la **subrogación real** “consiste en la posibilidad de que una cosa ocupe el lugar jurídico que corresponde a otra en las mismas condiciones y afectación”.⁷ Al tratar el tema del alcance de la protección de vivienda regulada en el nuevo Código, señalan que en la **Ley 14394** la suma de dinero que reemplazaba al inmueble (en el caso de venta) no gozaba de inembargabilidad, “pues la ley no prevía la subrogación real”.⁸

6. Ver GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Alfonso, “Acciones-título valor. Acción reivindicatoria”, Buenos Aires, [s. e.], 2017 (trabajo presentado en la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires [Buenos Aires, 2017]). [N. del E.: el lector podrá consultar la ponencia en la [web de la Convención](#)].

7. AGUILAR, Rosana I. y FLAH, Lily R., “Protección de la vivienda”, en Kiper, Claudio M. (dir.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 284.

8. *Ibidem*.

Causse define la subrogación real como

... un fenómeno que obedece a la sustitución de una cosa por otra [...] **Es preciso que una norma legal así lo reconozca**, pues individualizada la cosa, la sola voluntad de una de las partes no puede producir ese traslado.⁹

Señalan Bossert y Fassi que

Puede ocurrir que en un patrimonio, un bien sea reemplazado por otro; y por tanto, aunque haya en aquél un bien nuevo, no hay un valor nuevo; ocurrido este reemplazo de bienes en el patrimonio, también jurídicamente, se produce el reemplazo de una cosa por otra; **ésta, nueva, asume en el plano de las relaciones jurídicas, el lugar que ocupaba la otra, reemplazada**. En este reemplazo –desde el punto de vista jurídico– de un bien por otro, consiste la subrogación real [...] Se trata de una “ficción por la cual un objeto reemplaza a otro, para ser propiedad de la persona a la que éste pertenecía, y revestir su naturaleza jurídica.”¹⁰

Asimismo, citando a Demogue y a Vaz Ferreira, los mencionados autores indican que

... **distinguen entre las cualidades físicas intrínsecas del bien (por ejemplo, mueble o inmueble, consumible o no, etc.), que no pueden ser transferidas a otro bien; y las calidades extrínsecas, atribuidas, otorgadas por el ordenamiento jurídico y que denomina “los valores de afectación” y que mediante la subrogación real, se transfieren al bien que ha de reemplazar al anterior en el patrimonio.**¹¹

De lo analizado hasta aquí, se puede concluir que la subrogación real:

- Debe estar expresamente **prevista en la ley**.
- **No puede suponer un cambio en la naturaleza física del bien** (es decir, no puede transformar en inmueble lo que era mueble, por ejemplo).
- Al aplicarse supone que cuando un bien reemplaza a otro, **el segundo adopta las condiciones del primero –y no al revés–**.

Cuando la ley consideró que debía ser aplicado dicho principio, así lo incorporó expresamente en la normativa: protección de vivienda, masa de bienes propios y gananciales en el régimen patrimonial matrimonial de comunidad, cesión de derechos hereditarios en el supuesto contemplado en el artículo 2304 CCCN, entre otros. Algunos autores sostienen que, en realidad, se trata de un principio general del derecho, lo que los conduce a sostener que no requiere ser expresamente establecido por la ley. Esto nos lleva a dos reflexiones:

- a) Cuando decimos que es un principio general del derecho, ¿estamos previendo que el mismo se aplica automáticamente aunque no esté previsto en la ley? Si así fuera y pudiéramos asimilarlos a un principio que informa el derecho como el de buena fe, no podrían tampoco las partes apartarse de él, ¿verdad? Sin embargo, en todos los casos a los que hacemos referencia, las partes pueden decidir no aplicarlo: tanto en el régimen de protección de vivienda como incluso en el de bienes propios o

9. CAUSSE, Federico, “Derechos reales de garantía”, en Kiper, Claudio M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 615.

10. BOSSERT, Gustavo A. y FASSI, Santiago C., *Sociedad conyugal. Comentario de los artículos 1217 a 1275 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1977, p. 266.

11. Ídem, p. 268.

gananciales (art. 466 CCCN) o en el supuesto de la cesión de derechos del artículo 2304 CCCN.

- b) Hay otros principios generales del derecho, algunos incluso con rango constitucional, que deben convivir con este eventual principio general de subrogación y que deben ser también ponderados en la valoración de su aplicación.

Si entendiéramos que el principio de subrogación real es absoluto y su aplicación obligada más allá de la previsión expresa de la ley, nos encontraríamos con situaciones rayanas en lo absurdo que nos llevarían a afectar el derecho de propiedad incluso más allá de lo querido por la ley. Veamos una situación puntual: un padre dona a su hijo acciones que cotizan en bolsa. El hijo las liquida y, con el dinero obtenido, adquiere un inmueble. Aun estando casado, por aplicación expresa de la norma, el bien reviste carácter propio. No obstante, incluso los cónyuges de común acuerdo podrían decidir obviar la consignación de dicho carácter, con lo que el bien, frente a los terceros, se comportaría como si fuera ganancial. ¿Sería razonable concluir que ese inmueble está fuera del comercio durante diez años por aplicación del artículo 2458 CCCN?

Sabemos que en algunas familias el Ratón Pérez es poderoso. Juan, de dieciocho años, tiene mentalidad financiera desde pequeño y siempre le ha pedido a su padre que invierta el dinero donado por el Ratón Pérez en la Bolsa. Con un golpe de suerte, ha logrado reunir un dinero importante y, alcanzada su mayoría de edad, adquirir un vehículo pequeño. ¿Se verá privado de su derecho a vender el coche durante diez años? ¿Tendremos que profundizar en el estudio de la naturaleza jurídica de las entregas de dinero que realiza Pérez? ¿Podremos encuadrarlas en compraventa con el fin de salvar la transferencia del coche? Cuando las conclusiones alcanzadas por la aplicación estricta y fundamentalista de una teoría arrojan resultados insólitos, algo está mal en la forma en que estamos analizando el problema. El derecho no puede estar reñido con el sentido común.

El artículo 2458 CCCN, al establecer una acción reivindicatoria aun en contra de terceros subadquirentes respecto de bienes registrables, **toma la decisión de hacer prevalecer el derecho de los legitimarios frente al derecho de libre circulación de los bienes y de propiedad para un supuesto que debe ser entendido de manera estricta, ni restrictiva ni amplia.** Lo dispuesto se aplica para el caso particularmente legislado y no debe ser trasladado, sin norma expresa que así lo establezca, a supuestos no previstos expresamente, por cuanto se trata de una decisión legislativa puntual que resuelve la colisión de otros principios generales del derecho de gran envergadura, como el mismísimo derecho de propiedad constitucionalmente protegido. **Si el legislador hubiese querido que toda clase de bienes se viera alcanzada por el efecto reipersecutorio en cabeza de los subadquirentes, así lo habría establecido.**

Por otra parte, aun cuando se aceptara la aplicabilidad del “virus” de la subrogación para todo supuesto, si en el resto de los supuestos es derogable por las partes, no vemos por qué no lo sería en el que analizamos. Pero, más aún, debemos volver a la definición primigenia para entender su alcance: una cosa ocupa el lugar que otra tenía. En el caso del dinero: un inmueble ocupa el lugar del dinero que había sido donado. Es decir, al inmueble se le aplicaría en ese caso la misma normativa que le correspondía al dinero, no al revés. **Consecuentemente, aun si se entendiera que opera la subrogación real, el**

inmueble, al ocupar el lugar del bien no registrable, adquiriría las condiciones de este. Y ello siempre que obviásemos las consideraciones doctrinarias respecto a que debe estar expresamente prevista la subrogación y que no puede afectar la condición física del bien.

3.3. Subrogación real vs. simulación

Hay un fallo emblemático de Cámara, del año 1976, dictado ni más ni menos que por los doctores Alterini, Belluscio y Cifuentes,¹² que a partir de una lectura poco profunda desbarataría nuestra teoría por el solo hecho de que tres grandes juristas concluyeron que la donación de un dinero suponía la donación de un inmueble. Así consignado, nuestros argumentos caerían en el abismo. No obstante, analicemos el supuesto de hecho y de derecho allí planteado.

Se trataba de una relación afectiva de pareja en donde el caballero había sido siempre quien aportara los medios económicos de sostenimiento del hogar mientras que la mujer se había dedicado a la crianza de las hijas en común. Tras años de relación, acaece la ruptura en términos muy conflictivos, adoptando la mujer decisiones duramente criticadas por los juzgadores. El caballero plantea la revocación de una “donación” realizada a la mujer por ingratitud de esta. La “donación” que se atacaba era el pago de un departamento por parte de él, habiéndolo “puesto a nombre de ella”.

Belluscio señala en su voto:

... el juez de 1ª instancia ha dado por acreditado que todos los pagos correspondientes al precio de compra del departamento de [...] adquirido a nombre de la actora fueron hechos por el demandado [...] la conclusión del sentenciante –de primera instancia– no fue la de que el demandado entregó a la actora el dinero para la compra sino la de que él mismo hizo los pagos [...] **pues de lo informado por el vendedor se desprende que estaba en conocimiento de que el precio no era pagado por quien aparecía como compradora sino por el reconviniente.**¹³

Sigue su voto:

... en tales casos no se presenta en realidad una donación del dinero empleado en la realización de la compra sino directamente una donación de la cosa comprada, encubierta mediante la compra efectuada a nombre del donatario pero empleando dinero del donante [...] **en la puesta a nombre de otro se suprime el intermediario y se oculta el negocio de transmisión...**¹⁴

Tras explicar el juzgador que la determinación de si se trata de donación de dinero o donación de la cosa “tiene relevancia para el supuesto de revocación de la donación por ingratitud del donatario, **porque en tal caso debe establecerse si lo que se debe restituir es el dinero o la cosa**”¹⁵, y tras analizar la jurisprudencia extranjera, agrega:

12. CNCiv., Sala C, 12/7/1976, “R. de T., M. T. del R. c/ T., J. A.” (*La Ley*, t. 1976-D, p. 414).

13. Ídem, pp. 415-416.

14. Ídem, p. 417.

15. Ídem.

En general, la jurisprudencia francesa se inclina por presumir que la compra hecha por el donante a nombre del donatario constituye una donación encubierta **si de las circunstancias del caso no resulta la descomposición del acto en una donación del dinero seguida de la compra** o bien el pago por el donante de la deuda del comprador [...] **La indivisibilidad de la operación, considerada en conjunto como una donación encubierta, conduce a considerar que la donación es del bien adquirido, que se supone adquirido directamente del donante.** Ese resultado es equitativo en las relaciones entre las partes, si la donación es revocada o anulada, en tiempos de depreciación de la moneda...¹⁶

De los comentarios transcritos se desprenden cuestiones de sumo interés:

- 1) Por un lado, el análisis no menciona siquiera la subrogación real; es más, ni siquiera entra a considerar la aplicabilidad de la misma, sino que **se basa en la existencia o no de una ocultación que eventualmente puede ser considerada simulación**, mediante la cual se pretende obviar un paso (la compra por el donante para luego donar el inmueble), y **tiene como presupuesto precisamente el que no pueda desdoblarse el acto jurídico de donación del dinero con el de compra** que realiza el que adquiere el bien “puesto a su nombre”.
- 2) Por otro lado, el **escenario** en el que se desarrolla la discusión, incluso el alcance de la sentencia, **se encuentra delimitado en el ámbito de donante y donatario**. No se analiza en absoluto la situación en la que el inmueble ha sido transmitido a un tercer adquirente, y todo se resuelve en la posibilidad o no de revocar la donación por ingratitud pero mientras el bien se halla en poder del donatario. El ámbito del artículo 2458 CCCN es el de la reivindicabilidad de los bienes en el caso de transmisión a terceros. Tanto es así que el voto del Dr. Alterini recuerda que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1866 CCIV, se establecía que “la revocación de la donación por causa de ingratitud, no tiene efecto contra terceros por las enajenaciones hechas por el donatario”. Igual solución contempla el código vigente con el juego de los artículos 1570, 1573 y concordantes.
- 3) Finalmente, no debemos olvidar que se trata de un análisis puntual, ante un hecho concreto, en el que los jueces en cumplimiento de sus funciones deben impartir, fundamentalmente, justicia.

Comenta el Dr. Alterini al analizar el voto del Dr. Belluscio, y completándolo además con doctrina y jurisprudencia española, que se trata, en el caso, de que

... a través de la compra aparente por la demandada del inmueble al tercero **se ha encubierto una donación del actor hacia ella, que en verdad no es del dinero empleado en la compra, sino de la cosa inmueble objeto de la compraventa.**¹⁷

Debe restituirse el bien y no el dinero

... siempre que la adquisición haya sido hecha por el donante con dinero propio en nombre del donatario o haya sido hecha por voluntad del donante, estipular el donatario con dinero del que a tal fin se le proveyó [...] Por ello, me parece acertado encuadrar la modalidad negocial motivo de autos dentro de la figura de “la puesta de un bien a nombre de otro”, ya

16. Ídem, pp. 417-418.

17. Ídem, p. 421

que en ella “se suprime el intermediario y se oculta el negocio de transmisión, haciendo que aparezca el beneficiario como titular originario o inmediato”...¹⁸

Para Cifuentes, en todo caso, se trata de una simulación.¹⁹

Con los elementos aportados, vemos que **no se trata aquí de entender que existe subrogación real (ni mucho menos) cuando se dona dinero para la compra de un inmueble entre el dinero y el inmueble, y mucho menos que, por obra y gracia de algún precepto normativo meramente inferido, se le adjudiquen al dinero los caracteres del inmueble en tanto bien registrable**. El supuesto analizado en el fallo es un caso de simulación en el que, de conformidad con lo hoy previsto en los artículos 333 a 337 y concordantes del CCCN, en consonancia con el criterio sostenido antes de la reforma del Código, **el acto debe contener cláusulas no sinceras**, se debe esconder una realidad diferente a la que se expone.

Como tal, la simulación puede ser lícita o ilícita. Descontamos que en la eventual donación de dinero de un padre a un hijo para que pueda comprar un inmueble que por sus propios medios tal vez no pueda adquirir, no nos hallamos ante una ocultación de verdad ni ante “la puesta a nombre de otro” del inmueble. Es el simple hecho, así exteriorizado, sin engaño alguno, de pretender ayudar a un hijo o a un tercero con dinero, con el fin de que pueda alcanzar cierta seguridad patrimonial con la compra de un inmueble. Es un escenario claro, preciso, sin ocultaciones. Es más, aun cuando faltando a la verdad quisiéramos sostener que en realidad se quiso donar el inmueble, la simulación sería lícita y, por tanto, solo oponible entre donante y donatario; **nunca podría alcanzar a subadquirentes de buena fe**.

En nuestra opinión, no es aplicable la subrogación real para ampliar el alcance de los efectos reipersecutorios a los bienes adquiridos con dinero donado por cuanto la subrogación no está legalmente prevista y, aun cuando se entendiera que este principio debe aplicarse en forma automática, ni puede volver bien registrable a un bien que no lo es (no puede alterar las características físicas del bien), ni puede trasladar la subrogación al nuevo bien, sino que, eventualmente, atraerá al objeto adquirido con dicho dinero a la posición del dinero donado.

3.4. Donación dineraria con condición o cargo de destinar el dinero a la adquisición de un bien registrable

El artículo 385 CCCN dispone: “Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero”. Hay quienes consideran que si la donación dineraria no indica que el dinero debe utilizarse para la compra de un inmueble, debe dársele el tratamiento de bien no registrable y que su posterior imputación a la compra de aquel no determinaría la aplicación del artículo 2458 CCCN. No obstante, si la donación dineraria prevé que el dinero deberá ser utilizado para la compra de un bien registrable

18. *Ibidem*.

19. *Ídem*, pp. 423 y ss.

como condición o cargo, ello podría determinar que nos encontremos ante un acto indirecto y, en ese sentido, el bien adquirido con el dinero sería pasible de ser reivindicado durante el plazo de diez años.

Nosotros consideramos que tampoco en este caso podemos aplicarle al dinero los efectos reipersecutorios propios de la donación de bienes registrables ya que son aplicables a esta situación los mismos criterios ya expuestos y no nos encontramos ante un acto indirecto. Como indica el artículo 385, para que el acto jurídico no sea válido deben darse tres condiciones: a) se debe querer obtener los efectos de otro acto; b) debe pretenderse eludir una prohibición legal; c) debe existir perjuicio a terceros.

¿Por qué se daría el primer presupuesto? Si se dona dinero a una persona, ¿por qué podríamos presumir que en realidad se quiere donar un inmueble? Consideramos que, desde el inicio, al sostener esto estaríamos yendo más allá de la voluntad no solo exteriorizada sino querida del donante. Es cierto que, por ejemplo, en el caso de un padre que dona dinero a su hijo para que compre su vivienda, lo que busca el donante es que el hijo pueda adquirir su techo. ¿Quiere decir eso que lo que pretende es donarle el inmueble? Entendemos que no. Lo que pretende es facilitarle los medios para que el hijo lo adquiera.

¿Hay interés de eludir una prohibición legal? Tampoco vemos que se dé en el caso este supuesto. No hay prohibición legal de donar el dinero ni el inmueble. Hay consecuencias en un caso y en otro, pero fundamentalmente lo que no puede el padre es donar un bien que no tiene en su patrimonio al momento de la donación. **La donación debe, bajo pena de nulidad, recaer sobre bienes que se encuentran en el patrimonio del donante al momento de la donación. Si la persona que dona el dinero no es la propietaria del inmueble a adquirir con el mismo, mal podría haber donado el inmueble que en todo caso, al momento de la donación dineraria, es ajeno.** El artículo 1551 CCCN expresamente establece que “la donación no puede tener por objeto [...] cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar”.

Distinto sería el caso en que una persona done dinero para que el donatario le compre al propio donante vendedor un inmueble. En este supuesto puntual, no se trata de la aplicación del principio de subrogación real sino de un fraude evidente de ley, alcanzado por lo dispuesto en el artículo 12 CCCN al señalar que

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

En la situación planteada sí estamos en un caso de simulación clara y negocio indirecto.

Finalmente, en cuanto al perjuicio a terceros, este no puede presumirse por el hecho de que una persona done un dinero estableciendo que el mismo debe utilizarse para la adquisición de un bien registrable. El legitimario, en su caso, podrá reclamar lo mismo que podría haber exigido antes de la donación: dinero, no el bien adquirido con él. No hay razón para presumir de antemano un perjuicio y, por interpretación legal, posicionar al legitimario en mejor situación de la que tenía antes de la donación dineraria, habilitándolo a reivindicar incluso de subadquirentes un bien registrable al que no tenía derecho desde un principio.

En definitiva, consideramos que la donación dineraria ni aun en el supuesto en que la misma se realice con la condición o cargo de adquirir un bien registrable daría lugar a acción reipersecutoria sobre el bien adquirido con el dinero, por cuanto: a) no se busca otorgar un acto distinto al otorgado en tanto no puede donarse un bien que se encuentra fuera del patrimonio; b) no existe prohibición legal que se eluda; y c) no se puede presumir un perjuicio a tercero y mucho menos, por vía de interpretación, posicionar a éste en mejor situación que la que tenía antes de la donación.

3.5. Ausencia de normativa que permita mutar el objeto de la donación al momento de habilitar la acción de reipersecución

A la luz de los anteriores argumentos expuestos, cabe hacer hincapié en un aspecto que consideramos importante: si el legislador estableció que ante la donación de un bien registrable, podría reivindicarse el mismo de manos del donatario y/o del tercer adquirente a título oneroso, respetándose en este caso el objeto de la donación, es decir, el bien registrable, ¿por qué si el objeto de la donación es el dinero, habría derecho a reivindicar un objeto diferente, en este caso un inmueble, por ejemplo?, ¿cuál sería la norma que habilitaría tal mutación de objeto sin estar expresamente prevista?

4. Cesión de herencia a título gratuito

Señala Palacios que

... la doctrina es conteste en considerar a la cesión de herencia como un contrato, por el cual una persona –el cedente- transmite a otra –el cesionario- el todo o una parte alícuota de una universalidad y por tanto los derechos y obligaciones comprendidos en ella que le corresponden como heredero.²⁰

Aclara más adelante la misma autora, al hacer referencia al objeto de la cesión de derechos hereditarios o cesión de herencia, que

La doctrina y jurisprudencia son coincidentes en considerar que el objeto de la cesión de herencia lo constituye una universalidad consistente en el conjunto de relaciones jurídicas (derechos en su faz activa y pasiva) adquiridos por el cedente del causante en razón de su fallecimiento o presunción de fallecimientos, y que son tratadas por el derecho como una unidad, como un todo, sin consideración a los objetos particulares que lo componen.²¹

Como universalidad de derecho,

... es un conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a un sujeto, que es tratado por el derecho como una unidad, y dentro del cual se aplican principios como el de subrogación real y el de delimitación y no confusión con otras universalidades.²²

20. PALACIOS, María C., [comentario al art. 2302], 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. 976.

21. Ídem, p. 982.

22. Ídem, p. 983.

Tenemos así claramente delimitado el objeto de los derechos hereditarios, universalidad, y de su cesión. Siempre nos referimos a una universalidad que, además, **no es registrable**. Por lo tanto, en ningún caso podríamos sostener que nos encontramos ante el “bien registrable” al que se refiere el artículo 2458 CCCN para aceptar su persecución en cabeza del subadquirente.

Ahora bien, el comentario transcrito se refiere a subrogación real. ¿Y cuál podría ser ella? Desde luego es la expresamente legislada en el artículo 2304 CCCN. Indica la misma autora:

Como se dijo en el comentario al art. 2302, al tratar sobre el objeto y la causa fin de este contrato, el objeto es la universalidad –o una parte alícuota de ella- que corresponde al cedente como heredero, y su finalidad consiste en que el cesionario suceda al cedente en todas las relaciones jurídicas que componen la universalidad cedida, y se subrogue en ellas en la misma posición que le hubiera correspondido al heredero [...] el cesionario es, pues, un sucesor universal...²³

Se prevé en el artículo 2304 CCCN que si el cedente, antes de la cesión, transfirió un bien del acervo hereditario y lo hizo a título oneroso, por aplicación del principio de subrogación real lo que integra a partir de ese momento la herencia es el precio, o el bien que entró en reemplazo, y eso es lo que le corresponde al cesionario. Nos encontramos aquí nuevamente con la **aplicación directa del principio de subrogación ante su previsión expresa en la norma**, aunque supletoria según señala la misma autora: “todo lo que hasta aquí analizamos es sin perjuicio de que las partes puedan pactar algo distinto, pues se trata –reiteramos- de normas supletorias”.²⁴

De lo expuesto hasta aquí, y en especial respecto de la cesión de derechos hereditarios, podemos concluir que:

- El objeto de la cesión de derechos hereditarios es, sin duda, el todo o parte de una universalidad. Como tal, **no se trata de un bien registrable**.
- Se aplica a su respecto, en tanto en cuanto las partes no lo hayan derogado, el principio general de subrogación real que admite pacto en contrario.
- En todo caso, **la subrogación real respecto de bienes que conforman el acervo hereditario y, por tanto, la universalidad se incorpora, en reemplazo del bien dispuesto, a la misma universalidad y se mantiene dentro de ella**. Es decir, **la subrogación no desvirtúa el carácter de derecho, perteneciente a una universalidad y no registral, de un bien por otro**.

Tal vez alguien podría entender que, dado que la cesión de derechos hereditarios puede tener acceso al registro de anotaciones personales vinculado al registro de la propiedad inmueble, se trata en definitiva de un bien registrable. Debe señalarse al respecto que, más allá de tratarse de una anotación voluntaria y no alcanzar el carácter de inscripción sino, como decimos, de una simple anotación, no se refiere al objeto de la cesión sino al causante cuyos derechos se ceden. Es decir, **la anotación registral no recae en el**

23. PALACIOS, María C., [comentario al art. 2304], 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. 1008.

24. Ídem, p. 1011.

objeto sino en el sujeto, elemento que a todas luces excluye a estas cesiones como bien registrable. Así las cosas, consideramos que, sin lugar a dudas, las cesiones de derechos hereditarios a título gratuito no están comprendidas en el régimen de observabilidad establecido por los artículos 2458 y 2459 CCCN.

Distinto es el caso, a nuestro criterio, de la cesión sobre bienes determinados. Precisamente, por aplicación de los conceptos que hemos expuesto a lo largo de nuestras reflexiones y de conformidad a lo expresamente previsto en el artículo 2309 CCCN, en que se establece que dichas cesiones no se rigen por la normativa propia de la cesión de herencia, consideramos que sustraer del carácter de bien registrable la cesión de un bien registrable determinado y pretender así no aplicar a su respecto el artículo 2458 CCCN supondría, como mínimo, una simulación, y, ante ella, el ordenamiento jurídico deberá aplicar la norma correspondiente desentrañando el acto sincero soslayado.

5. Conclusión

- La acción de reducción, como mecanismo legalmente previsto para la protección de la legítima hereditaria, tiene efectos reipersecutorios que le son inherentes y que operan, en el caso de las donaciones, entre donante y donatario. No obstante, el legislador ha decidido que, cuando se trata de bienes registrables (teniendo en cuenta un inveterado criterio que los considera tal vez prejuiciosamente como bienes de especial valor económico), aun el tercer adquirente deberá soportar la acción reipersecutoria contra su patrimonio, por el plazo de diez años desde la donación o cinco años desde el fallecimiento del donante.
- Lo dispuesto en el artículo 2458 CCCN constituye una excepción a la regla de la acción de reducción y, como tal, debe ser interpretada en términos estrictos. La misma será aplicable a los supuestos allí contemplados.
- Desde nuestro lugar de juristas asesores y hacedores de documentos en el marco de la seguridad jurídica que debe guiarnos en nuestra actuación, no podemos, por temores infundados, aceptar interpretaciones contrarias a la norma que, además, afectan el derecho constitucional de propiedad de los ciudadanos además del derecho, ni más ni menos, a la libertad de decidir y actuar en el marco de lo no prohibido. Es así que mal podemos coadyuvar a tergiversar la letra expresa de la ley con interpretaciones ya no estrictas sino restrictivas de los derechos de los ciudadanos, a quienes les debemos la aplicación justa y precisa de la ley como respuesta a sus inquietudes y deseos.
- El principio de subrogación real debe estar expresamente dispuesto por la ley para que deba ser aplicado. No se trata de un principio absoluto ni automático por cuanto debe asumirse en armonía con la aplicación de otros derechos de igual o mayor jerarquía. No obstante, aun cuando pudiera interpretarse que en determinados supuestos, ante lo no previsto, corresponde su aplicación, el mismo supone: a) atraer hacia la condición del primer objeto subrogado el carácter del segundo; b) la imposibilidad de afectar el carácter y condición física de un bien adjudicándole consideraciones propias de otros bienes; y c) su sujeción a la autonomía de la

voluntad de las partes para decidir que, en el caso particular, no será aplicado, más aún si no ha sido expresamente impuesto.

- Como consecuencia de todo lo anterior, consideramos que, en ningún caso podría aplicarse la extensión de efectos reipersecutorios establecida en el artículo 2458 CCCN a bienes que, al momento de la donación, no constituyan bienes registrables. La donación de acciones, de dinero o la cesión de derechos hereditarios a título gratuito no están alcanzadas por dicha norma y, por tanto, tales bienes no pueden ser perseguidos en cabeza de terceros adquirentes. Los títulos que tengan como antecedente tales transmisiones gratuitas, en modo alguno son observables.

6. Bibliografía

- AGUILAR, Rosana I. y FLAH, Lily R., “Protección de la vivienda”, en Kiper, Claudio M. (dir.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- BOSSERT, Gustavo A. y FASSI, Santiago C., *Sociedad conyugal. Comentario de los artículos 1217 a 1275 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1977
- CAMPANELLA, Florencia G. y LAMBABURU, Marcelo, [comentario al art. 2452], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs. gales.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- CAUSSE, Federico, “Derechos reales de garantía”, en Kiper, Claudio M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- DI CASTELNUOVO, Gastón R. (y Di Castelnuovo, Francisco [colab.]), [comentario al art. 2452], 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.
- FERRER, Francisco A. M., [comentario al art. 2452], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegetico*, t. 11, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Alfonso, “Acciones-título valor. Acción reivindicatoria”, Buenos Aires, [s. e.], 2017 (trabajo presentado en la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires [Buenos Aires, 2017]).

6.1. Bibliografía complementaria

- ACCIARRESI, Selmar J., “La legítima en el derecho sucesorio argentino”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento “Actualidad”, 15/5/2012, y en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 22/8/2012.
- ARMELLA, Cristina N., “El contrato de donación y sus vicisitudes en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular”, abril 2015.
- CAMAROTA, Nora, “El contrato de donación en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 18/1/2017 (t. 2017-1).
- ETCHEGARAY, Natalio P., “Posibilidad actual de aceptar ofertas de donación si el donante falleció durante la vigencia del Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 25/7/2016 (t. 2016-D).
- LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- MEDINA, Graciela, “Prescripción en el derecho sucesorio. Acción de reducción y colación”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. 1999-22.
- NATALE, Roberto M., *La acción de reducción*, Córdoba Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Advocatus, 2008.

La sociedad por acciones simplificada

Tipo ideal para las empresas familiares

Eduardo M. Favier Dubois (h.)

Lucía Spagnolo

RESUMEN

En la sociedad por acciones simplificada (SAS), por su régimen de prelación normativa sobre la Ley 19550, los socios tienen gran libertad para incorporar a sus estatutos las cláusulas relativas a los derechos de los socios y a sus relaciones con la sociedad, con el único límite de no afectar a terceros acreedores. Ello determina que la SAS sea un “tipo ideal” para las empresas familiares en tanto les permite que den fuerza legal a una serie de reglas de su “ADN” al poder incorporar a sus estatutos la prohibición de transferencia de acciones por diez años, la admisión de la autofinanciación y de los honorarios sin dividendos, la gestión y resolución extrajudicial de los conflictos, el mantenimiento en el tiempo de la unidad de la gestión, y las cláusulas de los acuerdos sociales y del “protocolo de empresa familiar” con valor legal y plena oponibilidad.

PALABRAS CLAVE

Empresa familiar, sociedad por acciones simplificada, cláusulas estatutarias, protocolo, libertad contractual, transferencia de acciones, arbitraje.

Fechas de recepción y aceptación

22/3/2018 - 9/4/2018

Sumario: **1.** El ADN de las empresas familiares. **2.** El sistema de la Ley de Sociedades. **2.1.** Dificultades. **2.2.** Alternativas de superación relativa. **3.** La sociedad por acciones simplificada. **3.1.** Ventajas generales que brindan las SAS. **3.2.** Ventajas especiales para una empresa familiar. **4.** Bibliografía.

1. El ADN de las empresas familiares

Las empresas familiares tienen su propio ADN, o sea, una cultura, una forma de ser y de actuar, y ciertas normas no escritas, a cuyo cumplimiento vinculan emocionalmente su funcionamiento y su continuidad en el tiempo:

- *Elenco cerrado de socios:* la empresa familiar no admite que su propiedad pueda pasar a terceros ni a parientes políticos, debiendo quedar siempre en manos de los parientes sanguíneos que trabajen y/o que estén comprometidos con la empresa.
- *Autofinanciación y no reparto de dividendos:* la empresa familiar destina todos sus resultados positivos para su autofinanciamiento, nunca distribuye dividendos y solo retribuye a los familiares que trabajan en ella mediante honorarios y sueldos.

- *Unidad de la gestión*: en la empresa familiar la administración debe mantenerse de modo invariable en el tiempo conforme lo dispuesto por la familia.
- *Acuerdos familiares obligatorios*: en la empresa familiar existen acuerdos no escritos sobre el trabajo de los parientes, uso de bienes sociales, ayudas familiares y demás cuestiones que deben ser respetadas y cumplidas por todos los familiares. Además, en algunos casos, se ha redactado un protocolo de empresa familiar para regular las relaciones entre empresa, familia y propiedad.
- *Solución interna de conflictos*: en la empresa familiar es necesario que los conflictos entre parientes puedan ser gestionados y ventilados en forma privada y extrajudicial, de modo de preservar la unión familiar y la confidencialidad, y que el socio disconforme sea apartado a tiempo para no generar mayores daños.

2. El sistema de la Ley de Sociedades

2.1. Dificultades

Este ADN de las empresas familiares choca con el sistema legal argentino, en particular con las normas de la *Ley General de Sociedades 19550* (LGS), que consideran al socio familiar como si fuera un “inversor externo”. Son normas que impiden prohibir la transferencia de la propiedad a terceros, que no permiten la autofinanciación sino bajo ciertas condiciones, que no permiten honorarios libres si no hay dividendos, que no permiten mantener la unidad de gestión, ya que admiten que cualquier mayoría circunstancial de socios cambie a los administradores, que no reconocen fuerza obligatoria a los acuerdos familiares, que prohíben los actos gratuitos entre la sociedad y los socios, y que remiten cualquier conflicto familiar a los tribunales, donde los procedimientos agravan los problemas y terminan destruyendo a la familia y a la empresa.¹

2.2. Alternativas de superación relativa

Frente al esquema restrictivo para la empresa familiar que presenta la LGS, se han arbitrado algunas soluciones, dentro de las posibilidades que da dicha ley y dentro de las que brinda el Código Civil y Comercial (CCCN), de modo de reducir las restricciones y aumentar la compatibilidad, las que analizaremos a continuación.

Una de ellas es la elección del tipo social entre la SRL y la SA,² que en general están compensadas y cuya clave radica en la estructuración interna que se establezca más allá del tipo social elegido, destacándose que la SA presenta algunas ventajas al permitir mayores formalizaciones pero, al mismo tiempo, carece de la posibilidad de garantizar la estabilidad del administrador frente al principio mayoritario, que sí tiene la SRL.³ A su

1. Ver FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.) y SPAGNOLO, Lucía, *Doce trampas legales para las empresas familiares. Reglas para evitar que aparezca el “licántropo”*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.

2. No se descarta como opción a la sociedad en comandita por acciones; sin embargo, la responsabilidad ilimitada del socio solidario y la poco clara estructuración legal del tipo la hacen difícilmente aconsejable.

3. Según el maestro Julio Otaegui, solo en la SA del art. 299 LGS existiría orden público societario, por lo que tanto la SRL como la SA cerrada serían aptas para la empresa familiar.

vez, la SRL aparece mejor preparada para resistir los conflictos internos⁴ mientras que la SA está mejor capacitada para crecer y actuar en el exterior.⁵ Otra alternativa es la inserción de cláusulas especiales en los estatutos de las SA y/o SRL que pueden ser consistentes con la empresa familiar y/o con el protocolo familiar, como limitaciones a las transferencias de partes sociales, clases de acciones por rama familiar, mecanismos para valuar y financiar retiros de socios, etc.⁶

A ellos se suman una serie de **actos jurídicos e instrumentos contractuales** tendientes a superarlas o, al menos, a reducir sus impactos sobre las empresas familiares. Es así que existe, además de las herramientas societarias, todo un repertorio de mecanismos legales, notablemente mejorados por el CCCN, como son los testamentos, pactos de herencia futura, fideicomisos societarios, pactos de socios, matrimonios por separación de bienes, usufructos, donaciones consentidas y seguros de vida, todos para reforzar la validez y el cumplimiento de los pactos sociales.⁷

No obstante, como se señaló, subsisten importantes brechas entre la empresa familiar y el sistema societario de la [Ley 19550](#) con aptitud para generar conflictos e inseguridades.

3. La sociedad por acciones simplificada

Analizada la brecha entre empresa familiar y Ley General de Sociedades 19550, vemos ahora cómo la sanción de la [Ley de Apoyo al Capital Emprendedor 27349](#) (LACE), que creó la sociedad por acciones simplificada (SAS), permite eliminar esa brecha si se aprovechan sus grandes ventajas, lo que la convierte en un tipo ideal.⁸ Ello sobre la base de que en la SAS, por su régimen de prelación normativa sobre la Ley 19550 (art. 33 [LACE](#)), los socios tienen gran libertad para incorporar a sus estatutos las cláusulas relativas a los derechos de los socios y a sus relaciones con la sociedad, con el único límite de no afectar a terceros acreedores.

4. Téngase en cuenta que no está sujeta a fiscalización estatal (arts. 299 y 300 [LGS](#)) y, en consecuencia, el poder del minoritario en conflicto no podrá acrecentarse por la intervención de la autoridad de contralor (denuncias, multas, concurrencia de inspectores, asambleas administrativas, pedidos judiciales de intervención y disolución, etc.). Ver FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.) y SPAGNOLO, Lucía, “Los conflictos societarios en el ámbito de la Inspección General de Justicia”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 269, 2010 (t. XXII), p. 340.

5. SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, “Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares”, en Sánchez Ruiz, Mercedes (coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Navarra, Aranzadi, 2010, p. 44.

6. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “Cláusulas contractuales y pretensiones judiciales en los conflictos societarios en SRL. Estrategias a la luz de la jurisprudencia”, en AA. VV., *Nuevas doctrinas judiciales en materia de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas (FIDAS), 2009, p. 65.

7. Ver FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.) y SPAGNOLO, Lucía, *Once remedios legales para las empresas familiares. Recetas del Código Civil y Comercial y de la Ley General de Sociedades*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

8. Salvo que la sociedad se encuentre incluida en alguna de las situaciones de los incs. 3-6 del art. 299 [LGS](#) y, por ende, no pueda ser una SAS (art. 39 [LACE](#)).

3.1. Ventajas generales que brindan las SAS

La SAS presenta, en general y para cualquier usuario, una serie de ventajas y facilidades comparativas respecto de los otros tipos sociales. Señalamos a continuación las que nos parecen más relevantes:

- No paga tasa anual ni debe presentar sus balances a la autoridad de contralor (IGJ).
- Aunque el capital exceda los \$ 10.000.000 o haga oferta pública de acciones por vía de *crowdfunding*, no está sujeta a las reglas ni a la fiscalización permanente del artículo 299 de la LGS.
- Puede ser unipersonal sin quedar sometida a las reglas ni al control de la autoridad de aplicación (Inspección General de Justicia).
- Puede realizar asambleas sin publicar edictos aunque no sean unánimes.
- Puede optar por tener una gerencia o un directorio, y ser dirigida por un gerente o por un presidente.
- Puede tener acciones con distintos derechos y sin voto, como así reconocer distintos beneficios por iguales aportes y viceversa.
- Puede manejar su contabilidad y su gestión interna por medios totalmente digitales, incorporando la revolución informática a los procesos interiores de la sociedad y a las reuniones de administradores y de socios.
- Como ya se adelantó, tiene gran libertad para incorporar a sus estatutos las cláusulas relativas a los derechos de los socios y a sus relaciones con la sociedad, con el único límite de no afectar a terceros.
- En consecuencia, puede incorporar al pacto de socios o convenio de sindicación de acciones a las cláusulas del estatuto y darle carácter de obligatorio y oponible, incluyendo las cláusulas “*tag alone*” y “*drag alone*” y el propio “plan de empresa”.

3.2. Ventajas especiales para una empresa familiar

Corresponde ahora señalar algunas ventajas adicionales que la empresa familiar podrá obtener si se constituye como SAS o si se transforma en SAS abandonando su tipo societario actual. Estas ventajas son congruentes con el ADN de las empresas familiares y apuntarán directamente a su fortalecimiento y continuación en el tiempo.

3.2.1. Prohibición de transferencia de acciones por diez años (art. 48) y otras limitaciones

Entendemos que la prohibición, en la medida en que esté expresamente incorporada a los estatutos e inscripta en el registro público de comercio, es oponible a terceros, y, en consecuencia, no podrán ingresar a la sociedad por diez años, ni aún en caso de muerte, divorcio o remate, siendo sus derechos similares a los de los acreedores del socio en la sociedad colectiva (art. 57, primer párrafo, LGS) pero solo durante el plazo pactado, produciéndose el ingreso con posterioridad.

Ahora bien, el estatuto puede incorporar al mismo tiempo el derecho de preferencia para una vez vencidos los diez años, fortaleciendo el impedimento del ingreso

de socios no deseados. También el estatuto podrá disponer condiciones para ser socio, como por ejemplo ser descendiente sanguíneo del fundador, limitación que se justifica mientras se trate de una empresa familiar. Es muy importante, frente a la prohibición de transferencia, que el estatuto prevea la autorización para la salida voluntaria de socios bajo ciertas condiciones financieras.

En cuanto al mantenimiento del poder del *pater* en los casos de donaciones de acciones a sus hijos, podrá hacerse con reserva de usufructo a favor del donante, quien podrá retener, inclusive, todos los derechos políticos como derivación de la gran flexibilidad estatutaria de la SAS.

Finalmente, es posible incorporar una cláusula de exclusión del socio que permita separar al familiar en conflicto aplicando el artículo 90 LGS a la SAS, reglamentando los casos de justa causa vinculándolos al funcionamiento de la empresa familiar.

3.2.2. Incorporación estatutaria del régimen de autofinanciación y de retribuciones

Ello exige establecer en los estatutos cuáles serán los criterios para disponer de los resultados, sea por vía de reservas, de aumentos de capital o de distribución, pudiéndose tener en cuenta, al respecto, las relaciones entre activos corrientes y pasivos corrientes. También será importante dejar establecidas las pautas para los honorarios de directores y gerentes y para las demás retribuciones.

3.2.3. Gestión y solución amigable de conflictos. El arbitraje (art. 57)

La LACE expresamente prevé la posibilidad de gestionar y resolver las controversias por medios extrajudiciales en normativa que, al ser posterior al CCCN, no se ve afectada por el límite de su artículo 1661, inciso b), aun cuando el estatuto de la SAS pueda considerarse un contrato por adhesión frente a un nuevo socio que se incorpora. También pueden reglamentarse las impugnaciones a las decisiones sociales en forma diversa a la del artículo 251 de la LGS, estableciendo otros plazos y otras consecuencias y remitiéndolas a un tribunal arbitral. Igualmente, puede reglamentarse el derecho de información del socio, para que no obstaculice el funcionamiento social, como así admitirse expresamente la aprobación de la propia gestión con efectos intrasocietarios y sin que afecte la situación de terceros.

Un tema fundamental es el del “empate” en empresas familiares donde hay dos ramas con el 50% cada una. Para ello, son fundamentales las cláusulas que incorporan mecanismos de desempate, sea en el órgano de administración o en el órgano de gobierno.⁹

3.2.4. Mantenimiento de la unidad en la gestión

La SAS permite incorporar cláusulas que posibiliten mantener la administración de la sociedad conforme a los intereses familiares. En cuanto a la persona del administrador,

9. Ver FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p.), “Las sociedades al cincuenta por ciento: empate, paralización y liquidación. Instrumentos y acciones legales de prevención o superación”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 306, 2013, (t. XXV), p. 451.

sin perjuicio de exigir que sea una persona humana, la LACE permite que el estatuto fije libremente la duración de los cargos de los administradores, lo que posibilita que sean elegidos sin plazo de terminación, o que se establezca un sistema de suplencias, o que se prevea que al cesar una persona (p. ej., el padre) se determinará otra como administradora (p. ej., uno de los hijos). También el estatuto puede establecer las condiciones requeridas para ser administrador, imponiendo la pertenencia a la familia o a una rama familiar.

En lo que se refiere a los órganos de la administración, la ley permite elegir libremente su nombre y funcionamiento. Es así que la SAS familiar podrá tener gerencia o directorio y ser dirigida por un gerente, presidente o lisa y llanamente un administrador, reglamentando libremente la organización cuando se trate de un órgano colegiado, donde puede ser muy importante establecer funciones diferenciadas. También podrá denominar al órgano de administración como “Consejo de administración” o de cualquier otra forma.

En materia de remoción, puede pactarse que no pueda hacerse por mayoría sino que requiera justa causa, lo que garantiza al administrador frente a las decisiones circunstanciales. También podrá asegurarse la no remoción por mayoría del administrador mediante algún sistema de acciones con voto plural o de clases de acciones o de veto del fundador.

Adicionalmente, puede incorporarse algún órgano con un carácter consultivo o con derecho de veto, como puede ser el “Consejo de Familia”, propio de las estructuras familiares.

3.2.5. Incorporación de acuerdos sociales con carácter obligatorio

Dada la flexibilidad estatutaria y el principio de libertad, es posible que el estatuto de la SAS incorpore diversas cláusulas del protocolo de la empresa familiar y, de tal modo, las mismas se hagan obligatorias para los socios y oponible a los terceros, mientras no vulneren la normativa de la SAS.

Como una opción de menor fuerza, pero que puede interesar por la confidencialidad, puede incorporarse, en lugar de cláusulas de protocolo, la obligación de suscribirlo. Cabe recordar al respecto que el régimen legal de las SA expresamente admite la posibilidad de prestaciones accesorias, con sus características de potestativas, admisibles en toda sociedad regular, no integrantes del capital, fundadas en el contrato social, con objeto preciso que veda las prestaciones dinerarias y con una naturaleza jurídica que se ha definido como de “cuasi aportes”.¹⁰ De tal suerte, el ingreso de nuevos socios, por vía de transmisión entre vivos o por causa de muerte, los obligará a cumplir con la suscripción del protocolo y, por ende, los sujetará a las normas del mismo.¹¹

Finalmente, cuando no hay protocolo, otros acuerdos familiares pueden ser incorporados a los estatutos de la SAS, por ejemplo las reglas para el trabajo de familiares

10. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p.), “Las prestaciones accesorias. Perspectiva, actualidad y prospección de un valioso instituto”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, t. 1991-B, p. 90.

11. DIEZ SOTO, Carlos M., “El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica”, en Sánchez Ruiz, Mercedes (coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Navarra, Aranzadi, 2010, p. 181.

en la empresa, el uso por los familiares de los bienes sociales y los préstamos o ayudas familiares, materias que siempre plantean importantes conflictos.

4. Bibliografía

- DIEZ SOTO, Carlos M., “El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica”, en Sánchez Ruiz, Mercedes (coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Navarra, Aranzadi, 2010.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “Cláusulas contractuales y pretensiones judiciales en los conflictos societarios en SRL. Estrategias a la luz de la jurisprudencia”, en AA. VV., *Nuevas doctrinas judiciales en materia de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas (FIDAS), 2009.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p.), “Las sociedades al cincuenta por ciento: empate, paralización y liquidación. Instrumentos y acciones legales de prevención o superación”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 306, 2013 (t. XXV).
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.) y SPAGNOLO, Lucía, “Los conflictos societarios en el ámbito de la Inspección General de Justicia”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, N° 269, 2010 (t. XXII).
- *Doce trampas legales para las empresas familiares. Reglas para evitar que aparezca el “licántropo”*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.
- *Once remedios legales para las empresas familiares*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2017.
- FAVIER DUBOIS, EDUARDO M. (p.), “Las prestaciones accesorias. Perspectiva, actualidad y prospección de un valioso instituto”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, N° 16, año 24, t. 1991-B.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, “Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares”, en Sánchez Ruiz, Mercedes (coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Navarra, Aranzadi, 2010.

El anatocismo en el régimen del Código Civil y Comercial

Fulvio G. Santarelli

RESUMEN

Análisis de la figura del anatocismo. Distinción entre anatocismo como procedimiento de devengamiento de intereses y lo que habitualmente se denomina acumulación. Breve evolución histórica de la figura, desde el derecho romano, pasando por el derecho francés y el Código de Napoleón, hasta la regulación en la Argentina. Su régimen legal actual, en el marco del nuevo Código Civil y Comercial.

PALABRAS CLAVE

Anatocismo, intereses, devengamiento, capitalización, liquidación de deuda.

Fechas de recepción y aceptación

18/4/2018 - 20/4/2018

Sumario: **1.** Una idea preliminar. **2.** Una breve evolución del anatocismo. **3.** El anatocismo en el Código Civil y Comercial. **3.1.** Del pacto de anatocismo. **3.2.** El anatocismo de fuente legal. **3.3.** Carácter del artículo 770 del Código Civil y Comercial. **3.4.** ¿Qué tipo de intereses son capitalizables? **4.** Bibliografía.

1. Una idea preliminar

El anatocismo se vincula con el interés; más concretamente, se trata de un modo de devengamiento del interés y su anexión o incorporación al capital con potencialidad de generar nuevos intereses sobre la suma. Conviene distinguir al anatocismo como procedimiento de devengamiento de intereses, que periódicamente se va incorporando al capital para constituir la base de cálculo de otros nuevos intereses, de lo que habitualmente se denomina acumulación, que tiene que ver con la posibilidad de adicionar distintos tipos de intereses, siendo la más común la referida a los retributivos o compensatorios con los moratorios.¹ Es sabido que la cuestión de los intereses suscita un histórico control de su medida; en lo sucesivo, el foco se pondrá en el anatocismo y su régimen legal actual.

La raíz de las miradas restrictivas a la procedencia del anatocismo proviene de un concepto básico: el interés es el precio que se paga por el uso del capital ajeno. Es el fruto civil por excelencia. De permitirse su acumulación al capital, se estaría posibilitando “el precio del precio”, habría una generación de renta sobre la renta misma, y ya no del ca-

1. Ver arts. 767 y 768 CCCN. Dicho sea de paso, la acumulabilidad de ambas fuentes de intereses es procedente, sin perjuicio del eventual control judicial sobre su medida.

pital –de hecho, *anatocismo* en griego significa “sobre el fruto”–; metodológicamente se estaría potenciando un exceso en el precio del capital. De allí que el punto de partida de las legislaciones decimonónicas civiles haya sido su prohibición, admitiendo excepciones. He aquí un aspecto de la cuestión.

De otro lado, la modernidad por la que transitó el siglo XX y la posmodernidad que recorre la actual centuria refieren a la aceleración de los tiempos, y el capital está estrechamente vinculado. La tasa, como medida del interés, se compone de capital y tiempo –lo manda la lógica matemática–, el reintegro del capital permite nuevos giros, la circulación genera efectos multiplicativos. En este entorno, la autorización a la capitalización de los intereses es funcional a la circulación del capital, lo que explica que la veda se haya flexibilizado al punto de poner en duda si es un principio o excepción.

2. Una breve evolución del anatocismo

Se relata que en Roma, durante los tres primeros siglos, no existió regulación alguna acerca de la tasa de interés (*usura*²), cuestión que se volvió relevante habida cuenta de los elevados intereses que se pactaban y que llegó a provocar una sedición en el año 260.³ Como consecuencia de ello, se pasó de prohibir el interés a limitarlo en su tasa.⁴ Empero lo relevante aquí es que fue Cicerón quien permitió el sistema de uso griego de devengamiento mensual del interés,⁵ para el que se utilizaba el sistema de las “calendas griegas”, de modo tal que la práctica de unir periódicamente el interés al capital se extendió.

El anatocismo primero fue limitado y luego prohibido. Para tal tesitura se conjugaron dos razones: por un lado, el resultado ruinoso que arroja el método de capitalización; por otro, la elegancia jurídica, que parecía chocar con la idea de que un accesorio, como lo es el interés, origine otro “*accessio accessionis non datur*”.⁶ La primera limitación del anatocismo consistió en que solo precedía la capitalización al año de la deuda, *anatocismus anniversarius* de los intereses impagos. El anatocismo siguió la zigzagueante trayectoria del interés en la legislación. Lo cierto es que estas ideas se arrimaron a la **codificación napoleónica** en términos precavidos:

Si es necesario que el dinero tenga un precio, también es necesario que este precio sea poco considerable. El interés moderado del dinero alienta todas las empresas útiles...⁷

2. En la actualidad, *usura* significa, según el diccionario de la Real Academia Española: “1. f. Interés excesivo en un préstamo. 2. f. Ganancia, fruto, utilidad o aumento que se saca de algo, especialmente cuando es excesivo. 3. f. Interés ilícito que se llevaba por el dinero o el género en el contrato de mutuo o préstamo. 4. f. Deterioro o desgaste. *Mostraba las huellas de la usura del tiempo*”. Sin embargo, en Roma, *usura* es el nombre del precio por el uso, sin aludir necesariamente al componente excesivo o ilícito. Es más, el nombre de *interés* aparece con posterioridad (s. XIII), cuando la Iglesia Católica aceptó las creces dinerarias a los préstamos bajo la idea de que venían a enjugar el daño por la privación temporal de la cantidad prestada. Ver D’ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa, 2014, p. 480.

3. Ver PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano* (trad. José Fernández González), Buenos Aires, Albatros, 1961, § 351, p. 469.

4. *Ibidem*.

5. *Ibidem*.

6. POLACCO, Vittorio, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1915, p. 662.

7. PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discurso preliminar Código Civil francés* (trad.: Silvia de la Canal, estudio introd.: Jorge H. Alterini), Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA-La Ley, 2004, p. 36.

De modo tal que, respecto del anatocismo, el artículo 1154 del *Code* permitió la capitalización por demanda judicial, o por convención especial, en la medida que se trate de intereses adeudados por un año entero.

Vélez Sarsfield, tributario de estas ideas, estableció la regla en el artículo 623 del Código Civil (en adelante, “CCIV”): “No se deben intereses de intereses sino por obligación posterior”. Es decir, la prohibición recaía sobre la capitalización de intereses futuros aún no devengados.⁸ No obstante, la prohibición no era absoluta: i) se permitía la capitalización dispuesta por convención posterior al devengamiento de los intereses; ii) la capitalización resultante de la condena judicial y la mora subsiguiente; iii) en materia comercial, existían supuestos de autorización legal del anatocismo (en la cuenta corriente bancaria, el art. 795 CCIV; en la cuenta corriente mercantil, el art. 788 CCIV), entre otros. La regla era categorizada como de orden público, idónea para sustentar una nulidad absoluta, no obstante de índole parcial, habida cuenta del carácter accesorio de los intereses.⁹

El texto original de la norma recibió, a partir del artículo 11 de la *Ley 23928*, una nueva redacción que flexibilizó la prohibición. El texto quedó redactado en estos términos, quedando inalterados los supuestos del *Código de Comercio* (en adelante, “CCOM”):

No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa, que autorice su acumulación al capital, con la periodicidad que acuerden las partes, o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza.

La reciente reforma al Código Civil francés mantiene básicamente la regla del Código de Napoleón, *ahora* contenida en el *artículo 1343-2*, según la cual los intereses pueden capitalizarse pero no automáticamente, lo que puede ocurrir por fuente convencional o judicial; en ambos casos, a condición de que se trate de intereses devengados por el plazo de un año.¹⁰

3. El anatocismo en el Código Civil y Comercial

Se encuentra regulado en el artículo 770, que sienta la regla y seguidamente sus excepciones en estos términos:

Anatocismo. No se deben intereses de los intereses, excepto que:

a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses; b) la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda; c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda

8. Ver LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, §931, p. 179.

9. Ver ALTERINI, Aníbal A., AMEAL, Oscar J., LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, Buenos Aires, LexisNexis-AbeledoPerrot, 2006, § 1112.

10. “*Les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, produisent intérêt si le contrat la prévu ou si une décision de justice le précise*”.

pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; d) otras disposiciones legales prevean la acumulación.

Además, para la cuenta corriente bancaria se registra el artículo 1398 del [Código Civil y Comercial](#) (en adelante, “CCCN”):

Intereses. El saldo deudor de la cuenta corriente genera intereses, que se capitalizan trimestralmente, excepto que lo contrario resulte de la reglamentación, de la convención o de los usos. Las partes pueden convenir que el saldo acreedor de la cuenta corriente genere intereses capitalizables en los períodos y a la tasa que libremente pacten.

Para la cuenta corriente mercantil, el artículo 1433 CCCN establece:

Intereses, comisiones y gastos. Excepto pacto en contrario, se entiende que: [...] b) el saldo se considera capital productivo de intereses, aplicándose la tasa según el inciso a); c) las partes pueden convenir la capitalización de intereses en plazos inferiores al de un período...

De las normas relacionadas, surge que el anatocismo puede ser de fuente convencional o voluntaria, y de fuente legal. En efecto, el inciso a del artículo 770 previene la posibilidad del pacto de capitalización de intereses, mientras los demás incisos constituyen fuente legal de tal modo de incorporación del interés al capital.¹¹

3.1. Del pacto de anatocismo

Se permite el pacto de capitalización de intereses, liberándolo de toda restricción respecto de su oportunidad en relación al nacimiento de la obligación, es decir, puede ocurrir antes o después de nacida la obligación. No obstante, se fija un límite, la periodicidad de acumulación no puede ser de un período menor de seis meses.¹²

El pacto no requiere formalidad alguna, mientras que su antecesor, el artículo 623 CCIV, exigía “convención expresa”. En este punto, es menester subrayar que en el marco de los contratos de consumo, el acuerdo de capitalización debe estar debidamente informado (art. 4, Ley 24240); y, en los contratos bancarios a los que se refiere al mandato de transparencia de esta clase de contratos (arts. 1378-1383 CCCN) es exigida la forma escrita, como señala el artículo 1380: “Los contratos deben instrumentarse por escrito, conforme a los medios regulados por este Código. El cliente tiene derecho a que se le entregue un ejemplar”.

11. La posibilidad de diseñar el pacto de intereses es amplia, las partes pueden seleccionar las clases de intereses a que someten sus créditos, sean compensatorios, moratorios o punitivos, e incluso su régimen de devengamiento, con el límite semestral. Ello no quita la existencia de los sistemas de control ya conocidos para los intereses excesivos, tal como lo previene el artículo 771 CCCN: “*Facultades judiciales.* Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos”. Asimismo, se le suma la cláusula abusiva en el conjunto de los contratos celebrados por adhesión, conforme arts. 984 y ss.; en particular, ver arts. 988 y 989 CCCN.

12. Repárese que en los supuestos de los saldos deudores de la cuenta corriente bancaria, el plazo de capitalización sugerido por la ley es de tres meses, lo que se explica por el carácter del servicio de caja que involucra a tal contrato; es decir, desincentiva el uso del saldo deudor como medio de financiación permanente por parte del cuentacorrentista.

3.2. El anatocismo de fuente legal

La interpretación de estos incisos resulta problemática. En efecto, el inciso b) faculta la capitalización de los intereses desde el momento de la notificación de la demanda, tomando la solución que antiguamente preveía el artículo 569 CCOM respecto del mutuo.¹³ La norma no exige más detalle para autorizar el anatocismo.

Por su parte, el inciso c) del artículo 770 CCCN prevé que “la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo”, que no hace más que recoger el supuesto que ya traía el artículo 623 CCIV.

3.2.1. ¿Procede el anatocismo en ambas oportunidades o bien una descarta a la otra?

En opinión de Pizarro,

... a partir del momento en que se notifica la demanda, opera la capitalización de intereses. De allí en adelante no hay más capitalización de intereses [...] hasta el momento en que se produzca la liquidación judicial de la deuda que pasamos a tratar [...] Cuando la deuda dineraria o de valor se liquide judicialmente, la capitalización de intereses procede a partir del momento en que el juez manda a pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo...¹⁴

Lo expuesto parece sugerir que se trata de dos momentos en que se autoriza la capitalización de los intereses.

En similar dirección se ha expedido Alferillo:

... el monto original demandado puede sufrir al menos dos capitalizaciones: la primera, al notificar la demanda; la segunda, cuando se liquida la condena y el deudor, debidamente intimado no abona.¹⁵

En apoyo de las opiniones expuestas, podría adunarse que los incisos b) y c) del artículo 770 CCCN distinguen dos eventos inherentes al derrotero judicial del crédito, y reconocen su fuente en el artículo 721 del [proyecto de reformas al Código Civil del año 1998](#), que en el segundo apartado del inciso a) decía:

En defecto de convención, si se deduce pretensión ante un tribunal, desde la fecha de notificación de la demanda, de una medida cautelar, o del pedido de mediación obligatoria, la que sea anterior; Y una vez dictada sentencia y liquidada la deuda con sus intereses, desde la aprobación de la liquidación.

13. Art. 569 CCOM: “Los intereses vencidos pueden producir intereses, por demanda judicial o por una convención especial. En el caso de demanda, es necesario que los intereses se adeuden a lo menos por 1 año. Producen igualmente intereses los saldos líquidos de las negociaciones concluidas al fin de cada año”.

14. PIZARRO, Ramón D., “Los intereses en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 143, 31/7/2017 (t. 2017-D, cita online: AR/DOC/1878/2017). El párrafo se reitera textual en PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Daniel, *Tratado de obligaciones*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 530.

15. ALFERILLO, Pascual E., “Obligaciones”, en Sánchez Herrero, Andrés (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 118.

Proyecto que resulta evidente que pretendía amalgamar dos soluciones preexistentes: la del artículo 569 CCOM, que para el contrato de mutuo decía:

Los intereses vencidos pueden producir intereses, por demanda judicial o por una convención especial. En el caso de demanda, es necesario que los intereses se adeuden a los menos por un año...

Y en el 623 CCIV, respecto de la liquidación de deuda intimada y retraso en el pago.

Así las cosas, se trataría de dos situaciones que, como se dijo, permiten la acumulación de intereses y que serían independientes entre sí. Y ello en virtud de que no debe perderse de vista que se está ante un deudor no solo moroso, sino que es demandado, el derecho del acreedor es reconocido, intimado a pagar una deuda liquidada en una sentencia, y mantiene su contumacia. En tal sentido, cabe computar el precedente del artículo 569 CCOM, respecto del cual la doctrina advertía que debía interpretarse con el artículo 570, que establecía que “intentada la demanda judicial por el capital y réditos, no puede hacerse acumulación de los que se vayan devengando, para formar aumento de capital que produzca réditos”. Es decir que la incorporación de intereses al capital a la que se refería el 569, en oportunidad de la demanda judicial, se refería a los intereses ya devengados, adeudados, a lo menos por un año.¹⁶ Teniendo esto presente, sería más razonable que en las oportunidades de que se trata se puedan capitalizar los intereses devengados hasta esos eventos. Coopera en sustentar esta postura el hecho de que estamos ante un código que reúne al derecho privado patrimonial en un plexo único, de tal modo que avanza en un proceso que se puso de manifiesto en la oportunidad de la reforma de la Ley 17711, que se refería como la “comercialización del derecho civil”.¹⁷

Sin embargo, la norma vigente se refiere en ambos casos a la procedencia de la capitalización “desde” el evento que menciona en cada caso, lo que conduce a pensar que, a partir de allí, se comienzan a capitalizar los intereses que se siguen devengando. Pero, como bien se ha observado, en ese caso falta la cadencia de la capitalización, es decir, cada qué periodo de tiempo es capitalizable. Se ha propuesto recurrir al inciso a) analógicamente,¹⁸ de modo tal que, a partir de los supuestos indicados en los incisos b) y c), se capitalizarían semestralmente. De ser así, ambos supuestos se presentan como alternativa y no acumulativamente, porque si comienzan a involucrarse al capital desde la notificación de la demanda, carece de sentido la segunda oportunidad. Tal vez haya sido este el fundamento de una de las conclusiones de la comisión N° 3 de las XXVI Jornadas Nacionales de Derechos Civil (La Plata, 2017), dedicada al tema de anatocismo: “12. No se pueden aplicar por acumulación las excepciones previstas por la ley que autorizan el anatocismo; solo cabe aplicar una de ellas”.

En definitiva, las interpretaciones expuestas presentan todas un tropiezo con la literalidad de la norma¹⁹ en razón de que si se trata de dos eventos para capitalizar intereses

16. Ver ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., [comentario al art. 569], en *Código de Comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados*, t. 3, Buenos Aires, Depalma, 1959, § 79, p. 70.

17. LÓPEZ CABANA, Roberto M., *La demora en el derecho privado*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1989, pp. 31 y ss.

18. Ver PIZARRO, Ramón D., ob. cit. (cfr. nota 14).

19. Sería oportuno que la comisión designada en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (*Decreto PEN 182/2018*) para reformar el CCCN tenga presente las cuestiones que presenta el texto en análisis, para otorgarle una redacción certera.

devengados “hasta” allí, el artículo refiere a “desde” allí. Y a su turno, esta interpretación literal choca con: i) la sinrazón de dos oportunidades, en la cual una supone a la otra (no habrá intimación de deuda líquida sin notificación de demanda previa), y la capitalización correrá desde la notificación de la demanda subsumiendo al supuesto del inciso c); y ii) para esta tesitura, falta la mención a la periodicidad de la capitalización.

3.2.2. Requisitos de la liquidación de deuda

En el supuesto del inciso c), son aplicables los requerimientos ya exigidos por la mejor doctrina: i) existencia de liquidación de deuda aprobada judicialmente; ii) intimación judicial de pago de la suma resultante de la liquidación; iii) renuencia al cumplimiento de la condena.²⁰

3.2.3. ¿Puede replicarse durante el proceso en más de una oportunidad el supuesto del 770 inciso c)?

La cuestión ya se discutía con el artículo 623 CCIV, que establecía como excepción al principio que vedaba el anatocismo: “cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo”. Ya entonces se preguntaban los autores si los intereses posteriores a esta intimación se podían acumular. En tal sentido, Busso señalaba, con aquel texto legal, que la liquidación de deuda intimada judicialmente se practicaba con posterioridad a la sentencia que reconocía el crédito, y que era la última y única oportunidad de incorporar los intereses al capital; luego, los intereses se devengarían en forma simple.²¹ Llambías no compartía tal limitación, dejando a salvo la posibilidad de la reiteración del procedimiento de capitalización de los intereses devengados con posterioridad.

Ya con el nuevo texto legal, se han pronunciado a favor de la posibilidad de la reiteración de la capitalización en tanto se mantenga la contumacia del deudor, empero se ha señalado la posibilidad de llevar a resultados abusivos, por lo cual se propone, ante el silencio de la ley, aplicar análogamente la pauta del artículo 770 inciso a).²² Sin embargo, cabe sustentar la veda a la reiteración del proceso acumulativo de intereses al capital, y ello así por razón de que o bien se está ante un insolvente, o bien el acreedor no es diligente al momento de ejecutar su crédito, con lo cual en la mayoría de los casos carece de sentido permitir mecanismos de engrosamiento de deudas sin utilidad. Ello sin perjuicio de lo expuesto a continuación.

20. Ver LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit. (cfr. nota 8), § 936, p. 182.

21. Ver BUSO, Eduardo B. (colabs.: Acuña Anzorena, Guillermo *et al.*), [comentario al art. 623], en *Código Civil anotado*, t. 4, Buenos Aires, Ediar, 1951, § 71, p. 333.

22. Ver OSSOLA, Federico A., *Obligaciones* (colección “Derecho Civil y Comercial”; dirs.: Julio C. Rivera y Graciela Medina, v. 3), Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017, p. 338; y PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Daniel, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 532.

3.3. Carácter del artículo 770 del Código Civil y Comercial

Las precisiones contenidas en la norma están imbuidas del orden público.²³ Ello no solo atañe al pacto y sus limitaciones ya referidas, sino al modo en que opera el anatocismo en los casos de los incisos b) y c). Ello descarta que entre las oportunidades procesales previstas de acumulación intermedien otros acontecimientos con virtualidad acumulativa del interés al capital, o cualquier otra alternativa que subvierta el margen dado por las precisiones de la norma. La nulidad es, pues, absoluta y parcial, habida cuenta el carácter accesorio de la obligación de intereses.

3.4. ¿Qué tipo de intereses son capitalizables?

Todo aquel que esté devengando la obligación, reparándose en que el CCCN ha ampliado el catálogo de relaciones jurídicas patrimoniales con entidad generadora de intereses compensatorios, tales como el mutuo, que se presume oneroso (art. 1527), el crédito del fiador contra el deudor principal (art. 1592), o el crédito emergente de la colación (art. 2400). En todos estos casos será capitalizable el compensatorio, y el moratorio, en casos que proceda, en las oportunidades antes mencionadas.

4. Bibliografía

- ALFERILLO, Pascual E., "Obligaciones", en Sánchez Herrero, Andrés (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- ALTERINI, Aníbal A., AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, Buenos Aires, LexisNexis-AbeledoPerrot, 2006
- BUSSO, Eduardo B. (colabs.: Acuña Anzorena, Guillermo *et al.*), [comentario al art. 623], en *Código Civil anotado*, t. 4, Buenos Aires, Ediar, 1951.
- CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 2017 (2ª ed.).
- D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa, 2014.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012
- LÓPEZ CABANA, Roberto M., *La demora en el derecho privado*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1989
- OSSOLA, Federico A., "Obligaciones", en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dirs.), *Derecho civil y comercial*, t. 4, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017.
- PETTIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano* (trad. José Fernández González), Buenos Aires, Albatros, 1961.
- PIZARRO, Ramón D., "Los intereses en el Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 143, 31/7/2017 (t. 2017-D, cita online: AR/DOC/1878/2017)
- PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Daniel, *Tratado de obligaciones*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017.
- POLACCO, Vittorio, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1915.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discurso preliminar Código Civil francés* (trad.: Silvia de la Canal, estudio introd.: Jorge H. Alterini), Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA-La Ley, 2004.
- Zavala Rodríguez, Carlos J., [comentario al art. 569], en *Código de Comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados*, t. 3, Buenos Aires, Depalma, 1959.

23. En igual sentido, ver CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 2017 (2ª ed.), p. 280.

El asentimiento conyugal en la transformación de sociedades de personas

Otros supuestos

Alberto M. Miguens

RESUMEN

El presente trabajo refiere a los cambios producidos en el Código Civil y Comercial de la Nación relativos al asentimiento conyugal en las adecuaciones, subsanaciones, regularizaciones, transformaciones y escisiones de sociedades de personas y sociedades de hecho. Propugna la adecuación de las Normas de la Inspección General de Justicia al nuevo código unificado.

PALABRAS CLAVE

Asentimiento conyugal, sociedades, subsanación, regularización, transformación, escisión.

Fechas de recepción y aceptación

20/4/2018 - 30/5/2018

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes históricos. 3. Regularización. 4. Transformación de pleno. 5. Nuevo Código. 6. Disolución y derecho de receso. 7. Corolario.

1. Introducción

El artículo 170, inciso 1.f., de las [normas](#)¹ vigentes de la Inspección General de Justicia² exige para la inscripción de la transformación societaria “el cumplimiento del artículo 470 del Código Civil y Comercial de la Nación cuando la sociedad que **se transforma** sea una sociedad de personas”. Una adecuada interpretación de la norma permite inferir que el asentimiento solo está previsto para aquellos casos de transformaciones en las cuales se produzca la enajenación o gravamen de cuotas o participaciones sociales de

1. Resolución General IGJ 7/2015, del 28/7/2015 (publicada en Boletín Oficial de la República Argentina N° 33183, 31/5/2015). En adelante, “RG IGJ 7/2015”. [N. del E.: el hipervínculo dirige al texto actualizado publicado en la [web oficial de la Inspección General de Justicia](#)].

2. En adelante, “IGJ”.

carácter ganancial y limitado al socio que enajenare. La transformación *per se* no constituye un supuesto que requiera asentimiento conyugal alguno. La reglamentación también requiere el cumplimiento del artículo 470 del [Código Civil y Comercial](#)³ para las transformaciones de pleno derecho por reducción a un socio (art. 202 RG IGJ 7/2015), en los términos del artículo 94 bis de la [Ley General de Sociedades 19550](#),⁴ y para el caso de la subsanación (art. 184, inc. 1.f., RG IGJ 7/2015), prevista por el artículo 25 de la LGS.

Por el contrario, el artículo 470 CCCN estatuye:

Bienes gananciales. La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido.

Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar:

- a) los bienes registrables;
- b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824;
- c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior;
- d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios...

Por muy obvio que parezca, nos sentimos en la necesidad de marcar que las sociedades no tienen cónyuge. Resulta evidente que el artículo 470 CCCN refiere a los actos de enajenación o gravamen que eventualmente pudieran hacer los socios. En un proceso de transformación, mientras un socio no reduzca su participación en la sociedad transformada, mientras no haya enajenación o gravamen, nada tiene que ver (o hacer) el cónyuge con (o en) el acto societario. Ese es el principio general –sumamente razonable por cierto–, ya que mis socios no son socios de mi cónyuge, ni yo lo soy de los suyos. La *affectio societatis* involucra solo a los socios y no se inmiscuye (o no debiera hacerlo) en sus alcobas.

2. Antecedentes históricos

A comienzos del siglo XIX, Savigny⁵ y su [escuela histórica](#) advertían que un estudio histórico de la ley positiva constituía un precedente de condición al entendimiento del derecho. Para comprender la magnitud del yerro de la [RG IGJ 7/2015](#), resulta esencial conocer la evolución histórica de la ley sustantiva.

El problema comienza a generarse en la tortuosa redacción del artículo 1277 del [Código Civil](#)⁶ dispuesta por la Ley 17711, de 1968. Dicha ley fue uno de los mayores cambios que padeció el CCIV de [Dalmacio Vélez Sarsfield](#) (Ley 340, de 1869), tal vez el mayor luego de la Ley de Matrimonio Civil. En el año de su sanción, 1968, las socieda-

3. En adelante, “CCCN” o “Código unificado”, indistintamente.

4. Texto actualizado de acuerdo a lo dispuesto por la [Ley 26994](#), que, entre numerosas modificaciones, cambió la denominación de “Ley de Sociedades Comerciales” por la de “Ley General de Sociedades”. En adelante, “LGS”. Las referencias a la Ley de Sociedades Comerciales se indicarán como “LSC”.

5. [Friedrich Karl von Savigny](#) (Fráncfort del Meno, 1779 - Berlín, 1861).

6. En adelante, “CCIV”. [N. del E.: el hipervínculo dirige a la versión actualizada a 2015, año en que perdió vigencia y fue reemplazado por el CCCN].

des se regían por el viejo Código de Comercio⁷ de [Acevedo](#) y Vélez Sarsfield (Ley 15, de 1862).

La 17711 modificó el artículo 1277 CCIV, dándole una descuidada y confusa redacción respecto de este punto en particular:

Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges **para disponer o gravar los bienes gananciales** cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, **aportes** de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y **tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas**. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa...

El asentimiento conyugal se convirtió en un cerrojo que pretendió ser aplicado a todos los actos de disposición patrimonial realizados por una persona casada, bajo la enfermiza presunción de que todo cónyuge tiende a perjudicar al otro –léase: todo marido pretendía burlar los derechos de la mujer–. Con esa desviación patológica (preconcepto) imperante en la época, se explica fácilmente que fuera considerado necesario el asentimiento para enajenar o gravar inmuebles y toda clase de bienes registrables gananciales. No se extendió la restricción a los bienes no registrables por la mera imposibilidad material de su control de cumplimiento. Escaparon del cepo las acciones de sociedades autorizadas a la oferta pública, alhajas y joyas, obras de arte y moneda.

La parte del artículo 1277 que a este ensayo interesa (“tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas”) podría interpretarse de dos maneras:

- Que se requería el asentimiento conyugal para todo acto de enajenación o gravamen de bienes gananciales que se produjeran en el ámbito de una transformación o fusión de sociedades de personas
- Que el asentimiento era necesario para todos los socios, en toda transformación o fusión de sociedades de personas, haya o no enajenación de los socios.

Entre las dos interpretaciones triunfó la última. Se entendía razonable que el artículo 1277 exigiera asentimiento para realizar aportes de dominio a sociedades, en la inteligencia de que el bien aportado salía del patrimonio ganancial del aportante y pasaba al de la sociedad, que este –el aportante– gobernaba a su antojo y sin restricciones ni interferencias del cónyuge. La ley aspiraba a que el cónyuge administrador (normalmente “él”) no “desapoderara” al cónyuge administrado (“ella”) de sus eventuales supuestos e hipotéticos derechos sobre los bienes gananciales. La exigencia del asentimiento conyugal para los casos de “**transformación de una sociedad de personas**” o “**fusión de ésta con otra**” tampoco carecía de razonabilidad y justificación.

Si transformáramos una sociedad de personas en una sociedad por acciones (al portador o meramente endosables), se facilitaría el desbaratamiento de los eventuales derechos del cónyuge. Lo mismo sucedería cuando una sociedad de personas fuera absorbida por una sociedad por acciones. Permitir la libre transformación de una sociedad de personas o su absorción por una sociedad por acciones que no requiera asentimiento para enajenar las acciones sería una forma naif de vehiculizar la supuesta defraudación.

7. En adelante, “CCOM”. Este código fue adoptado por el [Estado de Buenos Aires](#) en 1857, antes de incorporarse a la [Confederación Argentina](#). En 1862, luego del fin de la Confederación y como parte del proceso de reunificación nacional, el texto fue sancionado como código nacional para la República Argentina (Ley 15).

Exigir el asentimiento conyugal en la transformación o fusión aparecía como el mecanismo idóneo para evitar que el cónyuge “vulnerable” quedara expuesto e indefenso. Solapado bajo una confusa y desatenta redacción, el artículo 1277 parece exigir el asentimiento a **todos los casos de transformación o fusión** de sociedades de personas, haya o no enajenación, confirmando la interpretación triunfante.

No podemos soslayar que, al momento de sancionarse la Ley 17711, el CCOM regulaba el régimen societario y nada preveía sobre la transformación, la fusión o la escisión. La única referencia apuntaba a exigir una mayoría calificada para aprobar una fusión. Los vocablos *escisión* y *transformación* estaban ausentes. Por entonces, la única forma de conseguir algo similar a una transformación era proceder a la disolución y liquidación de la sociedad y la posterior constitución de una nueva sociedad bajo el tipo deseado, transfiriendo el patrimonio de la disuelta.

En 1972, con la Ley de Sociedades Comerciales 19550,⁸ por primera vez se regulan los institutos de la transformación (arts. 74-81) la fusión y la escisión (arts. 82-88). El texto legal establece las pautas funcionales y requisitos de los institutos, llenando el vacío legal. La ley marca que con la transformación la sociedad no se disuelve ni se alteran los derechos y obligaciones, y no modifica la responsabilidad anterior de los socios (art. 75).

Como señala la exposición de motivos:

... la ley soluciona el complejo problema de la transformación de sociedades, admitiendo un criterio amplio que resulta del artículo 74, al tiempo que estructura orgánicamente todo el funcionamiento de esta institución...⁹

La tardía incorporación de los institutos de transformación, fusión y escisión, producida con cuatro años de demora, produjo el no buscado efecto de que los agregados “mercantiles” al artículo 1277 CCIV devinieran inadecuados, obsoletos y hasta contradictorios. Las normas de la IGJ compiladas en la [Resolución General 6/1980](#)¹⁰ interpretaron el artículo 1277 CCIV a la luz de la LSC, exigiendo el asentimiento conyugal para la transformación, no así para la fusión (art. 65, inc. e, RG IGJ 6/1980).

Otro importante eslabón sumó a la cadena la [Ley 24587 de Nominatividad de los Títulos Valores Privados](#) (1995),¹¹ equiparando a las sociedades de personas con las sociedades por acciones en cuanto a la necesidad de requerir el asentimiento conyugal para enajenar o gravar, al hacer desaparecer las acciones al portador y nominativas endosables, obligando su conversión en nominativas no endosables o escriturales, todas ellas registrables.

Si bien ya no se mantenía un sustento lógico que avalara un tratamiento discriminado entre sociedades de personas y sociedades por acciones, la letra del artículo 1277 CCIV seguía exigiendo el asentimiento conyugal para la transformación o fusión de las primeras. Y así lo expresan las normas de la IGJ compiladas en la [Resolución General](#)

8. En adelante, “LSC” (ver nota 4). [N. del E.: el lector podrá cfr. el texto ordenado en 1984 [aquí](#)].

9. Exposición de motivos de la Ley 19550, capítulo I, sección X. [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* {texto no oficial}; la cita se ubica en la p. 23].

10. Resolución General IGJ 6/1980, del 24/12/1980 (publicada en Boletín Oficial de la República Argentina N° 24591, 22/1/1981). En adelante, “RG IGJ 6/1980”.

11. Reglamentada por el [Decreto PEN 259/1996](#) y el [Decreto DNU 446/1997](#).

7/2005,¹² al exigir el asentimiento conyugal a todos los socios con partes de interés o cuotas gananciales en la transformación de una sociedad de personas, sea que existiera enajenación o no (art. 161, inc. 1.f, RG IGJ 7/2005). Nada preveía la reglamentación para la fusión.

Sancionado el nuevo código unificado, la RG IGJ 7/2015 continuó exigiendo dicho asentimiento para la transformación de sociedades de personas, sin advertir que el código de fondo –al cual reglamenta– había mutado.

3. Regularización

Exorbitando la facultad reglamentaria, la IGJ llegó a la incongruencia de requerir el asentimiento conyugal para subsanar o regularizar, en los términos del artículo 25 LGS,¹³ una sociedad de hecho y las no constituidas regularmente (art. 175, inc. f, RG IGJ 7/2005), error que fuera también iterado en 2015 (art. 184, inc. f, RG IGJ 7/2015). Nos posiciona frente a la insólita contradicción de que la ley no requiere asentimiento alguno para asociarse, pero la IGJ lo exige para adecuar la sociedad a la ley. En lugar de fomentar la regularización, la reglamentación la traba y la obstaculiza. Para el organismo no es suficiente con exceder sus facultades, sino que lo hace en sentido disvalioso, contrariando el principio de subsistencia (“*favor negotii*”) consagrado por el último párrafo del artículo 100 LGS.¹⁴

4. Transformación de pleno derecho

Se exige también ahora el asentimiento conyugal para la transformación de pleno derecho de las sociedades en comanditas (ambas) y de las sociedades de capital e industria en sociedades anónimas unipersonales¹⁵ por reducción a un solo socio, en los términos del nuevo artículo 94 bis LGS.¹⁶ La reducción a un socio puede tener básicamente dos

12. Resolución General IGJ 7/2005, del 23/8/2005 (publicada en Boletín Oficial de la República Argentina N° 30724, 25/8/2005).

13. “*Subsanación*. Art. 25: En el caso de sociedades incluidas en esta Sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato [...] El socio disconforme podrá ejercer el derecho de receso dentro de los diez (10) días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del artículo 92. *Disolución. Liquidación*. Cualquiera de los socios puede provocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita del pacto de duración, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios. Sus efectos se producirán de pleno derecho entre los socios a los noventa (90) días de la última notificación. Los socios que deseen permanecer en la sociedad, deben pagar a los salientes su parte social. La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley”.

14. “*Remoción de causales de disolución*. Art. 100: Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación*. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad”.

15. En adelante, “SAU”.

16. “*Reducción a uno del número de socios*. Art. 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,

causas: a) el fallecimiento del (otro) socio (art. 90 LGS) y b) la exclusión del (otro) socio por justa causa, sea por grave incumplimiento, sea por incapacidad, inhabilitación o quiebra (arts. 91-93 LGS).

Inevitable preguntarse quién debe brindar el asentimiento conyugal que la reglamentación requiere para el artículo 94 bis y a qué efectos: ¿debe asentir el cónyuge superviviente la “mala decisión” de su consorte de abandonar la sociedad... y este mundo? ¿Debe asentir el cónyuge del grave incumplidor, el del inhabilitado, el del fallido? De tener que hacerlo el cónyuge del socio excluido por incapacidad, ¿estaría asintiendo a un acto jurídico válido? ¿Acaso debe asentir el cónyuge del socio superviviente que continúa con vida? ¿Debe hacerlo el cónyuge del socio cumplidor, por haberse quedado solo? ¿Será acaso que para poder iniciar la acción de exclusión del otro por grave incumplimiento, la víctima del incumplimiento debiera contar con permiso de su cónyuge? En nuestra ignorancia y necedad, no alcanzamos a comprender quién debe asentir, ni el objeto del asentimiento, ni el fundamento legal por el cual se lo exige.

5. Nuevo Código

Con el CCCN, las dobles interpretaciones del 1277 –en este punto en particular– fueron despejadas. Habiéndose hecho eco el legislador de las críticas a las que fuera sometido el artículo 1277 CCIV, adoptó en el artículo 470 CCCN un texto mucho más sencillo y amigable: el asentimiento se exige para enajenar o gravar bienes gananciales registrables. Punto.

Están sujetos a dar el asentimiento conyugal aquellos actos que impliquen una enajenación o gravamen de la participación o tenencia en el capital social, sea que se produzcan en el ámbito de una transformación o escisión, como fuera de ella. Liso y llano sentido común, que da por tierra con absurdas teorías conspirativas.

6. Disolución y derecho de receso

Resta analizar el caso de la disolución anticipada de la sociedad y el del socio que ejerce el derecho de receso. El derecho de receso es un caso especial que puede abordarse desde perspectivas opuestas.

Trasunta el artículo 245 LGS¹⁷ que el derecho de receso es aquel que la ley le reconoce a un socio disconforme con las modificaciones adoptadas por la mayoría de sus

y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres (3) meses.”

17. “*Derecho de receso*. Art. 245: Los accionistas disconformes con las modificaciones incluidas en el último párrafo del artículo anterior, salvo en el caso de disolución anticipada y en el de los accionistas de la sociedad incorporante en fusión y en la escisión, pueden separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones. También podrán separarse en los casos de aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio, de retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones y de continuación de la sociedad en el supuesto del artículo 94 inciso 9)... [...] *Fijación del valor*. Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias. Su importe deberá ser pagado dentro del año de la clausura de la asamblea que originó el receso,

pares en cuestiones que hacen a la esencia de la asociación, asistiéndole el derecho a separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones. Sabido es que el principio general en sociedades manda que las resoluciones adoptadas por determinadas mayorías –con quórum suficiente y respeto de las formas impuestas– son obligatorias para todos: para los que votaron la moción, para los que hubieran votado en contra, para los que se hubieran abstenido de votar y para aquellos que hubieran estado ausentes o impedidos de votar. El derecho de receso constituye una excepción a dicho principio y faculta al socio disconforme a retirarse de la sociedad rescatando su parte. Esto solo se produce, como excepción, en casos de gravedad institucional, a los que refiere el último párrafo del artículo 244¹⁸ y el 245 LGS. Vale decir, cuando la mayoría calificada resuelve cambiar las esenciales reglas de juego convenidas.

Se aplica a los casos de transformación (por ser el tipo de la esencia de la sociedad), a la prórroga o reconducción, a la transferencia del domicilio al extranjero, al cambio fundamental del objeto social y a la fusión y escisión (para la sociedad absorbida o disuelta), al aumento que implique nuevos aportes, al retiro de la oferta pública y a la continuidad de la sociedad luego del retiro de autorización para funcionar. Con las modificaciones introducidas por la Ley 26994, el artículo 25 LGS (subsanción de sociedades de la sección IV) prevé también el derecho de receso para los socios disconformes con la regularización, aunque en este caso es un receso *sui generis*, pues no está previsto para desasociarse sino para no formalizar la asociación. En síntesis, el derecho de receso refiere a casos donde una persona se asoció teniendo en cuenta ciertas premisas básicas y esenciales, acordadas por todos, y la mayoría calificada altera los términos esenciales convenidos. Para no perjudicar a la mayoría, la ley instituyó un puente de plata que le permite al socio disconforme retirarse dignamente, recuperando su aporte y eludiendo un conflicto que –de otra forma– sería inevitable, más gravoso y perjudicial para todos.

Volviendo al tema que nos une –el asentimiento conyugal–, la disolución anticipada de la sociedad –para todos los socios– al igual que el derecho de receso –para quien lo ejerce– podrían entenderse o asimilarse con cierta forma de enajenación o disposición si consideramos que el socio troca participación social ganancial por dinero. No sería difícil concluir que para disolver una sociedad o para ejercer el derecho de receso, se debiera contar con el mentado asentimiento. Sin embargo, desde una óptica alternativa, más adecuada a la realidad subyacente, parece más razonable ver al socio recedente como una víctima, atrapado por el cambio de paradigma impuesto por la mayoría, que se enfrenta a la disyuntiva de tener que elegir el mal menor, compelido a retirarse de la sociedad por el cambio de esenciales reglas de juego convenidas. Pedir al cónyuge que

salvo los casos de retiro voluntario, desistimiento o denegatoria de la oferta pública o cotización o de continuación de la sociedad en el supuesto del artículo 94, inciso 9), en los que deberá pagarse dentro de los sesenta (60) días desde la clausura de la asamblea o desde que se publique el desistimiento, la denegatoria o la aprobación del retiro voluntario. El valor de la deuda se ajustará a la fecha del efectivo de pago. *Nulidad*. Es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio”.

18. “Art. 244: [...] *Supuestos especiales*. Cuando se tratase de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero, del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en la primera cuanto en segunda convocatoria... Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se registró por las normas sobre aumento de capital”.

asienta al derecho de receso sería pedirle que asintiera la resolución de la mayoría, en perjuicio de su propio cónyuge. Algo así como requerir el asentimiento en una ejecución forzada o en una expropiación.

Inevitable preguntarnos qué pasaría si el cónyuge no asintiera. ¿El socio recedente quedará atado a la mayoría, obligado a participar en una sociedad en la cual le han cambiado las reglas de juego, o donde su responsabilidad personal podría verse agravada, o domiciliada en el extranjero, donde no podrá ejercer control alguno? Y en caso de disolución anticipada, habiendo los socios acordado en forma unánime disolver la sociedad, ¿se verían obligados a seguir asociados contra su voluntad por carecer del “permiso” de todos sus cónyuges?

7. Corolario

A veces, argumentar por el absurdo sirve para sostener una tesis; a veces, para descartarla. Dejando absurdos de lado, sería conveniente tomar conciencia de que el artículo 470 CCCN trae una mejora sustancial al viejo 1277 CCIV, al menos en lo que al ámbito societario se refiere (transformación y fusión).

La IGJ, al adecuar la RG 7/2005 al CCCN en la RG 7/2015, no advirtió los cambios producidos en el derecho sustantivo. No se justifica mantener el criterio del artículo 170 de las normas de la IGJ cuando la norma que reglamenta ha dejado de existir. Tampoco se justifica el restrictivo enfoque sustentado en los artículos 184 o el 202. Sería deseable la revisión de los criterios del organismo a la luz del nuevo Código unificado.

El derecho de autoprotección y la eutanasia

El mensaje del papa Francisco de fecha 17 de noviembre de 2017

Nelly A. Taiana de Brandi

RESUMEN

El “acto de autoprotección” es aquel en el que cualquier persona con discernimiento dispone válida y eficazmente en cuestiones personales, incluso de salud, y/o patrimoniales, para el supuesto de que en un futuro eventual, joven o mayor, le sobrevenga una discapacidad o un estado de capacidad restringida (en el plano jurídico) o una incompetencia (en el plano bioética) que lo prive total o parcialmente del discernimiento o le impida comunicar su voluntad, sea la carencia definitiva o temporaria. El ejercicio de los derechos personalísimos exige la existencia de la persona titular de ellos. Mi rechazo a la eutanasia se fundamenta no en argumentos religiosos sino en la imposibilidad de “utilizar” un derecho para destruir el soporte mismo de este, o sea, la persona humana.

PALABRAS CLAVE

Autoprotección, derechos personalísimos, eutanasia, ortotanasia, distanasia, asesoramiento notarial.

Fechas de recepción y aceptación

25/1/2018 - 8/2/2018

Sumario: 1. Emplazamiento de la materia. Su alcance. 2. Concepto y contenido del acto de autoprotección. 3. Distinción entre el acto de autoprotección y la eutanasia. 4. Mensaje del papa Francisco. 5. Propósito de este comentario. 6. El opus notarial. 7. Otras dificultades en el otorgamiento de estos actos. 8. Bibliografía.

Siempre necesité sentirme segura en el caminar por la vida y para ello debí actuar conforme mis certezas, la verdad que, en su aspecto subjetivo, crea en cada uno la convicción, motor de nuestro accionar.

1. Emplazamiento de la materia. Su alcance

En la segunda centuria de nuestra era, el emperador Marco Aurelio, apodado “el Sabio” o “el Filósofo”, ya nos planteaba la duda respecto de si “nuestra inteligencia nos acompañará

hasta el final”, convencido de que ella “tiene aun una vida más corta” que la existencia física.¹ Desde 1994, a instancias del maestro escribano Eduardo Pondé, con el colega Luis Rogelio Llorens nos abocamos a encontrar el *molde jurídico* suficiente, el “traje a medida” en el que volcar disposiciones y estipulaciones vinculantes para los terceros –familiares, jueces, Ministerio Público, médicos–, tendientes a prever el “cómo vivir” ante la futura, eventual discapacidad o falta de discernimiento, o incompetencia para los bioéticos, que nos impida, jóvenes o mayores, disponer válidamente sobre la propia persona y/o patrimonio, en forma temporaria o definitiva, evitando de ese modo un tránsito angustioso al disponente y a su entorno.

Es el “acto unilateral de voluntad” creador de derechos en cabeza del disponente del que habla el jurista Eduardo Zannoni (en el prólogo a nuestro libro *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*,² que vio la luz en 1996), al que las VIII Jornadas Notariales Iberoamericanas (Veracruz, 1998) bautizaron como “actos de autoprotección”, en respuesta a una ponencia de la delegación española, encabezada por el notario Juan José Rivas Martínez, la que con tanto entusiasmo acompañó nuestra iniciativa. Dijo en esa oportunidad, “los notarios debemos dar respuesta a las inquietudes que vive la sociedad. Rehusarnos es un gesto de cobardía que la historia no nos perdonará”.

El profesor Ricardo Rabinovich Berkman, doctor en derecho y pionero en el desarrollo de la bioética, designó a estos actos declaraciones previas, por cuanto entendió redundante y vacío su encuadramiento como derecho de autoprotección, “en razón que gran parte de las soluciones jurídicas tienden a la autoprotección”.³ Los países anglosajones, que han legislado de modo dispar, los individualizan como *living will* y *trust* según su contenido de cuestiones de salud o de índole patrimonial. Parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, además del Código Civil y Comercial (en adelante, “CCCN”), los designa directivas anticipadas.

Frente al avance tecnológico que ya entonces intentaban esgrimir los grupos económicos y financieros para desmerecer el desempeño del notariado en la conformación e instrumentación de las relaciones intersubjetivas de contenido económico, logramos demostrar la necesidad de la intervención profesional personal y directa de los operadores del derecho y aun la conveniencia de la actuación notarial preventiva y creativa en aras del andamiaje de los actos autorreferenciales, los que hacen al ejercicio de los derechos personalísimos de los que toda persona humana es titular por el solo hecho de serlo, inscriptos en su ser, anteriores a todo ordenamiento jurídico. En un caminar lento pero progresivo, en el que cada paso nos llevaba hacia una meta convocante señalada por nuevos paradigmas, tomamos conciencia en un primer estadio de la mezquindad y estrechez del derecho positivo para acompañar el avance que vivía el conocimiento, en especial la ciencia médica, la farmacología, la ingeniería, las políticas sanitarias, las nuevas prácticas destinadas a mejorar las condiciones físicas, enfrentado a la necesidad

1. Vázquez Ortiz, Alejandro, “Metafísica y política en Marco Aurelio. Una reintroducción a la lectura de las meditaciones” [online], en *Cuaderno de Materiales*, N° 23, 2005-2011.

2. LLORENS, Luis R. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1997.

3. RABINOVICH BERKMAN, Ricardo, “Un importante aporte al reconocimiento de la autonomía de la voluntad a través de las directivas anticipadas”, 2010; fuente: <http://www.aabioetica.org/>.

de dar respuesta a una nueva realidad: la prolongación de la vida humana y la posibilidad de lograrla en forma artificial, independientemente de la calidad.

Conscientes de que la ley no cambia la realidad, nos abocamos, con el auxilio de otras disciplinas de reciente desarrollo (verbigracia, la bioética), a bucear soluciones tendientes a mejorarla en beneficio del hombre, sujeto fin, último y único destinatario de los verdaderos **derechos humanos**, entendiéndolos libres de todo enfoque parcial o sesgadamente interesado. Entendiendo la vigencia del derecho esencial de cada ser humano a programar su vida, nos impusimos el deber de superar la mera descripción de los hechos para colaborar en un hacer responsable, interdisciplinario, creativo, con tantos otros estudiosos y profesionales, con quienes tuvimos el privilegio de compartir iguales inquietudes y que nos facilitaron el camino con su generosa solvencia.

Ya en el año 2001, trabajando con los profesionales de la salud, pudimos comprobar cuán ligadas están la actividad notarial y la médica. En ejercicio de un verdadero ministerio, superador de lo meramente profesional, coincidimos en poner la ciencia, la común aptitud al servicio de una mejor vida de la gente. De ahí la importancia de la entrevista personal, la consulta y la audiencia notarial, y el valor superador de acompañar, escuchar, reconfortar, cuidar, y contener al requirente/paciente y su entorno.

Pudimos, a su vez, enriquecer nuestras experiencias merced a lecturas específicas, correspondencia mantenida vía postal en ese entonces, fallos señeros y encuentros con académicos de la medicina y el derecho, argentinos y extranjeros. Así, contamos con el esclarecido juicio del filósofo, jurista y juez Pedro Federico Hooft, siempre preocupado por el futuro del hombre, quien escribía en 1999:

Frente a las modernas tecno-ciencias, que encuentran su máxima expresión en el “imperativo tecnológico”, quiero apelar a una filosofía de la esperanza [...] crítica sustentada en un sentido de responsabilidad solidaria.⁴

Para ello, nuestro autor se detiene en la actual relación entre bioética y derecho, “fruto de la tensión permanente entre tecnificación y humanización”, en la que prioriza “las doctrinas orientadas hacia el bienestar de la persona”,⁵ en las que “la salud será reconocida (en el sentido del derecho a la atención sanitaria) como un derecho humano fundamental”.⁶ Este es el enfoque que informan sus fallos, que han logrado dar vigencia cotidiana y concreta protección a los derechos humanos fundamentales desde 1991 y, puntualmente, al derecho de autoprotección, en sentencia del 25 de julio de 2005.

Cuánto significaron para el desarrollo y esclarecimiento de la temática y, precisamente, para la valoración de la intervención notarial los encuentros convocados por el Instituto de Bioética y Bioderecho de la Universidad del Museo Social Argentino, bajo la dirección del doctor en derecho Ricardo Rabinovich Berkman, puntal en la investigación de todos los temas referidos al respeto de la vida, la dignidad y la libertad. Junto a él tuvimos el honor de asesorar a legisladores en la preparación y tratamiento de un proyecto de ley regulatoria del trasplante y donación de órganos, así como de dialogar con juris-

4. HOOFT, Pedro F., “Derechos humanos. Un puente entre la bioética y el derecho”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento “Actualidad”, N° 67, 8/4/1999.

5. Ídem.

6. Juzg. Crim. Correc. de Transición N° 1, Mar del Plata, 25/7/2005, “M.”.

tas y médicos de gran prestigio dedicados al estudio de la materia: Eduardo Sambrizzi, Eduardo Luis Tinant, José María Tau, José Alberto Mainetti, entre otros.

2. Concepto y contenido del acto de autoprotección

Me parece oportuno detenernos en el concepto analítico del acto de autoprotección. En su correcta extensión, más allá de limitaciones doctrinarias y normativas, es el acto por el cual una persona con discernimiento dispone, válida y eficazmente, en cuestiones personales y/o patrimoniales, para el supuesto futuro y eventual que, joven o mayor, le sobrevenga una discapacidad (en el plano jurídico) o una incompetencia (en el plano bioético) que lo prive total o parcialmente del discernimiento o le impida comunicar su voluntad, sea la carencia definitiva o temporaria.

Como lo demostramos en nuestros trabajos desde entonces, estos actos, estas manifestaciones de voluntad pueden alcanzar a todas las cuestiones que resulten de interés para el disponente, de carácter personal y/o patrimonial, tendientes a permitir el desarrollo y consecución de su proyecto de vida y a asegurar su discurrir con calidad mientras subsista su calidad de persona, o sea, hasta su muerte (art 103 CCIV, art. 93 CCCN), más allá de los deterioros o debilitamientos que pueda sufrir su discernimiento o su aptitud física, entendiendo que la posible decrepitud, la agonía y la muerte son etapas en el proceso vital. Entre los intereses resultan primordiales pero no excluyentes las disposiciones referidas a la salud.

Una conceptualización teleológica del instituto no permite esgrimir razón valedera para acotar los alcances en cuanto a la materia propia del acto de autoprotección.

3. Distinción entre el acto de autoprotección y la eutanasia

Siempre preocupados por el correcto empleo del lenguaje, convencidos de que la forma es, a la postre, contenido, coincidimos desde el inicio⁷ en la preocupación por distinguir la problemática que nos ocupaba de otras materias que pueden presentarse cercanas pero que son distintas desde una perspectiva ética –más allá de posturas religiosas–. Asumimos con responsabilidad la necesidad de distinguir la ortotanasia como muerte natural, a su debido tiempo, de la distanasia, que en la práctica se traduce en el encarnizamiento terapéutico o mantenimiento irrazonable de la vida del que hablaré más adelante, y de la eutanasia.

En el acto de autoprotección, la persona antepone el *valor vida* como fundamental y dispone cómo vivir, conforme a su libertad y dignidad, su identidad única, en ejercicio de las calidades que la distinguen de los restantes seres vivos, consciente de su finitud física y de la condición humana. En la eutanasia, la persona, en actitud arrogante, se autoproclama dueña de su vida y, por ende, habilitada para disponer de ella, incluso destruirla. Así, en nuestra investigación acudimos, según nuestras respectivas experiencias de vida y convicciones vitales, a fundamentaciones filosóficas y bioéticas, que incluye-

7. Ver LLORENS, Luis R. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., ob. cit. (cfr. nota 2).

ron, en el caso del coautor, creencias religiosas y la correcta “*aggiornada*” relectura del juramento hipocrático, que en todo momento indica al médico su deber de actuar para el bien del enfermo. Puntualmente nos apoyamos expresamente en:

- a) La *Declaración sobre la Eutanasia* emitida en 1980 por la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica en Roma, con la aprobación de Juan Pablo II, que se pronuncia por la licitud de “tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir [...] las curas normales”.
- b) La *Encíclica “Evangelium Vitae”*, publicada por Juan Pablo II en 1995, en cuanto distingue entre los dos institutos –eutanasia y muerte digna–, para lo que recurre al criterio de proporcionalidad y rescata el carácter inviolable de la vida humana. En esta meditación sobre la vida, se reconoce la dificultad del ser humano para percibir la distancia entre el bien y el mal en lo referente al valor mismo de la vida humana.
- c) La declaración del Consejo Permanente de la Conferencia Episcopal de Francia de 1994, que se pronuncia sobre la necesidad de evitar la priorización de los actos médicos de alta tecnicidad sobre la suerte reservada a los enfermos incurables y las personas que han llegado a la vejez. “Este espléndido desarrollo (de la medicina) no se produce, evidentemente, sin comportar sombras”.

Creo que, en ese entonces, la distinción abismal entre los dos institutos se me impuso como una certeza fruto de la intuición, anterior a toda conclusión resultante de un estudio deductivo que realicé muy posteriormente. Siempre tuve para mí que no hay estudio científico sistemático, verificable, objetivo, sin una aproximación intuitiva previa.

Para la tradición judeocristiana, la vida es santa. Dios la confiere y solo él la quita; la muerte es el paso necesario para lograr la felicidad eterna. El judeocristiano no concibe la vida sin la existencia de Dios. A partir de esa creencia, el creyente rechaza la eutanasia.

El regreso a la lectura de la filosofía y la ética, la relectura de Kant, me demostró que es imposible hablar del ejercicio de un derecho si ello importa, a la vez, la destrucción del sujeto soporte de aquel. Es como pretender enunciar una oración sin sujeto. Esta requiere del sujeto para ser tal, sea expreso o tácito. El ejercicio de los derechos personalísimos exige la existencia de la persona titular de ellos. Sin vida, no hay derechos posibles. La persona, que supone libertad y dignidad, es el antecedente necesario e implícito para la existencia de los derechos.

Afirmaba Kant que

... el hombre no es libre para decidir sobre su propia vida porque no puede utilizar un principio como fundamento de la destrucción del mismo. Así, por ejemplo, un hombre no puede utilizar su libertad decisoria para abdicar de ella y convertirse voluntariamente en esclavo, pues, al hacerlo, dejaría de ser libre y, por consiguiente, no podría hacer uso del fundamento capital por el que disponía de su persona. Del mismo modo, la autonomía personal no justifica que renunciemos voluntariamente a la vida, pues dicha elección implicaría la destrucción de nuestra autonomía.⁸

8. DE PRADA, Juan M., “No se puede utilizar un principio como fundamento para la destrucción del mismo”, en *El Semanal*, 31/10/2004 (fuente: <https://es.catholic.net/op/articulos/17425/cat/608/no-se-puede-utilizar-un-principio-como-fundamento-para-la-destruccion-del-mismo.html>).

Para quienes abrevamos en la filosofía que venimos exponiendo, la indisponibilidad de la vida es consecuencia directa de la imposibilidad de utilizar un principio como fundamento de la destrucción del mismo, porque cuando la libertad suprime la vida, es una libertad que se suprime a sí misma.⁹ Quien resuelve quitarse la vida no está renunciando al derecho a la vida, sino a la vida misma y, con ello, a la libertad que ya no puede ser ejercida por quien tomó esa resolución y la ejecutó.

Entre el “no sé” propio de mi postura deísta frente a los misterios de la vida y la imposibilidad personal de acudir a un argumento religioso, no hallé por mucho tiempo el discurso sencillo que explicara mi rechazo de la eutanasia. Una vez alcanzada la respuesta a la medida de mi finito entendimiento, encontré en la filósofa Diana Cohen Agrest el desarrollo docente de la explicación que mejor traduce mi convicción:

La eutanasia voluntaria elimina el soporte personal de quien ejerce la libertad [...] La libertad de autodeterminarnos, decidiendo todo aquello que concierne a nuestra propia vida, no puede extenderse hasta llegar a remover la condición primera del ejercicio de la libertad: la vida misma en su calidad de soporte corporal de dicho ejercicio. Si se admite la eutanasia voluntaria amparándonos en la libertad de elección, suprimimos en el mismo acto a la persona misma, sujeto de dicha elección.¹⁰

Estamos en condiciones de conceptualizar el derecho de autoprotección como aquel en el que cualquier persona, con discernimiento, dispone, válida y eficazmente, en cuestiones personales, incluso de salud, y/o patrimoniales, para el supuesto de que en un futuro eventual, joven o mayor, le sobrevenga una discapacidad o un estado de capacidad restringida (en el plano jurídico) o una incompetencia (en el plano bioética) que lo prive total o parcialmente del discernimiento, o le impida comunicar su voluntad, sea la carencia definitiva o temporaria.

4. Mensaje del papa Francisco

El papa Francisco dirigió un [mensaje](#) al presidente de la Pontificia Academia para la Vida con motivo del Encuentro Regional Europeo de la World Medical Association (Vaticano, 16-17 de noviembre de 2017), que tiene a su cargo analizar el sentido de la vida y, puntualmente, los problemas que plantea el acceso igualitario a la salud y la distribución equitativa de los recursos sanitarios.¹¹ Para tal mensaje, el papa se ha apoyado en los escritos de Pío XII y en las previsiones del [Catecismo](#). En sus textos, Pío XII aseveraba que no es obligatorio emplear todos los medios terapéuticos disponibles y que, en casos determinados, es lícito abstenerse de usarlos cuando su empleo no corresponde a un criterio ético y humanitario.¹²

9. Ídem.

10. COHEN AGREST, Diana, *¿Qué piensan los que no piensan como yo?*, Buenos Aires, Debate, 2008, p. 160.

11. [Mensaje del santo padre](#) al presidente de la Academia Pontificia para la Vida con motivo del Encuentro Regional Europeo de la “World Medical Association” (Vaticano, 16-17 de noviembre de 2017).

12. Ídem (se cita a Pío XII, en *Acta Apostolicae Sedis*, Vaticano, N° XLIX, 25/1/1957, “Allocuciones”, §V, pp. 1027-1033. [N. del E.: ver cita completa de Pío XII [aquí](#)]).

Según las enseñanzas del Catecismo, no es lícito acortar la vida pero sí aceptar que no se puede impedir la muerte y asumir responsablemente los límites que impone la condición humana mortal en el momento en que se torna incontrastable impedir la sin acudir a medidas extraordinarias; las decisiones deben ser adoptadas por el paciente competente y con capacidad; los cuidados ordinarios no pueden ser legítimamente interrumpidos; los cuidados paliativos constituyen una forma privilegiada de la caridad.

En cuanto al contenido del mensaje, nos parece muy importante destacar que ratifica la ilicitud de la eutanasia como interrupción deliberada de la vida tendiente a procurar la muerte. Afirma que es “moralmente lícito” renunciar a extender la vida cuando la persona, asumiendo responsablemente el límite de la condición humana mortal, “acepta no poder impedir” la muerte y renuncia a la aplicación de medios terapéuticos o decide suspenderlos cuando resultan extraordinarios. A su vez, ratifica la preocupación de la Iglesia por “el bien integral de la persona”, objetivo que justifica el rechazo del “enseñamiento terapéutico” que acompaña la gran evolución actual de la medicina. Distingue entre “promover la salud” y beneficiar “el bien integral de la persona” y la justificación médica hacia “intervenciones sobre el cuerpo humano (que) son cada vez más eficaces pero no siempre son resolutivas”. Al respecto, hace marcado hincapié en el concepto de “proporcionalidad”, que debe primar en la prestación del acto médico. Se opone a la enunciación de una “regla general” tendiente a normar “una cuestión tan sensible” y se pronuncia por una solución particular y personalizada ante cada caso concreto. Rescata el rol principal del paciente y el respeto hacia sus decisiones tomadas con competencia y capacidad. Sin referirse a él en forma expresa, reconoce el “consentimiento informado”, valora la importancia de los cuidados paliativos desde una nueva perspectiva, no paternalista, de la relación médico-paciente, en la que el primero debe intervenir para combatir el sufrimiento, el dolor y la soledad del enfermo. Reivindica la misión asistencial del médico que debe estar dirigida a “cuidar siempre de la persona viviente, sin acortar su vida, pero sin enseñarse inútilmente contra su muerte”. Critica la desigualdad terapéutica “presente en los países más ricos donde el acceso a las curas corre el riesgo de depender más de la disponibilidad económica de las personas que de las efectivas exigencias de la curación”. No alude al “testamento biológico”, nuestro “acto de autoprotección” que reclama la comunidad jurídica italiana.

5. Propósito de este comentario

Vuelvo sobre la materia que me es tan querida, con el deseo de invitar a los colegas a repensar la responsabilidad que nos cabe en la atención y estudio de esta incumbencia cuyo oportuno desarrollo logró, en su momento, la regulación normativa del instituto en las legislaciones italiana y española, países para los que nuestras consideraciones resultaron pioneras y convocantes. Soy consciente de los problemas y aun los dilemas de orden práctico y moral que provocan la configuración instrumental de estos actos y el andamiaje del actual ordenamiento normativo; principalmente: la Ley 26061 de Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005) y su [decreto reglamentario](#); la Ley 26657 de Salud Mental (2010) y su [decreto reglamentario](#); la Ley 26529 de Derechos del Paciente

(2009), su modificatoria, la Ley 26742 de Muerte Digna, y sus decretos reglamentarios; y los artículos 59 y 60 del CCCN.

La Ley de Derechos del Paciente reconoce el derecho a rechazar terapias y procedimientos médicos, sin o con manifestación de causa, y a revocar sus decisiones y, en el supuesto de enfermedades irreversibles o crónicas, admite su derecho a rechazar tratamientos quirúrgicos desproporcionados y la reanimación artificial y a exigir el retiro de soportes vitales. A su vez, siempre que no se interrumpan los cuidados paliativos, el paciente puede rechazar la hidratación y la alimentación.

Si bien el artículo 60 del CCCN dispone que “las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas”, nos preguntamos hasta qué punto estas pretensiones no importan la solicitud de prácticas eutanásicas. Estimamos que en este estadio asiste al colega el derecho a negarse a prestar su ministerio, invocando el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia que le reconoce nuestro derecho positivo en la Constitución Nacional, en el preámbulo y en los artículos 14, 19, 33 y 75 inciso 22, que al consagrar lo que denominamos el bloque constitucional, nos remite al artículo 3 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, Colombia, 1948), al artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, Francia, 1948) y a los incisos 1 y 3 del artículo 12 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 1969; aprobada en la Argentina por la Ley 23054). Se salva así el conflicto entre el cumplimiento de un precepto legal y valores que el escribano tiene derecho a defender, y hasta anteponer, como persona fundada en creencias religiosas y/o ponderaciones ético-axiológicas.

En lo personal, cuando he debido autorizar un acto con tales previsiones no he tenido dudas en tomarlas, ya que su andamio dependerá oportunamente de la decisión del juez, quien deberá contrastarlas con la ley vigente, la opinión del médico y la del comité de bioética que se desempeñe en el respectivo nosocomio. Recuerdo que, en una ocasión, una médica previó la administración a su persona de expresas medidas eutanásicas si en su oportunidad ellas resultasen legales.

En todos los requerimientos, como notarios autorizantes, debemos asegurarnos y comprobar que se está dando cumplimiento al citado artículo 59 del CCCN y que el otorgante cuenta con la información profesional y no profesional adecuada, amplia, oportuna, prudente, suficientemente inteligible para su entendimiento, de tal manera que se encuentre en condiciones de consentir o rechazar ese acto médico y prestar el consentimiento que exige la ley y la medicina.

Otro problema que podrá tener que resolver el colega puede estar dado por el requerimiento que le haga un menor de edad –sea de dieciocho o de dieciséis años, según la medida de que se trate–. En ese caso, titubeará frente a la disposición terminante del artículo 60 CCCN, que exige la capacidad plena del disponente para el otorgamiento de las directivas anticipadas de salud. Sin embargo, estimo que, como en definitiva se trata de una manifestación de voluntad, esencialmente revocable, hemos de tomarla, siempre que el requirente tenga, a nuestro juicio, discernimiento, dé muestras de madurez suficiente, es decir –citando a Cifuentes–, “la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias”.¹³

13. Citado por LLORENS, Luis R., “La falta o disminución del discernimiento, ¿constituye una incapacidad?”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 14/9/2007, t. 2007, cita online AR/DOC/2720/2007 (fuente: BRANDI TAIANA, Maritel M.,

Tengamos presente que, en el CCCN la edad, como hecho biológico, es solo una pauta. En el otorgamiento de un acto notarial, el escribano no se pronuncia sobre el estado general de capacidad específica para el acto a otorgar. Por eso lamentamos que la reforma al Código velezano no haya avanzado ni se haya animado a reemplazar el instituto de la capacidad por el del discernimiento.

6. El opus notarial

Insistimos, como lo hemos hecho a lo largo del ejercicio profesional personal, en la importancia fundamental de la redacción escrituraria, que, en la materia que nos ocupa, es de gran relevancia. En estas escrituras es aconsejable que el disponente se exprese en forma directa y que el notario recoja en su texto las expresiones del otorgante en primera persona. A su vez, ha de merecer especial atención la misión del notario de invitar, y aun incentivar, al disponente para que exprese las motivaciones del otorgamiento, sus vivencias, los valores y directrices que han guiado su historia de vida y sus convicciones, bagaje que, en su momento, servirán de orientación al juez que deba intervenir.

Por otra parte, entre las disposiciones, es importante consignar la o las personas que el otorgante rechaza para desenvolverse en el cuidado de su persona y/o de sus bienes y, en lo posible, enumerar los motivos de su rechazo, así como su expreso pedido al juez, en caso de que deba intervenir, para que omita su designación.

7. Otras dificultades en el otorgamiento de estos actos

Coincidimos con Brandi Taiana en las dificultades y angustias que ha de atravesar el requirente cuando decide otorgar estos actos, no solo por la dificultad de prever situaciones médicas de hecho y anímicas futuras inimaginables, sino por la incertidumbre con respecto a progresos científicos seguros pero imprevisibles. De ahí que hago más sus palabras cuando aconseja el poder preventivo como el instituto más aconsejable para vehicular el acto de autoprotección:

La designación de ese apoderado en sí misma es una decisión propia del otorgante de las directivas que le permite que su voluntad sea cumplida en el momento oportuno por una persona que conoce sus principios, creencias y deseos y deberá hacerlos cumplir. Este es propiamente el ejercicio del derecho de autoprotección. **Poder y no contrato de mandato** porque se trata de dos institutos profundamente diferentes. El poder, como vehículo, tiene causa, en este caso puntual, en el derecho de autoprotección que no constituye un negocio jurídico patrimonial y que, por lo tanto, se rige por sus propias reglas, diferentes del contrato de mandato. El poder, a diferencia del contrato de mandato, no se extingue de acuerdo al Código Civil y Comercial por la incapacidad sobrevenida. De hecho, el nuevo Código, evidentemente, ha querido darle una regulación independiente al poder y al contrato de mandato [...] La capacidad que se exige para el otorgamiento de los po-

“Los eslabones perdidos de la capacidad” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 920, 2016).

deres preventivos es la de la persona al momento de disponer sus directivas anticipadas y designar apoderado...¹⁴

Siempre ha de resultar más consolador equivocarnos por una mala elección propia que atenernos al maltrato o trato indiferente de la persona designada por la ley o por un juez ajeno a nuestra historia de vida.

A modo de justificación de estas líneas y de las razonables dudas de los colegas que comprendo y valoro, anoto las del poeta alemán Johann Wolfgang von Goethe, quien ya en el siglo XVIII supo decir: “Pensar es fácil. Actuar es difícil. Actuar siguiendo el pensamiento propio es lo más difícil del mundo”.

En lo personal, aspiro a morir a mi debido tiempo con una sonrisa en los labios, encaminada hacia el encuentro con los seres queridos que me han precedido, y continuar en este mundo mientras tenga deseos de dibujar proyectos y conjugar los verbos, no ya en futuro, sino en presente continuo.

8. Bibliografía

- BRANDI TAIANA, Maritel M., “Los eslabones perdidos de la capacidad” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 920, 2016.
- “Directivas anticipadas, poder preventivo y discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, [s.e.], 2016 (trabajo presentado en la XXXII Jornada Notarial Argentina [Buenos Aires, 2016]).
- COHEN AGREST, Diana, *¿Qué piensan los que no piensan como yo?*, Buenos Aires, Debate, 2008.
- DE PRADA, Juan M., “No se puede utilizar un principio como fundamento para la destrucción del mismo”, en *El Semanal*, 31/10/2004.
- FRANCISCO (papa), [mensaje del santo padre al presidente de la Academia Pontificia para la Vida con motivo del Encuentro Regional Europeo de la “World Medical Association”], Vaticano, 16/11/2017.
- HOOFT, Pedro F., “Derechos humanos. Un puente entre la bioética y el derecho”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento “Actualidad”, N° 67, 8/4/1999.
- LLORENS, Luis R. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- RABINOVICH BERKMAN, Ricardo, “Un importante aporte al reconocimiento de la autonomía de la voluntad a través de las directivas anticipadas”, 2010.
- VÁZQUEZ ORTIZ, Alejandro, “Metafísica y política en Marco Aurelio. Una reintroducción a la lectura de las *Meditaciones*” [online], en *Cuaderno de Materiales*, N° 23, 2005-2011.

14. BRANDI TAIANA, Maritel M., “Directivas anticipadas, poder preventivo y discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, [s.e.], 2016 (trabajo presentado en la XXXII Jornada Notarial Argentina [Buenos Aires, 2016]), pp. 13-14. [N. del E.: acceda al trabajo completo [aquí](#)].

Donación con cargo

Eficacia temporal del cargo, prescripción y revocación*

Ana J. G. Stern

RESUMEN

Se solicita dictamen sobre la posibilidad de transmitir el dominio pleno de trece lotes de terreno: una asociación adquirió los inmuebles por donación con cargo realizada por una sociedad. La donataria ejecuta hasta la fecha el cargo impuesto. El cargo no establece plazos y no está inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble. La donataria quiere desafectar el cargo y disponer de los lotes. Se concluirá que el donatario adquirió el dominio imperfecto, que devendrá perfecto ante la prescripción de la acción de revocación de la donación, es decir, por el transcurso de cinco años desde que se configure la mora. Por otra parte, se concluirá también que la circunstancia de si la notificación notarial y mediante edictos que se le haga a la sociedad donante de la voluntad de incumplir hace comenzar a correr el plazo de prescripción merece apreciación judicial y excede a la competencia notarial. El dominio imperfecto devendrá en perfecto como consecuencia de la aplicación del artículo 1965 del CCCN, aunque existen distintas interpretaciones acerca del cómputo del plazo de diez años.

PALABRAS CLAVE

Donación con cargo, modificación de dominio imperfecto, revocación de donación, incumplimiento del cargo, títulos observables.

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

Sumario: 1. Doctrina. 2. Antecedentes. 3. Consideraciones. 3.1. Donación con cargo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Doctrina

- El donatario de un inmueble que le fuera donado con el cargo de darle un destino determinado es titular de un dominio imperfecto, revocable, que como tal puede transmitir, aún pendiente de cumplimiento del mismo.
- Las donaciones solo pueden ser revocadas por incumplimiento de los cargos, por ingratitud del donatario y, en caso de habérselo estipulado expresamente, por supervivencia de hijos del donante.

* Dictamen aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 28/9/2017; expediente: 16-00407-16.

- El incumplimiento del cargo como consecuencia del cambio de destino no configura un caso de ingratitud del donatario, por no tratarse de uno de los supuestos establecidos en el artículo 1571 del Código Civil y Comercial (CCCN). En consecuencia, no les es aplicable el plazo de caducidad de un año que prevé el artículo 1573.
- Ante el incumplimiento, los beneficiarios del cargo tienen acción personal para obtener su cumplimiento, y el donante y sus herederos, además, acción de revocación de la donación.
- Los terceros adquirentes del dominio así transmitido pueden impedir los efectos de la revocación, ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario, si estas no debiesen ser ejecutadas precisa y personalmente por aquel.
- El plazo de prescripción de la acción de revocación es el genérico de cinco años (art. 2560 CCCN) y comienza a correr el día en que la prestación es exigible (art. 2554 CCCN).
- El artículo 1965 CCCN establece un límite al dominio imperfecto fijándole un plazo máximo de diez años, cumplido el cual todo dominio revocable (sea sujeto a plazo o condición) deviene perfecto. La norma dispone que se computa desde el título constitutivo del dominio imperfecto. Entendemos que, tratándose de títulos de fecha anterior a la entrada en vigencia del CCCN, dicho plazo comenzará a correr a partir del 1 de agosto de 2015.

2. Antecedentes

El escribano S. solicita a esta Comisión que dictamine acerca de la posibilidad de transmitir el dominio pleno de trece lotes de terreno cuya adquisición reviste los siguientes antecedentes:

- a) La Asociación Mapuche Country Club adquirió los inmuebles sitios en el partido de Pilar, provincia de Buenos Aires, por donación que le hiciera la sociedad “Rigel Sociedad Anónima, Inmobiliaria, Industrial Y Comercial”, mediante escritura del 27 de agosto de 1980, “con cargo de no darle otro destino diferente al de su utilización para la práctica de deportes y jardines”.
- b) Dicho cargo no establece un plazo de finalización.
- c) La donataria ejecuta hasta la fecha el cargo establecido.

Asimismo, el consultante agrega que:

- d) El desarrollo urbanístico obtenido por la asociación donataria hizo que el área determinada por los lotes donados resultara insuficiente y, en virtud de ello y a los fines de satisfacer la demanda de los socios beneficiarios respecto de la práctica deportiva y actividades recreativas, ha adquirido fracciones de mayor extensión linderas al emprendimiento.
- e) La sociedad donante nunca poseyó CUIT, no realiza actividad alguna y se encuentra inscrita en el Registro de Sociedades inactivas, etc.
- f) El cargo no se encuentra inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble.

- g) La intención de la asociación donataria es “desafectar” el cargo oportunamente impuesto mediante la donación y disponer de los lotes “con la condición de aplicar su producido a la realización de obras esenciales para los socios de la Asociación”.

Opina el consultante que una propuesta de solución sería convocar a una asamblea extraordinaria de socios de la Asociación Mapuche Country Club (terceros beneficiarios del cargo) a fin de tratar la “desafectación del cargo” y posterior venta de los lotes. Así, y en el entendimiento de que el artículo 1573 CCCN establece el plazo de caducidad de un año para que el donante pueda iniciar las acciones tendientes a obtener la revocación de la donación por ingratitud desde que las causas de la revocación fueran conocidas por el donante, notificar notarialmente y mediante edictos a la sociedad donante a efectos de poner en su conocimiento la decisión adoptada, para luego dejar pasar el plazo de caducidad de un año desde la fehaciente notificación y proceder a la venta de los lotes libremente.

3. Consideraciones

Esta Comisión ha debatido profunda y prolongadamente acerca del tema en consulta, la que abordaremos parcialmente en el entendimiento de que algunas cuestiones exceden a nuestro tratamiento y deben ser judicializadas.

El contrato de donación con cargo en análisis se celebró durante la vigencia del **Código Civil derogado** (CCIV). No obstante, y por tratarse de un contrato cuyas consecuencias se encontraban en curso de ejecución al momento de la entrada en vigencia del CCCN, abordaremos el tratamiento de conformidad con la legislación actual.

3.1. Donación con cargo

El cargo es una obligación accesorio que, en el caso de las donaciones, puede ser impuesta a favor del donante o de un tercero, sean ellos relativos al empleo o destino de la cosa donada o consistan en una o más prestaciones. Los cargos deben ser lícitos y posibles, aun cuando no se haya previsto expresamente dicha exigencia y, tratándose de una obligación accesorio, debe sujetarse a las mismas exigencias formales y probatorias que se imponen a la donación a la cual accede.

3.1.1. Plazo para el cumplimiento del cargo

Dada la naturaleza obligacional del cargo, cuando no se ha fijado plazo para su cumplimiento cabe preguntarse si debe considerarse perpetuo o no, especialmente cuando el cargo está referido al destino a dar a la cosa donada. Refiere el consultante al respecto, entendiendo excesivo el plazo durante el cual la Asociación ya se encuentra cumpliendo con el cargo. Desde ya, cualquier acción tendiente a obtener un plazo tope de cumplimiento o considerar cumplido el cargo, deberá someterse a la intervención judicial.

3.1.2. Dominio revocable

El donatario que adquiere un inmueble por donación con cargo es titular de un dominio imperfecto, revocable. Lo es por estar sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió. Su duración se encuentra subordinada a un plazo o condición resolutorios, afectando así el carácter perpetuo que caracteriza al dominio pleno o perfecto. Tal es así en los casos de compraventa con pacto de retroventa y revocación de las donaciones por ingratitud del donatario o por incumplimiento de los cargos.

La condición resolutoria puede ser expresa o implícita. Es expresa cuando fue estipulada por las partes en ejercicio de su libertad contractual, mientras que la tácita o implícita es la que encuentra su fuente en la ley con prescindencia de lo acordado por las partes, como sucede en los casos de inejecución de los cargos o de ingratitud del donatario.¹ El dominio que adquiere el donatario por donación con cargo está limitado temporalmente a que acontezca la condición resolutoria de una sentencia de revocación por inejecución de los cargos a petición del donante o sus herederos.

3.1.3. Acción de cumplimiento de los cargos

En primer término, para que se pueda reclamar el cumplimiento en forma judicial, el obligado debe haber sido constituido en mora y para ello debe atenerse a las reglas generales acerca del cumplimiento de las obligaciones; es decir, que si tienen fecha cierta, la mora se produce de pleno derecho y si no, tal el caso que analizamos, deberá ser intimado.

Se trata de una acción personal y el obligado solo responde del cumplimiento de los cargos con la cosa recibida, no estando obligado personalmente con sus bienes. En consecuencia, puede sustraerse a la ejecución de los cargos, abandonando la cosa recibida (art. 1563 CCCN, siguiendo el mismo criterio del derogado 1854 CCIV).

3.1.3.1. Legitimación activa

El donante y sus herederos tienen legitimación para accionar por cumplimiento de los cargos si fueron impuestos a favor del primero tanto como si han sido estipulados a favor de terceros, así como los terceros beneficiarios del mismo.

3.1.3.2. Acción de revocación por incumplimiento de los cargos

El artículo 1570 CCCN dispone

La donación puede ser revocada por incumplimiento de los cargos. La revocación no perjudica a los terceros en cuyo beneficio se establecen los cargos. Los terceros a quienes el donatario transmite bienes gravados con cargos sólo deben restituirlos al donante, al revocarse la donación, si son de mala fe; pero pueden impedir los efectos de la revocación

1. Ver ALTERINI, Jorge H., "Resolución de los contratos y dominio revocable (con especial referencia a la resolución por incumplimiento y al pago del precio en la transmisión de dominio –arts. 1376 y 3923 del Cód. Civil–)", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 50, 1973, pp. 649-650.

ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario si las prestaciones que constituyen los cargos no deben ser ejecutadas precisa y personalmente por aquél. El donatario que enajena los bienes donados, o imposibilita su devolución por su culpa, debe resarcir al donante el valor de las cosas donadas al tiempo de promoverse la acción de revocación, con sus intereses.

Asimismo, el artículo 1571 CCCN dispone:

Ingratitud. Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos: a) si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes o descendientes; b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor; c) si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio; d) si rehúsa alimentos al donante...

Claramente, el incumplimiento del cargo como consecuencia del cambio de destino no configura un caso de ingratitud del donatario, por no tratarse de uno de estos supuestos.

3.1.3.2.1. Legitimación activa

Conforme lo dispone el artículo 1562 CCCN, el donante y sus herederos tienen legitimación para promover la acción de revocación por incumplimiento de los cargos. Los terceros beneficiarios del cargo solo tienen acción de cumplimiento, no así de revocación. A su vez, y teniendo en cuenta que el artículo 356 CCCN ha previsto la transmisibilidad de los cargos, tanto por actos entre vivos como por causa de muerte, la revocación podría ser solicitada por los cesionarios.

3.1.3.2.2. Legitimación pasiva

La acción se dirige contra el donatario que, al aceptar la donación, asumió el cargo. Fallecido el donatario, se incoará contra los herederos del mismo. En caso de que el donatario o sus herederos hubieran transmitido la cosa donada a un tercero, el donante o sus herederos deberán entablar la acción de revocación contra el donatario o sus herederos y dar intervención al subadquirente para que la sentencia le sea oponible. De no ocurrir así, el accionante vencedor en el juicio de revocación deberá luego iniciar un nuevo juicio contra el subadquirente.

3.1.3.2.3. Requisitos para la viabilidad de la acción

En primer lugar, el donatario debe haber incumplido con el cargo y haber sido constituido en mora para que la acción proceda (arts. 886 y 887 CCCN).

3.1.3.2.4. Aspectos registrales

Con relación a lo resaltado por el consultante, respecto a la falta de inscripción del cargo en el Registro de la Propiedad Inmueble, cabe destacar que en las conclusiones a las que se arribara en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario, 2015), se resolvió por mayoría:

El carácter revocable del dominio resulta oponible a toda clase de terceros, sin distinción, si surge del instrumento registrado. No es necesario, para lograr esa oponibilidad, que dicho carácter revocable surja de las constancias registrales.

Todos los terceros deben informarse del alcance de la situación registrada a través de la consulta del instrumento registrado o de su matriz, según el caso. Si no procedieran de esa manera, carecerían de la buena fe exigida por el ordenamiento jurídico (arts. 9 y 961 CCyCN); y de manera específica, los arts. 1893 y 1166 CCyCN y 12 y 33 de la Ley Nacional Registral Inmobiliaria corroboran esta interpretación. Esta conclusión es concordante con lo resuelto al respecto en el XV Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en la Ciudad de Santa Fe, provincia homónima, en el año 2009.

3.1.3.2.5. Efectos de la revocación

3.1.3.2.5.1. Entre las partes

La revocación de la donación por incumplimiento del cargo acarrea la consecuencia de la obligación de restituir el donatario al donante los bienes donados o el valor de los mismos. Para ello, deberá otorgar la escritura pública, hacer tradición de la cosa y proceder a la inscripción de corresponder conforme a las reglas del dominio revocable.

3.1.3.2.5.2. Respecto de terceros beneficiarios del cargo

Aun cuando se revoque la donación por incumplimiento del cargo impuesto en beneficio de terceros, la obligación deberá ser cumplida por el donante.

3.1.3.2.5.3. Respecto de terceros

Los terceros a quienes se les hubieran transmitido las cosas objeto de la donación solo están obligados a restituirlas si son de mala fe. Claramente no podrán alegar buena fe los terceros adquirentes cuando del título de su transmitente surja la imposición del cargo aun cuando éste no haya sido publicitado registralmente. La revocación tendrá efectos retroactivos.

Con el texto anterior, aplicable también respecto del nuevo, se ha dicho que sólo “es posible sustentar la oponibilidad si se acredita una mala fe calificada: el conocimiento de la existencia de cargos y su incumplimiento”.²

3.1.3.3. Cumplimiento parcial

Las situaciones de cumplimiento parcial, sean por no completar la totalidad del cargo impuesto (p. ej., hacer o dar menos de lo convenido) o bien por haber ya cumplido durante mucho tiempo y pretender que resultaría un exceso la exigencia de seguir cumpliendo, tal como el caso analizado, deberán ser apreciadas judicialmente. Borda ha señalado que el principio es que el incumplimiento parcial no impide el ejercicio del derecho de revocación, pero resulta natural aplicar estos principios con cierta flexibilidad, de modo que los jueces deben apreciar las circunstancias de cada caso y decidir si el incumplimiento parcial es de una gravedad tal como para justificar la revocación.³ Así, la Corte Suprema decidió que el incumplimiento parcial no autoriza la revocación si por las circunstancias

2. MOGGIA, Catalina, [comentario al art. 1570], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 7, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 740 (con cita de LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 618).

3. Ver BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos* (actualizador: Alejandro Borda), t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2008, § 1597.

del caso no puede considerarse que haya llegado la oportunidad de dar cumplimiento íntegro, como ocurre en el supuesto en que se dona un inmueble para la instalación de una escuela agrícola que, luego de funcionar parcialmente, deba ser clausurada por falta de alumnos.⁴

3.1.4. Extinción del dominio revocable por prescripción

La prescripción adquisitiva es un límite a la perpetuidad del dominio perfecto y también lo es del dominio imperfecto. En la donación con cargo, mientras el obligado al cumplimiento asume la obligación y la cumple, el dominio permanece revocable. En caso de incumplimiento, el beneficiario del cargo, el donante o sus herederos deberán exigir que se cumpla para que estos últimos puedan demandar la revocación, salvo que se hubiera estipulado un plazo para el cumplimiento del cargo.

En el caso del dominio adquirido por donación con cargo, si el titular imperfecto inicialmente cumple el cargo, pero con el transcurso del tiempo deja de hacerlo, del mismo modo podrá exigírsele el cumplimiento. Luego, si no se acciona y transcurre el plazo de la prescripción, no podrá pedirse la revocación. En consecuencia, mientras el donatario cumple el cargo, mantiene un dominio imperfecto, aun cuando se trate de un tercer adquirente del inmueble, pero puede devenir en perfecto si el cargo no se cumple y no se demanda la revocación. Así, la prescripción liberatoria de la acción para demandar la resolución o revocación de la donación perfecciona el dominio sin necesidad de acudir a la prescripción adquisitiva.

3.1.5. El artículo 1965 del Código Civil y Comercial de la Nación

Establece dicho artículo que

Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o éste sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto.

En una novedosa incorporación, el actual Código le ha puesto un tope de tiempo al dominio imperfecto, como ya había sucedido con el dominio fiduciario, cuando éste resulta por estar sujeto a plazo o condición. Esto significa que el lapso de diez años se aplica a todas las causales que hacen que un dominio sea revocable, cualquiera sea la circunstancia a la que se somete.

Desde ya, este régimen general funciona en caso de ausencia de un plazo más breve. Además, podría ocurrir que el primitivo transmitente renunciara a la condición, en cuyo caso también el dominio devendría inmediatamente perfecto. Es decir que estamos en presencia de un nuevo derecho real de dominio imperfecto, que no admite un plazo mayor de vigencia de diez años. Si el cargo se establece sin tope de tiempo para su cum-

4. CSJN, 16/3/1920 (*Jurisprudencia Argentina*, t. 4, p. 90); citado por BORDA, ob. cit. (cfr. nota 3).

plimiento o por un plazo mayor, transcurridos diez años desde su título constitutivo, se esté cumpliendo o no, salvo previa revocación, el dominio deviene en pleno. El artículo citado modificó la estructura del derecho real de dominio imperfecto, que se extingue como tal por el mero transcurso del tiempo.

Podría decirse entonces que caduca la acción de reversión al término de dicho plazo, aunque tal vez simplemente no exista acción porque nunca quedó expedita si pasó el plazo y el cargo se estaba cumpliendo. Ello no obsta que se pueda reclamar el cumplimiento, pero como acción personal no tendrá relevancia si el inmueble se hubiera transmitido, quedando el tercer adquirente a salvo de una reipersecución.

El primer interrogante es: ¿resulta aplicable este artículo 1965 a las donaciones con cargo otorgadas durante la vigencia del CCIV? Establece el artículo 7 CCCN:

Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...

Así, el artículo transcrito reitera en lo sustancial el derogado artículo 3 CCIV, que fuera modificado por la Ley 17711 y que, según opinión de Tobías, “permite mantener una fórmula que en su aplicación práctica –durante casi 50 años– no demostró haber generado dificultades significativas”.⁵

El relacionado artículo 7 del nuevo ordenamiento recoge los lineamientos básicos de la reforma establecida por la Ley 17711, que desechó la doctrina de los derechos adquiridos, cuya dificultad radicaba en distinguir cuándo se estaba en presencia de un derecho adquirido o de una simple expectativa, y recogió la del método objetivo, sobre la base de una ponencia de Borda en el III Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961).⁶ Allí, se reformaba el antiguo artículo 3 del CCIV, receptando los principios del efecto inmediato de la nueva ley a las situaciones y relaciones jurídicas en curso y a las consecuencias de las existentes, el principio de irretroactividad de la ley, salvo disposición legal en contrario, y el límite de retroactividad dispuesta por el legislador al amparo de los derechos constitucionales, como así también el de ultra actividad o efecto diferido de la nueva ley supletoria, agregando el vigente artículo 7 un límite a la ultra actividad de las leyes, ya que no se extiende a las normas más favorables al consumidor.

Dichos principios fueron desarrollados por la doctrina, especialmente por Paul Roubier, quien distinguió entre efecto retroactivo, efecto inmediato y efecto diferido de la ley al decir:

5. TOBIÁS, José W., [comentario al art. 7], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 57.

6. [N. del E.: el lector podrá acceder a continuación a las actas completas del Congreso digitalizadas, editadas por la Universidad Nacional de Córdoba en 1962, t. 1 y t. 2; 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}. También el lector podrá consultar las conclusiones del Congreso [aquí](#) {fuente: [micrositio](#) de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional del Sur; última consulta: 22/5/2018}. Finalmente, el lector podrá ver también dos aportes doctrinarios vinculados con la materia del art. 7 CCCN recientemente publicados en la *Revista del Notariado*: 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”, ambos en *Revista del Notariado*, N° 928, 2017].

El tiempo se descompone en tres momentos: presente, pasado y futuro. Por esta razón, hay tres posiciones posibles para la aplicación de una ley en el tiempo: ella puede tener efectos retroactivos si su aplicación se remonta al pasado; tiene efectos inmediatos si se aplica prontamente en el presente; tiene efectos diferidos si viniendo del pasado, se proyecta al futuro siendo que otra ley lo ha sustituido. Las normas legales tienen efecto retroactivo cuando se aplican: a) a hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior (*facta praeterita*); o b) a una situación jurídica en curso, por lo que toca a los efectos realizados antes de la iniciación de la vigencia de la nueva ley (*facta pendentia*). Pero si la nueva ley se aplica a las consecuencias aún no realizadas a un hecho ocurrido bajo el imperio de la precedente, no tiene efecto retroactivo sino inmediato. En lo que respecta a los hechos futuros (*facta futura*) es evidente que la ley nunca puede ser retroactiva.⁷

El CCCN en su artículo 7 copia casi textualmente el derogado artículo 3 del CCIV, utilizando las palabras y expresiones relaciones y situaciones jurídicas en forma indistinta y sus consecuencias. Roubier prefirió hablar de situación considerándola más amplia que relación, ya que esta se reduce a un vínculo directo entre dos personas, mientras que aquella puede ser también unilateral y es oponible a toda persona.

A los efectos de la aplicación de la ley en el tiempo, el CCCN, al igual que la Ley 17711, equipara las expresiones situaciones y relaciones jurídicas. En consecuencia, todo lo que se dice de una, se afirma de la otra. La cuestión no es la distinción entre situación y relación jurídica, ya que se rigen por las mismas reglas, sino las fases en las que se encuentran al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley. Así, el método objetivo utilizado para la aplicación de la ley en el tiempo tiene la dificultad de determinar cuándo se está en presencia de una situación o relación jurídica y cuándo de una consecuencia o efecto de la situación o relación jurídica.

Dice Tobías:

En la búsqueda de aportar alguna claridad a un tema de por sí complejo, puede decirse que las “consecuencias” de una situación o relación jurídica no pueden referirse a elementos que la integran sino a los efectos que reconocen como causa una situación o relación jurídica ya existente. Son las consecuencias jurídicas (o efectos jurídicos) que “resultan” de la situación o relación jurídica que les da origen.⁸

Es por ello que, teniendo en cuenta el principio de aplicación inmediata de la ley y entendiendo que la donataria es titular de un derecho real de dominio imperfecto como consecuencia de la donación cuyo cargo está cumpliéndose (está en curso de ejecución como consecuencia de aquel contrato, de aquella situación jurídica existente), entendemos pacíficamente que se le aplica en forma inmediata la nueva ley, el artículo 1965.

Por otra parte, la norma establece que el plazo se debe computar desde la fecha del título constitutivo (aunque se haya hecho entrega antes de la posesión) y surge entonces otro interrogante: ¿desde cuándo debe computarse dicho plazo?, ¿desde el título constitutivo (27 de agosto de 1980, y en tal caso ya transcurrió) o desde la entrada en vigencia del CCCN (1 de agosto de 2015)? En este punto no ha sido pacífica la interpretación. En el debate a que dio lugar el tratamiento del presente, algunos miembros de la Comisión

7. ROUBIER, Paul, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, París, Dalloz et Sirey, 1960, p. 9.

8. TOBIÁS, José W., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 56 (contiene cita de NIETO BLANC, Ernesto E., “Retroactividad de la ley y el daño moral”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 146, p. 284).

sostuvieron la aplicación del artículo 1965 al caso, como ya expusimos, pero en toda la letra de su texto. Es decir, ateniéndose a que la mención del cómputo del plazo normado resulta aplicable desde su título constitutivo, aun cuando haya comenzado a correr antes de la entrada en vigencia del Código actual.

La suscripta entiende que el cómputo del plazo de diez años comienza a correr desde el 1 de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del CCCN, siguiendo lo analizado con relación a la aplicación de la ley en el tiempo y al principio de aplicación inmediata receptado en el artículo 7 del CCCN, que fuera tomado del citado jurista Roubier, quien, en ocasión de que la Comisión de Reformas del Código Civil Francés (1948-1949) le pidiera redactar los artículos que sobre derecho transitorio debía contener el título preliminar, propuso como parte del articulado para regular la aplicación inmediata de la ley lo siguiente:

“Las leyes que gobiernan la creación o la extinción de situaciones jurídicas pueden alcanzar las situaciones en curso, no ciertamente en los elementos (u obstáculos) ubicados en la ley anterior, pero sí en aquellos que se sitúan en el futuro, respecto de las cuales ellas pueden exigir elementos nuevos (o crear obstáculos nuevos) para la formación o extinción de estas situaciones. A tal efecto, las condiciones de forma de un acto son y quedan regidas por la ley en vigor al día en que este acto se realizó, cualquiera sea la fecha en la cual este acto debía producir efectos. Las leyes que alargan la duración de un plazo se aplican inmediatamente a los plazos en curso. Las que lo abrevian, también se aplican pero a condición de contar el plazo nuevo sólo a partir de la nueva ley. Sin embargo, la ley antigua se mantiene si ella permitía extinguir el plazo con anterioridad”.⁹

En el caso analizado no existía un plazo; el dominio imperfecto podía perpetuarse como tal. Mientras el cargo se cumpliera, este estaba vigente; obviamente no daba lugar a la acción de revocación por incumplimiento, ni comenzaba a correr ninguna prescripción. El hecho del paso del tiempo no generaba ninguna consecuencia jurídica, no tenía virtualidad para modificar al derecho real. Es con la entrada en vigencia del actual Código que el paso del tiempo determina que un derecho real de dominio imperfecto alcance la plenitud por el mero transcurso de los diez años. En consecuencia, dicho plazo puede comenzar a computarse desde que existe, desde que puede generar un cambio.

4. Conclusiones

- La Asociación Mapuche Country Club adquirió el dominio imperfecto de trece inmuebles mediante donación que le hicieran con el cargo de no darle otro destino diferente al de su utilización para la práctica de deportes y jardines, y que, como tal, puede transmitir desde el 27 de agosto de 1980.
- Dicho dominio imperfecto devendrá en perfecto ante la prescripción de la acción de revocación de la donación, es decir, por el transcurso de cinco años desde que se configure la mora.

9. ROUBIER, Paul, [s.t.], en De La Moradière, Julliot *et al.*, *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil: année 1948-1949*, París, Recueil Sirey, 1950; la cita se encuentra en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “Las situaciones jurídicas preexistentes, a un año de la vigencia del Código Civil y Comercial. (Varios personajes en busca de un autor)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1/8/2016 (t. 2016-D, cita online AR/DOC/2312/2016).

- La circunstancia de si la notificación notarial y mediante edictos que se le haga a la sociedad donante de la voluntad de incumplir hace comenzar a correr el plazo de prescripción merece apreciación judicial y excede a la competencia notarial.
- Del mismo modo deberá ser juzgado el hecho de resultar excesivo el plazo ya transcurrido en cumplimiento del cargo.
- Asimismo, el dominio imperfecto devendrá en perfecto como consecuencia de la aplicación del artículo 1965 del CCCN. Existen distintas interpretaciones acerca del cómputo del plazo de diez años establecido en dicha norma.
- La cautela con la que debe regirse la actuación notarial impone tomar la debida precaución y recurrir a una interpretación judicial de resultar necesario.

5. Bibliografía

- ALTERINI, Jorge H., “Resolución de los contratos y dominio revocable (con especial referencia a la resolución por incumplimiento y al pago del precio en la transmisión de dominio –arts. 1376 y 3923 del Cód. Civil–)”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 50, 1973.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Contratos*, t. 2.
- (s.t. [ponencia presentada al III Congreso Nacional de Derecho Civil]), Córdoba, 1961.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “Las situaciones jurídicas preexistentes, a un año de la vigencia del Código Civil y Comercial. (Varios personajes en busca de un autor)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1/8/2016 (t. 2016-D, cita online AR/DOC/2312/2016).
- MOGGIA, Catalina, [comentario al art. 1570], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 7, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- ROUBIER, Paul, *Le droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps)*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960.
- TOBÍAS, José W., [comentario al art. 7], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2016.