

abril | junio 2018

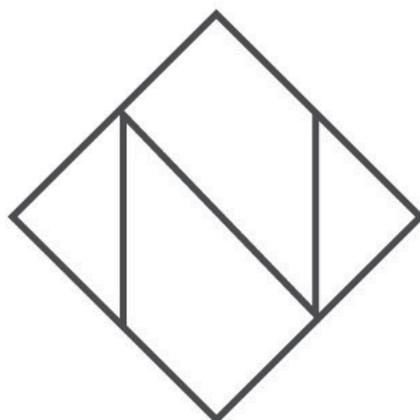
932

REVISTA DEL  
NOTARIADO

Director: Diego M. Martí

abril | junio 2018

932



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

### Editorial | 6

#### Doctrina

Consideraciones respecto del derecho real de habitación del conviviente supérstite y su registración, por *Sebastián N. Grillo* | 10

La necesidad de reformar los alcances de la acción de reducción | Una mala solución al problema de las donaciones, por *Juan José Guardiola* | 21

Enajenación de bienes inmuebles por institutos de vida consagrada y sociedades de vida apostólica (IVC y SVA), por *Ma. Marta Herrera, Cecilia C. Korniusza y Diego M. Mage* | 38

Límites de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción en relación a las donaciones de inmuebles, por *Néstor D. Lamber* | 83

La persistente presencia de los procedimientos sucesorios notariales en el nuevo Código Civil y Comercial y su proyección al futuro, por *Esteban M. Picasso* | 100

Cuestiones sobre la calificación de bienes en el régimen patrimonial del matrimonio, por *Natalia E. Torres Santomé* | 120

#### Dictámenes

Poder especial para vender. Validez *post mortem*, por *María Cesaretti* | 132

Poder especial irrevocable para donar y vender. Revocabilidad y validez *post mortem*, por *María Cesaretti* | 136

Estimados lectores:

En épocas de vertiginosos cambios sociales, de ebullición del derecho y de cuestionamientos sobre la función notarial desde algunos sectores de la opinión pública y los poderes del Estado, se abren las puertas a nuevas oportunidades para enriquecer el debate sobre el derecho notarial y las incumbencias de nuestra función desde enfoques diversos y novedosos, provenientes de todos los campos científicos vinculados, recogiendo la diversidad de experiencias de todos los rincones de nuestro país así como de aquellos países integrantes del sistema legal continental romanista o romano-germánico.

### **La importancia de las instituciones y la actividad institucional**

¿De qué se trata la actividad institucional? ¿Cuántos son los miembros de una institución que están realmente comprometidos con sus fines? ¿Cuántos participan de alguna actividad institucional, sea política, académica o de cualquier otra índole? ¿Qué le aporta al individuo la participación institucional?

No son preguntas retóricas. Realmente parece necesario, en épocas como la que nos toca afrontar, formularnos estos interrogantes y tomar postura.

Una institución es una entidad destinada a desempeñar una actividad determinada, que tiende a organizar el comportamiento de un grupo de individuos con una intencionalidad compartida, que trasciende las voluntades individuales al identificarse con un propósito que resulta en un bien para el grupo, de una relevancia tal que justifica su existencia. Y la actividad institucional no es otra cosa que la realización de los actos posibles con los recursos disponibles, a fin de cumplir los fines de la Institución de que se trate, desde la función que cada actor tiene en su estructura. Un concepto tan sencillo y tan amplio, pero a la vez tan difícil de generar en la conciencia de muchos de los miembros.

Nos decía el escribano Álvaro Gutiérrez Zaldívar en oportunidad del [editorial al N° 924](#) de la *Revista del Notariado* (noviembre de 2016):

Nuestro Colegio tiene un prestigio adquirido que se remonta a ciento cincuenta años y que es consecuencia de la tarea realizada tanto en la actualidad como en el pasado. El prestigio es algo muy diferente a la imagen; el primero es resultado de una trayectoria, mientras que la imagen puede ser algo efímero, incluso un transitorio producto de la publicidad. Los escribanos debemos seguir manteniendo este prestigio para las generaciones futuras, ya que hoy es el pasado del mañana.

No obstante, lo que queremos remarcar es la decisión de un grupo pequeño de escribanos de crear una institución que durante tanto tiempo se afianzó, creció y cambió hasta convertirse en una parte importante de la historia de nuestro país.

Probablemente alguno de ellos tuvo dudas al momento de firmar el acta de constitución y se preguntaría si el Colegio podría mantenerse en el tiempo o si era el momento adecuado para semejante decisión. No sabemos si alguno imaginó la proyección que tuvo. Lo importante es que lo fundaron, y hoy existe.

## Cambios normativos, ni tan pequeños ni tan grandes

No descubrimos nada al destacar la lucidez de nuestros académicos (contaremos en breve con material inédito de ese origen), pero queremos destacar aquí algunas frases de la exposición brindada por Mario Antonio Zinny en la sesión pública de la Academia Nacional del Notariado del 13 de septiembre de 1999, publicada en el N° 862 de esta *Revista*. Esto vinculado a algunas novedades normativas que, en pos de la modernidad y la agilidad de las inversiones, estamos viviendo. Decía Zinny que

No es necesario que la nueva norma derogue o modifique expresamente a la anterior para que influya en ella. Muchas veces he dado el ejemplo que daba Sebastián Soler, de la gota de tinta en el vaso de agua, que logra que toda la tinta se aclare y que toda el agua se oscurezca. Ése es el efecto de una ley nueva en el sistema de derecho preexistente al que se incorpora.<sup>1</sup>

En esa oportunidad el tema era la fe de conocimiento, pero sin duda podemos tomar esta idea y aplicarla prácticamente a cualquier escenario de innovación legislativa, tales como la firma digital o la registración de determinados boletos de compraventa. ¿Están?, ¿son una realidad? Sí, indudablemente. Pero, ¿en qué medida son un riesgo y en cuál, una solución? Y ahí es donde la tinta se aclara y el agua se oscurece, independientemente de la teórica importancia de la nueva norma en la pirámide (hemos visto cómo el 1° de agosto de 2015 comenzó a regir una gran reforma del derecho civil y comercial, que ha modificado e incorporado importantes cuestiones y dejado otras tal como estaban, y cómo acaba de dictarse un decreto con aplicación sólo en el ámbito de la Capital Federal pero que hace ruido en todos los rincones del país en función de su potencialidad).

Por supuesto que el cambio de un *statu quo* preocupa, fundamentalmente a quienes tienen que dar los primeros pasos; pero el notariado tiene una enorme ventaja: está acostumbrado a ser el primer intérprete de la norma, antes que el abogado litigante y antes que el juez que deba resolver el conflicto. El notario, como mediador, como garante de la seguridad jurídica y en ejercicio de su función preventiva de litigios, es habitualmente el primero en echar luz sobre los cambios que se proponen e implementan, tal vez sin tener del todo en cuenta el legislador la injerencia que aquellos tendrán en la vida cotidiana o que no siempre la prueba y el error son la mejor alternativa de implementación.

Ya hemos hablado en otras oportunidades, desde aquí, de algunas novedades tecnológicas que tocan el ejercicio de nuestra profesión, pero no por reiterado deja el tema de tener una enorme importancia. Los certificados registrales web ya existen, también las legalizaciones digitales en algunos casos; las certificaciones digitales de firmas y reproducciones están a un paso de ser realidad, seguirán tal vez los testimonios. Lo importante es que no le soltemos la mano a la comunidad vinculada y que estemos permanentemente atentos a las necesidades que debemos cubrir frente al avance de algunas regulaciones, antes de que sean mal cubiertas desde otro ámbito, poniéndonos incluso a la cabeza del cambio. El proceso de implementación de las sociedades por acciones simplificadas (SAS) ha sido –y es aún– traumático. La rúbrica digital de libros tiene cuestiones por

1. ZINNY, Mario A., [su intervención] en Cursack, E. V. y otros, “«Fe de conocimiento». Sesión pública del 13 de septiembre de 1999”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 862, 2000, p. 95. [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

resolver. Y así va sucediendo, como es lógico, con la mayoría de aquellas innovaciones que implican grandes cambios para mucha gente.

Algunos tipos de firma digital implican la adquisición de elementos tecnológicos (como ser un *token*) y la instalación de certificados. Y esto sin consideración a las innegables diferencias que existen a lo largo y ancho de nuestro país, a nivel de acceso a internet, por ejemplo. Sin embargo, la posición del notariado ha sido y es, invariablemente, la de formar parte del cambio. Y decimos esto desde una publicación digital, que ha sumado herramientas tecnológicas que la hacen cada día más completa, contando, por ejemplo, con links de acceso a cada norma o fallo que citan los autores. Por supuesto que cuesta el cambio y que hay resistencia en algunos casos, pero ello se debe, fundamentalmente, a que la seguridad de la que somos garantes no admite “prueba y error”.

Leímos hace poco la [noticia](#) (publicitaria) de que se firmó, usando *blockchain*, el primer boleto de compraventa inmobiliario. Tal vez signifique que se firmó digitalmente sobre una plataforma que opere utilizando *blockchain* (un sistema de seguridad basado en la distribución de la información que constituye un archivo en diversos servidores), pero ¿quién asesoró a las partes?, y ¿quién verificó su identidad? (ello teniendo en cuenta que el uso de un dispositivo o de una clave permite vincularlos a un archivo o documento, pero no saber quién fue su operador, y mucho menos estar seguros de que entendió las consecuencias de lo que firmaba).

Claro que esto podría ser considerado una defensa corporativa –palabra con mala prensa, si las hay–, pero, en primer lugar, así como nos resultaría sumamente difícil (o imposible) opinar con justicia respecto de lo que atañe al ámbito de aplicación de otra profesión, también lo sería que quien no esté imbuido de lo que hacemos logre una postura clara y fundada al respecto. Y, por otro lado, somos también parte de la sociedad que se verá afectada –positivamente o no– de los efectos de estos cambios, aunque con el aditamento de que podemos comprender de antemano sus efectos.

Y volvemos a citar a Zinny en su aludida exposición académica: “cuando una norma jurídica es obsoleta, ha dejado de ser una norma jurídica para pasar a ser una arbitrariedad”;<sup>2</sup> lo que nos lleva a pensar en lo arbitrario que puede resultar todo un sistema que no se adapta, que se vuelve obsoleto.

Y continuaba Zinny:

No se trata [...] sino de adecuar la función a nuestra circunstancia, que ya no da para más; no nos permite, en mi modesta opinión, prescindir de los medios modernos de identificación como manera de asegurar la contratación, que no creo que podamos asegurarla con ese juicio que se pretende que emitamos.<sup>3</sup>

Parafraseándolo, nos encontramos frente a una situación que, si bien da para mucho más, también necesita *aggiornarse*, y de ese modo seremos parte del cambio y parte de la solución.

Hace años que el notariado viene trabajando para contrarrestar las tendenciosas opiniones de entidades como el Banco Mundial que, parado en una perspectiva anglosajona del derecho, pretende prescindir del notario latino; o como UNCITRAL, que

2. Ídem, p. 100.

3. Ídem, pp. 101-102.

propugna la estandarización no solo contractual sino también legislativa, partiendo desde una perspectiva similar. Pero, lejos de amedrentarnos, ello nos ha fortalecido en base al trabajo conjunto y la cooperación mutua.

### **Automatización intelectual**

El 1º de septiembre último, desde una publicación en el diario *La Nación* titulada “Los riesgos que plantea la digitalización en las escrituras”, nos decían los colegas Bernardo Mihura de Estrada y Santiago Pano que, con motivo de la disertación en nuestro país de expertos tecnológicos sobre los beneficios del uso de la tecnología *blockchain* en la vida cotidiana de las personas, sería una buena oportunidad para reflexionar sobre el real alcance de la seguridad jurídica en el uso masivo de la tecnología en la contratación inmobiliaria:

Quizás la mayor debilidad de nuestro gremio es no saber comunicar bien lo que hacemos, es decir, poder hacerle ver al ciudadano qué valor agregado le brinda a la contratación nuestra participación profesional [...] hoy podemos dudar de muchas cosas en la argentina, pero en general nadie duda de que su casa es verdaderamente su casa [...] básicamente, un escribano hace dos cosas esenciales. Con su participación personal en la contratación entre particulares brinda publicidad y plena oponibilidad a terceros a los documentos en que interviene, y, a su vez, asesora y participa en la redacción de estos mismos acuerdos de forma tal de procurar evitar la litigiosidad posterior [...] “a escribanías abiertas, juzgados cerrados”. [...] Ahora bien, en cualquier contratación entre particulares el registro digital no es más que un nuevo medio de prueba [...] El documento notarial clásico, en donde la participación de un tercero imparcial y simultánea con la manifestación de voluntad de las partes es la regla, se refuerza enormemente el elemento intencional de los firmantes, evitando así la liviandad en la contratación de negocios de cierta importancia económica [...] no es solo la fe pública lo que le falta al uso de esta nueva tecnología digital; en ella no hay asesoramiento previo, no hay identificación personal de los contratantes, ni juicio de capacidad, no hay acreditación de facultades, no hay nadie que proteja de alguna forma a la parte débil en la contratación, ni que ejerza control de legalidad alguno sobre el instrumento [...] no se puede confundir el medio técnico utilizado con el prestador del servicio. [...] no es nuestra intervención en el papel lo que nos hace escribanos, sino, por el contrario, es el escribano el que, al ejercer su función especial delegada por el Estado, impregna al instrumento (papel o en cualquier otro medio) de características propias e irrefutables.

Siempre hay una sombra que se cierne sobre el notariado. Siempre hay intereses cuya raíz permanece oculta, que apuntan al cuestionamiento de nuestra función. Pero el notariado y sus instituciones son proactivos, no nos sentamos a esperar que las cosas pasen, vamos por ellas, y así somos, como decíamos, parte de la solución.

DIEGO M. MARTÍ

# Consideraciones respecto del derecho real de habitación del conviviente supérstite y su registración\*

Sebastián N. Grillo

## RESUMEN

El Código Civil y Comercial de la Nación trajo consigo la novedosa regulación de las uniones convivenciales y, con ella, algunos institutos que merecen la atención del operador del derecho. Se aborda en este trabajo el derecho real de habitación del conviviente supérstite, planteando algunas de sus características principales, así como poniendo de relieve sus especificidades, con miras a comprender los alcances de la normativa y su recepción desde el ámbito de lo notarial y registral. En la convicción de que este aporte pueda colaborar en la profundización del estudio y difusión del instituto, se plasmarán las posturas doctrinarias vigentes, en virtud de las cuales se tiendan nuevas posibilidades interpretativas, así como la necesidad de actualización legislativa local acorde con las necesidades y requerimientos que la operatividad de la norma demande.

## PALABRAS CLAVE

Uniones convivenciales, derecho real de habitación, conviviente supérstite.

### *Fechas de recepción y aceptación*

1/8/2018 - 7/8/2018

**Sumario:** 1. *Presentación del tema.* 2. *Análisis normativo y doctrinario.* 3. *Conclusiones.* 4. *Bibliografía.*

## 1. Presentación del tema

A casi tres años de la entrada en vigencia del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”) y a pesar de una suerte de explosión teórica, no deja de llamar la atención del analista más avezado así como la del ciudadano de a pie la cantidad de institutos incorporados por la comisión redactora a la vida civil. Lo curioso, más tangible en el caso que nos ocupa aunque aplicable a infinidad de temas, es que se trata de institutos de amplia aceptación y práctica social, difundida aplicación en los hechos, e incluso con

\* Edición revisada, ampliada y digitalizada del trabajo homónimo presentado en la 43ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, junio de 2018).

frondoso recorrido jurisprudencial y doctrinario. Pero, desde luego, y así como sucede con otras construcciones culturales, la normativa llega para poner un manto de legitimidad y protección allí donde la práctica no por habitual resulta justa.

En el entendimiento de que prestigiosos colegas lo han hecho antes y mejor, nos limitaremos a indicar que el CCCN, aun con errores, abandona el matiz abstencionista de *su antecesor* e incorpora al derecho positivo gran cantidad de cuestiones relativas al derecho de familia y de las uniones convivenciales en particular, evitando juicios de valor y entendiendo que ante la realidad innegable de las uniones convivenciales, lo primario no es ignorarlas sino establecer una base de protección a sus integrantes, así como a los terceros que podrían estar involucrados, apuntando a regular algunas consecuencias y efectos jurídicos, al tiempo que se atiendan el respeto de los derechos humanos personalísimos y la preservación de la autonomía de sus miembros.<sup>1</sup> Como fuera, y aun con imperfecciones, es indudable que el CCCN representa un avance importante en la regulación de las uniones convivenciales.

Desde la óptica de la política legislativa –si es que cabe tal figura–, podríamos preguntarnos si se legisla para cubrir una problemática social puntual (representada por una realidad insoslayable, donde se ensayan y florecen nuevas formas de familia no matrimoniales) o bien para resguardar el interés de los acreedores y el tráfico jurídico. Cualquiera fuera la postura que tomemos, en el contexto de las uniones convivenciales, hemos de analizar el instituto del derecho real de habitación del conviviente supérstite, que tiene estrecha relación con el ámbito de los derechos reales en general, y, quizás como consecuencia de ello mismo, intentaremos repensarlo desde la óptica del derecho notarial, en tanto que novedosa competencia, y extender sus implicancias hacia el ámbito del derecho registral, en tanto que situaciones registrables.

## 2. Análisis normativo y doctrinario

Partiremos desde las pautas brindadas por el CCCN, que en su artículo 527 establece:

El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.

Del propio artículo surgen los rasgos sobresalientes del instituto, del que se puede indicar entonces, siguiendo la exposición realizada por Lamber,<sup>2</sup> que consiste en conferirle al conviviente supérstite el derecho a solicitar la atribución legal del derecho real de habitación gratuito por un plazo determinado sobre el inmueble de propiedad del causante, siempre que se cumplan ciertos requisitos:

1. Ver KRASNOW, Adriana N., “Las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 19/11/2014 (t. 2014-IV, cita online AP/DOC/1534/2014).

2. LAMBER, Néstor D., [comentario al art. 527], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 3, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 639.

1. que en el inmueble estuviera radicado el último hogar familiar;
2. que al momento de la apertura de la sucesión no se encontrara en condominio con otra persona distinta del causante;
3. que el conviviente supérstite careciera de vivienda propia habitable o de bienes suficientes para proveérsela.

A ellos cabe agregar que la convivencia a la que refiere el artículo es la reglada en los artículos 509 y 510 CCCN, es decir que quedan excluidas el resto de las convivencias que no fueran propiamente uniones convivenciales, conforme a la regulación legal.

A diferencia del caso planteado por el artículo 526 respecto de la atribución del uso de la vivienda, la causa inmediata del derecho en análisis no es la ruptura del proyecto en común sino la muerte del conviviente (podríamos agregar la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento). Es independiente de la duración de la unión (salvedad hecha del plazo mínimo para que se configure la unión convivencial) y tiene carácter gratuito, es decir, los herederos o derechohabientes del causante no podrían reclamar pago o compensación por el ejercicio del derecho real, aunque se encontrará con la limitación temporal de dos años, circunstancia que abordaremos más adelante.

A simple vista, encontramos un paralelismo indudable con el derecho real de habitación vitalicio y gratuito del cónyuge supérstite previsto en el artículo 2383 CCCN, si bien este es de carácter vitalicio y tiene menores exigencias respecto del estado de necesidad, de carencia de vivienda o de bienes suficientes. Como fuera, son ambos en todo tributarios del artículo 3573 bis CCIV (incorporado por la Ley 17711), excepto en lo referente a la existencia de un único bien habitable en el acervo sucesorio y la limitación respecto del valor del inmueble.

En orden a analizar los elementos constitutivos del derecho real de habitación, el artículo 2158 CCCN lo define conceptualmente, expresando que

La habitación es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia.

El derecho real de habitación sólo puede constituirse a favor de persona humana.

Podemos agregar que, dadas las particularidades de este derecho real, el mismo es constituido *intuitu personae*, lo que implica que es intransmisible por cualquier título o por causa de muerte y no puede ser embargado o ejecutado por los acreedores del habitador, aplicándosele por lo demás a la habitación las normas del derecho real de uso y, supletoriamente, las de usufructo. En efecto, el artículo 744 CCCN inciso e) declara inembargable el derecho real de habitación por estar excluido de la garantía común de los acreedores.<sup>3</sup>

Como tal, conforme a lo dispuesto por el artículo 1888 CCCN, el derecho real de habitación recae sobre cosa ajena y se ejerce por la posesión, de acuerdo al artículo 1891. Como consecuencia de esto último, allende la obligación de contribución al pago de impuestos, contribuciones y reparaciones dada por el artículo 2161, el titular del derecho real de habitación cuyo objeto fuera un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal quedaría alcanzado por el imperativo del artículo 2050, en tanto

3. Ver VIVES, Luis M., "Uso y habitación", en Gurfinkel de Wendy, L. N. (dir.), *Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016, 2ª ed., p. 1010. [20356]

que, además del propietario, están obligados al pago de los gastos y contribuciones de la propiedad horizontal quienes sean poseedores por cualquier título.

Por su parte, si bien es cierto que no lo aclara el artículo 527, siguiendo la autorizada opinión de Alterini,<sup>4</sup> afirmamos que una buena interpretación llevaría a entender que, por expresa mención del artículo 1894, el derecho real de habitación del conviviente supérstite se adquiere por mero efecto de la ley, por tratarse en el caso de una adquisición legal,<sup>5</sup> implicando *a priori* una excepción al artículo 1892, agregando que viene “impuesto por la ley independientemente de la voluntad de las partes y aún contra la voluntad de los nudos propietarios”.<sup>6</sup>

La doctrina es prácticamente conteste respecto de la adquisición legal del derecho y su nacimiento de pleno derecho con la muerte del conviviente. No obstante, se encuentra dividida en cuanto a la operatividad del derecho, más precisamente sobre la necesidad de que sea peticionado judicialmente o no. En opinión de Lamber,

El derecho real se adquiere por mero efecto de la ley según el claro texto del artículo 1894 del Cód. Civil y Comercial [...] pero debe ser solicitado por el conviviente supérstite ante el juez de la sucesión, donde deberá acreditar los extremos legales para su adquisición...<sup>7</sup>

En la misma línea, Azpiri considera que se requiere su petición expresa por parte del conviviente supérstite, pretensión que deberá efectivizarse en el expediente sucesorio del conviviente fallecido, agregando que el conviviente pretensor deberá hacerlo antes de que fuera ordenada la inscripción de la partición respecto del inmueble a nombre del heredero adjudicatario.<sup>8</sup> En concordancia respecto de la necesidad de su petición vía judicial por parte del conviviente supérstite se han expresado Solari,<sup>9</sup> Vives,<sup>10</sup> Morón,<sup>11</sup> Olmo,<sup>12</sup> Rocca<sup>13</sup> y Penna y Smayevsky.<sup>14</sup> Va de suyo que en cualquier caso, y en opor-

4. ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., [comentario destacado en BASSET, Úrsula C. {glosa al art. 527}], en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2016, 2ª ed., p. 460.

5. LLOVERAS, Nora, “Uniones convivenciales. Efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 99, 4/12/2014, suplemento especial “Código Civil y Comercial de la Nación. Familia” (cita online AR/DOC/4365/2014).

6. VIVES, Luis M., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 1011.

7. LAMBER, Néstor D., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 640. El destacado nos pertenece.

8. AZPIRI, Jorge O., *Uniones convivenciales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 245.

9. SOLARI, Néstor E., “Derecho real de habitación del conviviente supérstite en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/4/2014 (t. 2014-C, p. 1119, cita online AR/DOC/1100/2014).

10. VIVES, Luis M., ob. cit. (cfr. nota 3), p. 1017.

11. MORÓN, Adriana S., “El derecho real de habitación viudal y del conviviente supérstite en el Código Velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación. Su extensión a bienes muebles”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 13/5/2015 (cita online AR/DOC/1085/2015).

12. OLMO, Juan P., “Derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 3/11/2014 (cita online AR/DOC/3855/2014).

13. ROCCA, Ival (h.), “Derecho real de habitación del cónyuge y el conviviente supérstite en el Código Civil y Comercial. Aspectos positivos y negativos de la reforma”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 5/10/2016 (cita online AR/DOC/2305/2016).

14. PENNA, Marcela A. y SMAYEVSKY, Miriam, “Algunas reflexiones sobre el derecho real de habitación del cónyuge supérstite y del conviviente” [online], en [microjuris.com](http://microjuris.com). *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 13/9/2016 (cita online MJ-DOC-10285-AR, MJDI0285).

tunidad de hacer valer su derecho en sede judicial, el pretensor deberá ofrecer la prueba pertinente para demostrar las cuestiones de hecho que prevé la norma.

Por el contrario, se ha interpretado que es un derecho que nace *iure proprio* en cabeza del conviviente sobreviviente y se adquiere *ipso iure*, sin necesidad de petición judicial,<sup>15</sup> y que la “judicialización de la declaración del derecho real tendrá lugar cuando no exista voluntad de los sujetos involucrados enderezada hacia el reconocimiento de su existencia”.<sup>16</sup> Ello es concordante con la doctrina expresada en el fallo “Bálsamo c/ Flores” (2015),<sup>17</sup> donde se determina que no es necesaria petición judicial alguna para su operatividad.

En línea con lo anterior, en las 40 Jornadas Notariales Bonaerenses (2017), varios autores han propiciado la idea de que, no obstante se trata de un derecho que nace *ipso iure*, lo cual está fuera de discusión por surgir del propio texto normativo, el conviviente supérstite deberá presentarse ante el juez del sucesorio a fines de acreditar los extremos establecidos por la norma y que el juzgado emita el correspondiente instrumento registrable, afirmación que fuera en gran medida retomada por el despacho de la Jornada en cuanto al derecho real de habitación del cónyuge supérstite, al que podemos remitirnos por analogía.<sup>18</sup>

En nuestra opinión, el artículo 1894 es claro en cuanto a la adquisición legal del derecho de habitación del conviviente supérstite, por lo que su operatividad nacerá sin lugar a dudas desde el mismo momento del fallecimiento del conviviente titular de dominio. Al supérstite, para habilitar la posibilidad de invocar la protección brindada por el 527, le bastaría con acreditar el cumplimiento de los requisitos allí previstos, sin necesidad de presentación judicial alguna, salvo en el caso en el que se suscitaran discrepancias respecto de la procedencia del derecho con herederos u otros terceros interesados. En este último caso, la vía a sustanciarse será por oposición a una acción de desalojo o bien por vía de una acción declarativa del conviviente supérstite, o incluso con la apertura de la sucesión, donde presentará los elementos de prueba de los que intente valerse, todo lo que derivará en un pronunciamiento judicial que de ningún modo será constitutivo o generador del derecho, sino que servirá de base para el reconocimiento del mismo, con efecto retroactivo desde la muerte del causante por su propio carácter declarativo.

En esta línea de pensamiento, y concordantemente con lo expuesto por Sabene,<sup>19</sup> en ausencia de controversia sobre los presupuestos fácticos de su configuración y no

15. Ver GIOVANETTI, Patricia S. y ROVEDA, Eduardo G., [comentario al art. 527], en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.) y Esper, M. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2014, p. 298.

16. SABENE, Sebastián E., “Inscripciones registrales provenientes de juicios sucesorios”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 10/5/2017 (t. 2017-II, p. 1047, cita online AP/DOC/275/2017).

17. Cám. Civ. y Com. de San Martín, Sala I, 15/9/2015, “Bálsamo, Liliana Mercedes y otro c/ Flores, Beatriz Susana y otro s/ desalojo” (*La Ley Buenos Aires*, diciembre 2015, p. 1254 [cita online AR/JUR/31579/2015]). [N. del E.: ver fallo completo [aquí](#) {fuente: portal web *Diario Judicial*; última consulta 24/9/2018}]. Se sugiere ver también: a) CNCiv., Sala J, 22/12/2015, “T., M. L. c/ V., A. N. y otro s/ desalojo: intrusos - ordinario” ([microjuris.com. Inteligencia jurídica](#) [portal web], cita online MJ-JU-M-96966-AR [N. del E.: ver fallo completo [aquí](#) {fuente: CIJ; última consulta 27/9/2018}]); b) Cám. 1ª Civ. y Com. de San Isidro, Sala I, 19/12/2016, “B. B. G. S. s/ sucesión testamentaria” ([microjuris.com. Inteligencia jurídica](#) [portal web], cita online MJ-JU-M-102606-AR [N. del E.: ver fallo completo [aquí](#) {fuente: SCBA; última consulta 27/9/2018}]).

18. 40ª Jornada Notarial Bonaerense (Necochea, 8-11/11/2017). [N. del E.: ver conclusiones del tema 2 [aquí](#)]. [Última consulta: 24/9/2018].

19. SABENE, Sebastián E., ob. cit. (cfr. nota 16), p. 10.

mediando oposición de terceros, nada obstaría que esa declaración se efectúe en sede notarial, por escritura pública, en la cual el conviviente supérstite aporte los elementos de prueba que acrediten los extremos indicados en el artículo 527 (fallecimiento del conviviente, existencia de unión convivencial, ausencia de vivienda propia, etc.) y se cuente con la comparecencia de los herederos –declarados– del conviviente fallecido, quienes podrán ensamblar su conformidad con las estipulaciones del supérstite. Del mismo modo, podría otorgarse una escritura de transcripción de las piezas procesales pertinentes del juicio sucesorio (o donde se hubieren tramitado las actuaciones relativas al reconocimiento del derecho real), práctica usualmente utilizada y difundida.

## 2.1. Plazo

Al respecto, cabe diferenciar entre el plazo durante el cual el derecho puede ser invocado por el conviviente supérstite y el previsto para la duración o extensión del ejercicio del derecho real de habitación. En ausencia de regulación específica, se ha dicho que el derecho podrá invocarse hasta la orden de inscripción de la partición que involucre al inmueble objeto del derecho real, operando este acto jurídico como una suerte de plazo de caducidad. Por su parte, de la propia letra de la ley surge que el plazo de duración del derecho es de dos años, siendo el derecho real de habitación del conviviente supérstite, por tanto, esencialmente temporario.

Ahora bien, no obstante que gran parte de la doctrina interpreta que el plazo ha de contarse desde la fecha de fallecimiento del causante (o de la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento), hemos relevado muy autorizadas opiniones que rebaten o matizan esta cuestión. Por caso, se ha entendido que

... el plazo bienal debe computarse desde la invocación por parte del conviviente [...] con independencia del tiempo que haya transcurrido desde la muerte del causante hasta entonces.<sup>20</sup>

De cualquier modo, cabe colegir que la postura que se adopte respecto de la operatividad del derecho, en cierto sentido, debería condicionar la interpretación que se tenga respecto del comienzo del cómputo de su plazo de duración. Esto es, una razonable interpretación indicaría que para quienes están con la operatividad *ipso iure*, el plazo de vigencia debería comenzar a regir desde la muerte del causante, mientras que para quienes ven como requisito de operatividad la presentación judicial, el plazo correrá desde la invocación del derecho en sede judicial.

Asimismo, se ha propiciado que el plazo pueda ser revisado y hasta extendido por el juez, atendiendo a que

... debe tenerse en cuenta [...] la existencia o no de descendencia común, para extender su duración en el primer caso al lapso que sea necesario para atender de la mejor manera posible el interés de los menores involucrados...<sup>21</sup>

20. Ídem, p. 11.

21. STILERMAN, Marta N., “Las uniones convivenciales en el anteproyecto de Código Civil” [online], en [microjuris.com](http://microjuris.com). *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 12/7/2012 (cita online MJ-DOC-5867-AR, MJID5867).

Así como se ha planteado que

... esa limitación no rige [...] si al momento del fallecimiento del conviviente habita en el inmueble un hijo del conviviente supérstite que sea menor, incapaz o con capacidad restringida, mientras viva en el inmueble y sea menor o no recupere su capacidad. Más allá de ciertos reparos, pensamos que en ese caso, el derecho de habitación tampoco se extingue si el supérstite constituye una nueva unión convivencial, pues no puede castigarse al niño por esa actitud de su progenitor (art. 2.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño).<sup>22</sup>

Como fuera, y teniendo en cuenta el carácter esencialmente asistencial del instituto en análisis, entendemos que la interpretación y aplicación deberá contemplar el contexto y las particularidades de cada caso, agregando que un excesivo rigorismo puede convertir en estéril la tutela que el legislador previó, salvedad hecha de la defensa de los intereses de los derechohabientes del causante y de terceros interesados, cuestiones que deberán ser sopesadas por el juez del proceso.

## 2.2. Oponibilidad e inscripción registral

Según la propia letra del artículo 527 CCCN, el derecho real de habitación del conviviente supérstite es inoponible a los acreedores del causante, a los que, aun a riesgo de ser redundantes, cabría agregar, de modo genérico, a los acreedores de la sucesión. No obstante la claridad de la norma, resulta de interés mencionar que, como corolario de lo expuesto respecto del nacimiento del derecho, este es oponible a los herederos y legatarios del causante desde el momento mismo de su muerte. Asimismo, y por lo específico del derecho real de habitación, los acreedores del conviviente-habitador tampoco podrán agredirlo, por cuanto el derecho real de habitación se encuentra excluido de la garantía común, de conformidad con el artículo 744, inciso e) ya comentado. Por último, será oponible también el derecho a los acreedores de los herederos y legatarios, cobrando en este último caso vital importancia la faz publicitaria y el emplazamiento registral del derecho, toda vez, que a los fines de perfeccionar la adquisición del derecho real, y como corolario del sistema de publicidad previsto por el CCCN, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados y de buena fe, por imperio del artículo 1893, debería darse el correspondiente emplazamiento registral, accediendo el instrumento portante del derecho al registro de la propiedad que fuera de aplicación.

En otras palabras, y siguiendo la línea de lo expuesto, la verificación de los presupuestos del artículo 527 operaría como requisito legal para el nacimiento del derecho real de habitación, ocurriendo por la vía que se considere adecuada según la postura que se adopte. Esto es, emitido el testimonio judicial o la copia pertinente de la escritura pública, quedaría configurado el instrumento portante del derecho real, que tendrá por destino su inscripción registral a efectos de su oponibilidad. Es decir que el conviviente supérstite deberá generar en última instancia un documento registrable (en los térmi-

22. SZMUCH, Mario G., "Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 919, 2015; y en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 2, 2016, p. 475. [N. del E.: ver el *Anuario 2015* completo aquí; última consulta: 24/9/2018].

nos de los arts. 2 y 3 de la [Ley 17801](#)) portante del derecho y obtener el correspondiente emplazamiento registral.

Hacia el interior de la registración del derecho real de habitación del conviviente supérstite, queda ahora abierto el interrogante respecto de cómo se inserta en el marco del sistema publicitario de los derechos reales del CCCN, y más precisamente dentro del andamiaje de la Ley 17801 y sus reglamentaciones locales. Al respecto, si bien no contamos con una disposición técnico registral específica para el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, sería aplicable por analogía la previsión del artículo 134 del Decreto 2080/1980 (texto ordenado por el [Decreto 466/1999](#)), que expresa:

El registro del derecho real de habitación para el cónyuge supérstite establecido por el artículo 3573 bis del Código Civil, se hará en base a la presentación del documento notarial o judicial en el que, además de los recaudos registrales exigibles, se consignará:

- a) Los autos sucesorios, con indicación del juzgado, secretaría y jurisdicción.
- b) Cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 3573bis del Código Civil para la procedencia del derecho.
- c) El auto que dispone la inscripción.

Por su parte, en la Provincia de Buenos Aires continúa vigente la [Disposición Técnico Registral 3/1976](#), que en su artículo 1 preveía para el derecho real de habitación del cónyuge supérstite:

Serán inscribibles los instrumentos públicos, judiciales o notariales, portadores del derecho real de habitación establecido en el artículo 3573 bis del Código Civil, siempre que en los mismos se indique la legitimación sucesoria probada en el juicio respectivo, haya mediado o no inscripción de la misma, y se puntualice el cumplimiento de todos los demás recaudos exigidos por dicha norma legal.

En el mismo sentido, la [Orden de Servicio 45/2015](#) del Registro de la Propiedad Provincia de Buenos Aires establece que se exigirá que el derecho real de habitación del conviviente supérstite se constituya por escritura pública, por los argumentos del artículo 1017 inciso a) del CCCN.<sup>23</sup> Y similar posición parece haber tomado el XIX Congreso Nacional de Derecho Registral (2017), cuando expresa en su conclusión que

En atención a las distintas posturas acerca de la necesidad de sustanciar judicialmente (o no), la atribución del derecho real de habitación del conviviente supérstite (art. 527 CCyCN) no será motivo de observación registral la procedencia de su reconocimiento por escritura pública con la conformidad de todos los **herederos declarados o instituidos**, y del conviviente pretensor.<sup>24</sup>

Va de suyo entonces que se da por supuesta la existencia de declaratoria de herederos, con lo cual el despacho del congreso tiene su cierre sobre sí mismo.

En suma, allende lo considerado anteriormente respecto de la operatividad o procedencia del derecho real de habitación del conviviente supérstite, o bien de la necesidad o no de contar declaratoria de herederos, de conformidad con la normativa registral

23. [N. del E.: ver p. 53 de la [OS 45/2015](#)]. [Última consulta: 24/9/2018].

24. XIX Congreso Nacional de Derecho Registral y V Foro Internacional de Derecho Registral (Mar del Plata, 5-7/10/2017). El destacado nos pertenece. [N. del E.: ver conclusiones [aquí](#), tema 1, pto. 8]. [Última consulta: 24/9/2018].

vigente a la fecha, el documento portante del derecho con vocación registral puede tener origen judicial o notarial, lo que no es sino una reafirmación del artículo 2 y 3 de la [Ley Registral](#).

Se impone la necesidad de que los registros de la propiedad emitan las correspondientes disposiciones técnico registrales que prevean los lineamientos particulares de interpretación, receptando el instituto del derecho real de habitación del conviviente supérstite con la autonomía necesaria.

### 3. Conclusiones

El instituto analizado representa la concreción normativa de la protección al conviviente supérstite, al tiempo que orienta el ámbito de la misma hacia la configuración de un derecho real autónomo en cabeza de su titular. En tanto derecho real, deberá contener los elementos tipificantes previstos por la norma y se perfeccionará, a los efectos de su oponibilidad, con su inscripción registral. Esta tendrá, por propia característica, el matiz que le otorgue la legislación local, haciéndose hincapié en la necesidad de una actualización normativa atento la ausencia de regulación y la especificidad del instituto en cuestión.

Más allá de la necesidad o no del reconocimiento judicial del derecho real de habitación del conviviente supérstite, la escritura pública portante del derecho, amén de su condición de documento registrable, es un instrumento idóneo para la inscripción registral y cuenta con las innegables ventajas de autenticidad y matricidad.

Podemos concluir el presente agregando que el derecho real de habitación del conviviente supérstite tiene un fin asistencial y de raigambre constitucional, por lo que, en última instancia, se reduce a garantizar el derecho a la vivienda digna y adecuada de quien compartiera un proyecto de vida con el causante. A dichos fines, es imperativo dilucidar si el dictado de la declaratoria de herederos se impone como requisito a los efectos de generar el instrumento para la registración del derecho o solamente a los efectos de su operatividad. La postura que se tome, atendiendo a las características propias del proceso judicial argentino y sus tiempos podría ser contradictoria con el carácter tuitivo y asistencial del instituto, debiendo debatirse si el hecho de condicionar su operatividad a la existencia de la declaratoria de herederos no conlleva a que el derecho real de habitación del conviviente supérstite sea una mera abstracción teórica.

### 4. Bibliografía

- AA. VV., [Conclusiones de la 40° Jornada Notarial Bonaerense], Necochea, [s. e.], 2017.
- AA. VV., [Conclusiones del 19° Congreso Nacional de Derecho Registral y 5° Foro Internacional de Derecho Registral], Mar del Plata, [s. e.], 2017.
- AZPIRI, Jorge O., *Uniones convivenciales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- BASSET, Úrsula C. {glosa al art. 527}}, en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2016, 2ª ed.
- GIOVANETTI, Patricia S. y ROVEDA, Eduardo G., [comentario al art. 527], en Rivera, J. C. y Medina, G. (dirs.) y Esper, M. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2014.

- KRASNOW, Adriana N., “Las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 19/11/2014 (t. 2014-IV, cita online AP/DOC/1534/2014).
- LAMBER, Néstor D., [comentario al art. 527], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 3, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015
- LLOVERAS, Nora, “Uniones convivenciales. Efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 99, 4/12/2014, suplemento especial “Código Civil y Comercial de la Nación. Familia” (cita online AR/DOC/4365/2014).
- MORÓN, Adriana S., “El derecho real de habitación viudal y del conviviente supérstite en el Código Veleziano y en el Código Civil y Comercial de la Nación. Su extensión a bienes muebles”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 13/5/2015 (cita online AR/DOC/1085/2015).
- OLMO, Juan P., “Derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 3/11/2014 (cita online AR/DOC/3855/2014).
- PENNA, Marcela A. y SMAYEVSKY, Miriam, “Algunas reflexiones sobre el derecho real de habitación del cónyuge supérstite y del conviviente” [online], en [microjuris.com](http://microjuris.com). *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 13/9/2016 (cita online MJ-DOC-10285-AR, MJD10285).
- ROCCA, Ival (h.), “Derecho real de habitación del cónyuge y el conviviente supérstite en el Código Civil y Comercial. Aspectos positivos y negativos de la reforma”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 5/10/2016 (cita online AR/DOC/2305/2016).
- SABENE, Sebastián E., “Inscripciones registrales provenientes de juicios sucesorios”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 10/5/2017 (t. 2017-II, p. 1047, cita online AP/DOC/275/2017).
- SOLARI, Néstor E., “Derecho real de habitación del conviviente supérstite en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/4/2014 (t. 2014-C, p. 1119, cita online AR/DOC/1100/2014).
- STILERMAN, Marta N., “Las uniones convivenciales en el anteproyecto de Código Civil” [online], en [microjuris.com](http://microjuris.com). *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 12/7/2012 (cita online MJ-DOC-5867-AR, MJD5867).
- SZMUCH, Mario G., “Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 919, 2015; y en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 2, 2016, p. 475
- VIVES, Luis M., “Uso y habitación”, en Gurfinkel de Wendy, L. N. (dir.), *Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016, 2ª ed.

#### 4.1. Bibliografía complementaria

- ALTERINI, Jorge H. et al, *Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2018.
- ASSANDRI, Mónica, FARAONI, Fabián y SOLÁ, Andrea P., “La vocación hereditaria del conviviente supérstite: la necesidad de su reconocimiento legal” [online], en [microjuris.com](http://microjuris.com). *Inteligencia jurídica* [portal web], Buenos Aires, 10/2/2016 (cita online MJ-DOC-7599-AR, MJD7599).
- AZPIRI, Jorge O., *Derecho de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación”, dirigida por Alberto J. Bueres).
- BELLUSCIO, Claudio A., *Régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, García Alonso, 2017.
- CASABÉ, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación”, dirigida por Alberto J. Bueres).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/10/2014 (cita online AR/DOC/3592/2014).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, “El derecho de familia en el anteproyecto de Código Civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, N° especial, 20/6/2012 (t. 2012-2).
- LAMBER, Néstor D., “Régimen patrimonial del matrimonio y de la unión convivencial”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 978, 2014.

- PANDIELLA MOLINA, Juan C., “Derecho de habitación viudal y del conviviente supérstite. Breves reseñas”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 7/3/2017 (cita online AR/DOC/314/2017).
- PELLEGRINI, María V., “Las uniones convivenciales en el anteproyecto de Código Civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 20/6/2012 (t. 2012-2, cita online AP/DOC/2159/2012).
- SOLARI, Néstor E., “Las uniones convivenciales en el proyecto”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, julio 2012 (cita online AR/DOC/2922/2012).

# La necesidad de reformar los alcances de la acción de reducción

Juan José Guardiola

## RESUMEN

El Código Civil y Comercial de la Nación lejos de dar solución a los problemas que provocaba el artículo 3955 del Código Civil, los ha agravado. La interpretación predominante en el ámbito capitalino de que respecto a donaciones a legitimarios solo correspondía la acción de colación ha quedado descartada. No se protege a los subadquirentes a título oneroso y de buena fe. No se incluyó tampoco el paliativo previsto por el Proyecto de 1998 de excutir previamente el patrimonio de los donatarios antes de accionar contra subadquirentes. Solo contempla como solución para evitar la observabilidad del título en cuyos antecedentes existe una donación la previsión del artículo 2459, cuya naturaleza es controvertida (prescripción adquisitiva o plazo resolutorio) y que ha sido muy criticada en tanto opera aun cuando no nació la acción de reducción de los preteridos. Se impone la necesidad de una pronta reforma para favorecer el tráfico jurídico, que contemple además las situaciones de derecho transitorio.

## PALABRAS CLAVE

Legítima, donaciones inoficiosas, reducción, colación, efectos reipersecutorios, observabilidad del título, subadquisiciones a título oneroso y de buena fe, donaciones a legitimarios.

*Fechas de recepción y aceptación*  
18/9/2018 - 22/11/2018

– I –

El **Código Civil y Comercial** (en adelante, “CCCN”), lejos de haber aflojado la tensión entre la protección de la legítima (valor justicia) y el tráfico jurídico (valor seguridad) en materia inmobiliaria (y ahora extensivamente a todos los bienes registrables), y en dos cuestiones en que está involucrado el orden público (arts. 12, 1884 y 2444), ha profundizado “la grieta” en torno a la donación (en la medida en que no sea remuneratoria o con cargo) como título en la transmisión del derecho real. La acción de reducción, tal como estaba regulada en el **Código Civil derogado** (en adelante, “CCIV”) (especialmente los arts. 3602, 3604 y 3955), y algunas previsiones referidas a la de colación<sup>1</sup> (arts. 3476, 3477 CCIV y su nota<sup>2</sup>) frente a las donaciones inoficiosas, es decir, aquellas cuyo valor excede

1. Independientemente de la distinta finalidad de ambas acciones: la primera, para tutelar la legítima; la segunda, en miras a la igualdad entre los coherederos.

2. [N. del E.: ver VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio, *Notas del Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1872, pp. 215-216, [aquí](https://archive.org/); fuente: <https://archive.org/>; última consulta: 27/11/2018].

la porción disponible (arts. 1830-1832 CCIV), había dado lugar a distintas posiciones doctrinario-jurisprudenciales en cuanto a su naturaleza y efectos reipersecutorios. Hice una breve reseña de las corrientes interpretativas en mi voto en “B., A. J. y otros” (2016).<sup>3</sup>

A los fines del presente trabajo, cabe destacar que se sintetizan aquellas en forma adecuada en las conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013):<sup>4</sup>

## II. Reducción

### *De lege lata*

1. Procede la acción de reducción entre herederos forzosos cuando la porción legítima se encuentre afectada, sin perjuicio de la procedencia de la colación. Mayoría

2. 2.1. La acción de reducción que consagra nuestro Código Civil es de carácter personal con efectos reipersecutorios. Mayoría

2.2. La acción de reducción que consagra nuestro Código Civil es de carácter personal, sin efectos reipersecutorios.

La acción de reducción solo tiene efectos reipersecutorios cuando los terceros adquirentes del donatario sean de mala fe o a título gratuito. No hay mala fe por el conocimiento que entre los antecedentes dominiales exista una donación. Minoría.<sup>5</sup>

Cabe destacar que la primera conclusión,<sup>6</sup> cuyos fundamentos se encuentran claramente desarrollados, entre otros, por Laje,<sup>7</sup> Borda,<sup>8</sup> Zannoni,<sup>9</sup> Di Lella<sup>10</sup> y Belluscio,<sup>11</sup> ha sido

3. Cám. Civ. y Com. de Junín, 26/5/2016, “B., A. J. y otros c/ B., B. C. s/ acción de colación” (expte. JU42892013) (*elDial.com*, AA9727; *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, octubre 2016, p. 171, cita online AR/JUR/28938/2016; *El Derecho*, t. 269, p. 158. [N. del E.: acceda al fallo completo [aquí](#); fuente [web del Poder Judicial de PBA](#); última consulta: 27/11/2018].

4. XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, llevadas a cabo en la sede de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2013).

5. Conclusiones de la Comisión N° 7 “Sucesiones: La legítima y su protección”. C) “Acciones de protección”. II) “Reducción”. *De lege lata*, puntos 1. y 2. (2.1. y 2.2.). [N. del E.: acceda a las conclusiones completas [aquí](#) {ver pp. 17-18}; fuente: web oficial de las [XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil](#); última consulta: 27/11/2018].

6. Coincidente con la de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, UCES, 2001): Comisión N° 6 “Sucesiones: Colación y reducción”. II) “La colación y la reducción entre herederos forzosos”, punto 1: “La acción de colación de que gozan los herederos forzosos no obsta el ejercicio de la acción de reducción por parte de los mismos cuando se encuentra vulnerada la legítima hereditaria (unanimitad – con una abstención)”. [N. del E.: acceda a las conclusiones completas [aquí](#) {ver pp. 13-14}; fuente: web oficial de las [XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil](#); última consulta: 27/11/2018]. Y con las de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (y 5° Congreso Nacional de Derecho Civil) (Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2009): Comisión N° 7 “Sucesiones: Indignidad, desheredación y legítima”. “IV. La legítima”. “B. Cuotas de legítima propuestas”. “Legitimación pasiva”. “La acción de reducción es ejercible contra los donatarios, ya sean herederos forzosos, herederos voluntarios o extraños, siempre que se viole la legítima del heredero reclamante (por mayoría)”. [N. del E.: acceda a las conclusiones completas [aquí](#) {ver p. 23}; fuente: web oficial de las [XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil](#); última consulta: 27/11/2018].

7. LAJE, Eduardo, “Los actos gratuitos del causante y la protección de la legítima”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1948-I, pp. 68 y ss.

8. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. 2, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, § 996.

9. ZANNONI, Eduardo A., “Acción de reducción ejercida entre herederos forzosos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 2 “Sucesiones”, 2000, p. 49.

10. DI LELLA, Pedro, “Reducción de la donación a heredero forzoso”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 18/10/1995, N° 5955 (t. 1995-IV, p. 687).

11. BELLUSCIO, Augusto C., [comentario al art. 1831], en Belluscio, A. C. (dir.), Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 109: “1. Si la

controvertida particularmente y de manera constante por el notariado capitalino,<sup>12</sup> con pie en la interpretación –básicamente a contrario o por implicancia– que se hizo del viejo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal “Escary c/ Pietranera” (1912),<sup>13</sup> cuya

donación al legitimario cabe dentro de su porción hereditaria corresponde la colación, que implica imputación del valor de lo donado a dicha porción. 2. Si cabe en la suma de su porción legítima más la porción disponible, puesto que no afecta las otras porciones legítimas no puede ser objeto de reducción pero sí de colación, salvo por supuesto que haya cláusula de mejora. 3. Si excede de la suma de su porción legítima más la porción disponible, el exceso queda sujeto a reducción”.

12. A) Ver despachos de la XVI Jornada Notarial Argentina (Mendoza, 1976): Tema I “Donación de inmuebles. Concepto. Clases. Acciones de colación y reducción. Donaciones inoficiosas. Validez del título proveniente de donación”. “II. Acciones de colación y reducción”. c) “Acción de reducción: Puede intentarse tanto contra terceros extraños, cuanto contra coherederos. En cuanto al carácter, se sustentaron las siguientes posiciones: a) Mayoría: Tiene carácter **personal** en todos los supuestos. b) Minoría: Siempre es de carácter **real**. c) En una tercera opinión, con relación a coherederos es **personal**, respecto de terceros es **real**. Atento al carácter altamente controvertido del tema, es anhelo del Notariado Argentino, que una futura reforma legislativa defina la cuestión”. [N. del E.: ver despachos de la XVI Jornada Notarial Argentina [aquí](#) {pp. 155-160}; fuente: web del [Consejo Federal del Notariado Argentino](#); última consulta: 21/11/2018].

B) Ver declaraciones de la XII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (Buenos Aires, 1983): Tema II “Análisis de los títulos provenientes de donaciones y daciones en pago”. “Comisión 2ª”: “1. Que en el ejercicio de sus funciones el notariado es requerido, con reiterada frecuencia, para instrumentar donaciones de inmuebles, sea en favor de herederos forzosos o de terceros. 2. Que normalmente el *animus donandi* se funda en impulsos o propósitos realmente plausibles, por lo que debe evaluarse en cada caso el otorgamiento de esos actos. 3. Que, empero, las donaciones como modo transmisivo del dominio de inmuebles pueden provocar conflictos interpretativos en torno de la perfección de los títulos de ellas emanados, en especial cuando se trata de donaciones en favor de terceros. 4. Que en el ámbito notarial, y conforme a una interpretación ya tradicional, se tiene por perfectos a los títulos en los que media una donación en favor de herederos forzosos, por estimarse que al respecto sólo cabe la acción de colación, de carácter personal. En la misma forma se estima que los títulos no son perfectos cuando derivan de una donación a terceros porque aquí cabe la acción de reducción que es de carácter real. Esta es también la opinión mayoritaria dentro de la comisión. 5. Que, sin embargo, es cada vez más perceptible la corriente interpretativa –aunque minoritaria en la comisión– que estima que también son perfectos los títulos provenientes de donaciones a terceros. Resultan elocuentes al respecto las decisiones adoptadas en la XX Jornada Bonaerense (*Revista del Notariado*, julio-agosto 1976, pág. 1095), y en la XVI Jornada Notarial Argentina (misma *Revista*, pág. 1110). Cabe resaltar que en esta última Jornada, como ahora en esta comisión, se ha subrayado que la acción de reducción es siempre personal porque el término de reivindicación, usado en el art. 3955 Cód. Civil, no puede ser interpretado en forma literal, porque conceptualmente no se ajusta a la acción que esa norma concede y, además, por su falta de concordancia con el resto del cuerpo normativo. Dentro de esta corriente, también se argumenta que el art. 3955 Cód. Civil se refiere a aquellos casos en que la acción de reducción importa un fraude a los derechos del heredero preferido, en los términos del art. 961 Cód. Civil. 6. Que otro sector, más minoritario aún, afirma que la acción de reducción afecta también a las donaciones en favor de herederos forzosos”. [N. del E.: ver conclusiones completas [aquí](#); última consulta: 27/11/2018].

C) Ver también las conclusiones de la 41ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y de la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (años 2015 y 2017, respectivamente). [N. del E.: acceda a las conclusiones [aquí](#) y [aquí](#)].

D) Ver también *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata “Donaciones a herederos forzosos”, 2010. [N. del E.: ver separata completa [aquí](#)].

13. Cám. Civ. de Capital Federal, en pleno, 11/6/1912, “Escary, José y P. de Escary, Magdalena c/ Pietranera, Tancredi” (*Jurisprudencia Argentina*, N° 31; cita online AR/JUR/6/1912). [N. del E.: ver plenario completo en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata “Donaciones a herederos forzosos”, 2010, pp. 65-71]. La mayoría, de cinco votos, entendió que “Corresponde rechazar la demanda por escrituración si de autos resulta que el título de propiedad de los vendedores no es intachable o perfecto, toda vez que proviene de una donación y se desprende de él que el donante tiene una hija, quien –en caso que hubiese sido perjudicada en su legítima– podría ejercer la respectiva acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes del inmueble vendido”, ya que “los arts. 1830 y ss y los arts. 3602 y 3603 correlacionados con el art. 3955 autorizan la reducción de las donaciones inoficiosas y la acción reivindicatoria del heredero del donante contra los terceros adquirentes”. La minoría, de cuatro votos, por la voz del Dr. Helguera, consideró, en función de las reglas de la acción reivindicatoria cuyos principios altera el art. 3955 y haciendo extensiva la normativa sobre colación, que la acción de reducción es personal. Recuerda Ovsejevich, sin embargo, que “Goyena, a quien siguió Vélez en la redacción del artículo 3477, estableció la restitución de los valores solo en la colación, y no aplicó ese criterio para la reducción” (OVSEJEVICH, Luis, “Legítima”, en AA. VV., *Enciclopedia jurídica OMEBA*, t. 18, Buenos Aires,

doctrina obligatoria<sup>14</sup> en ese ámbito territorial no fue siempre seguida.<sup>15</sup> No obstante ello, e independientemente del acierto o error de este criterio, la circunstancia de que las instituciones bancarias (v. gr., los dictámenes del Banco Hipotecario Nacional<sup>16</sup>) se pronunciaran en favor de la bondad de los títulos de donaciones a legitimarios, de importante doctrina que la avaló (v. gr., Fornieles, Salvat, Maffía, Méndez Costa, Spota) y de que varios fallos<sup>17</sup> entendieran que la inoficiosidad se resolviera entre ellos únicamente por vía de la acción de colación (que es en valores) o desestimaran resistencias a escriturar por “motivos fundados de ser molestados por reivindicación de la cosa” (art. 1425 CCIV) cuando en sus antecedentes existía una donación a aquellos,<sup>18</sup> favoreció innegablemente la circulación en tales supuestos.

Decía Arauz Castex:

... la acción reivindicatoria contra terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso –ya bien dudosa en el código por interpretación de la última parte del art. 2778– es poco menos que intolerable a los ojos de un jurista moderno. Puede afirmarse sin temor a desacertar que cualquier reforma del Código tendrá que ensanchar el ámbito del principio de la buena fe, en particular en cuanto a seguridad de los terceros adquirentes. Y que si ya en 1912 se afirmaba unánimemente que no hay reivindicación contra el sucesor del coheredero donatario y se dudaba si la habría contra el sucesor del donatario extraño, cabe afirmar que si esa doctrina variara antes sería para negarla contra uno y otro que para incurrir en el extraño retroceso de concederla contra los dos.<sup>19</sup>

Omeba, p. 123). Si el Código hubiera dicho sencillamente en el art. 3955 “la prescripción de la acción de reducción comienza desde el fallecimiento del causante”, no habría existido dificultad alguna, pero eligió la solución francesa, al reconocer su fuente en Aubry y Rau.

14. Incuestionable por lo menos hasta la vigencia de la *Ley 26853* (BO 17/5/2013), de conformidad con CNCiv., en pleno, 15/7/1977, “Kartopapel SACEI c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (*La Ley*, t. 1977-C, p. 366, cita online AR/JUR/1608/1977). [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SAIJ; última consulta: 28/11/2018].

15. Ver: CNCiv., Sala A, 29/8/1985, “Saporiti de Vignale, Emma c/ Saporiti, Gerardo y otros” (*La Ley*, t. 1986-B, p. 89, cita online AR/JUR/1121/1985), voto del Dr. Zannoni; Sala H, 12/5/1998, “Yebra, Patricia E. c/ Gasparini de Roca, Marta E. y otros s/ acción de reducción” (*elDial.com*, AA70), voto del Dr. Kiper; Sala K, 27/12/2013, “M., A. c/ M., P. s/ colación - ordinario” (cita online Thomson Reuters AR/JUR/108693/2013). [N. del E.: ver completo [aquí](#); fuente: SAIJ; última consulta: 28/11/2018]], voto de la Dra. Hernández. Y ya vigente el CCCN, ver: CNCiv., Sala G, 30/12/2016, “C., A y otro c/ B., E. J. y otros s/ cobro de sumas de dinero (expediente 17.425/15)”. [N. del E.: ver completo [aquí](#); fuente: CIJ; última consulta: 28/11/2018], voto del Dr. Carranza Casares.

Tampoco fue seguida en precedentes de otras jurisdicciones: ver SC de Mendoza, Sala I, 29/4/2014, “A., M. A. y otros c/ A., E. y otros p/ sum. s/ inc. cas.”. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: PJ de Mendoza; última consulta 28/11/2018]; SC de Salta, 13/4/2016, “Frías, María Adela; Frías, Susana Inés; Frías, Sebastián; Frías, María Silvina c/ Frías, Carlos Bernardo s/ recurso de inconstitucionalidad” (cita online Thomson Reuters AR/JUR/27464/2016); Cám. de Concordia, Sala Civ. y Com. II, 24/9/2010, “Benítez, María Graciela y otras c/ Benítez, Nélica Graciela y ot. s/ ordinario” (*El Derecho Digital*, 60094).

16. Ver ALLENDE, Jorge M., “Donación de inmuebles”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 827, 1991, pp. 963-975. [N. del E.: ver [aquí](#)].

17. Ver CNCiv., Sala A, 22/8/1969, “Revol, Adolfo C. c/ Revol, Pedro” (*Jurisprudencia Argentina*, serie Contemporánea, N° 8, 1970, pp. 11-12), consideraciones del Dr. Llambías; Sala A, 29/9/1976, “Weinstein, E. suc.” (*El Derecho*, t. 70, p. 302; Thomson Reuters cita online AR/JUR/298/1976); Cám. Federal de Paraná, 28/8/1940, “Piñeyro, María Vázquez de c/ Vázquez, Anastasio” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 72, p. 408); Cám. Civ. y Com. de Corrientes, Sala IV, 4/3/2011, “R., N. I. en nombre y representación de su hija menor A. L. S. M. c/ J. G. M. y e. M. s/ ordinario” (Do C. 01 23391/6) (*elDial.com*, AA6A35; *La Ley Litoral*, julio 2011, p. 664; *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, diciembre 2011, p. 137, cita online AR/JUR/6391/2011).

18. Ver CNCiv., Sala A, 23/9/1954, “Apeceche, Rodolfo C. c/ Navarro Viola, María del C. y otra” (*La Ley*, t. 77, pp. 82-84), voto del Dr. Arauz Castex

19. *Ibidem*.

## Reflexionaba Lafaille:

Son casos en que las acciones reipersecutorias de nuestro Código, tan peligrosas e incómodas para la seguridad de los bienes y para la valorización de la tierra, han venido paulatinamente a quedar limitadas en su alcance y hasta en su naturaleza, como sucede en el presente, por obra de la interpretación judicial. Sin embargo, a pesar de ese esfuerzo, que ha llegado posiblemente hasta el exceso dentro de las facultades propias de esta rama de gobierno, siempre queda el asunto no sólo expuesto a la solución variable de los fallos, sino que en el mejor de los casos la acción aludida aun considerándola como personal se extinguiría recién a los diez años contados desde la muerte del causante [...] verdad es que se evita –y esto es lo importante– la persecución contra los terceros...<sup>20</sup>

Por su parte, la postura minoritaria en la segunda conclusión de las Jornadas Nacionales en consideración ha sido sostenida con fuerza en el ámbito notarial bonaerense. Así, la XX Jornada Notarial Bonaerense (San Martín, 1976) declaró:

De la coordinación armónica de las normas relativas a la acción de reducción y a la reivindicación, y en particular, de lo establecido en los artículos 3955, 3477, 2777 al 2779, 3538, 3600, 3601 y el 3602 en su nueva redacción, resulta que la acción de reducción no tiene carácter reipersecutorio. Por tanto, son perfectos los títulos que tengan origen en donaciones, sean a herederos forzosos o a terceros, aun cuando fueren inoficiosas; todo ello sin perjuicio de la acción, que por reclamo del valor en que se ha visto menguada la legítima, le cabe al legitimario contra el donatario, sus sucesores universales y los singulares de mala fe, atento lo prescripto en los artículos 3270 y 1051.<sup>21</sup>

En el mismo sentido, en la XXXIII Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2003) se concluyó:

1) La acción de reducción tiene siempre carácter personal. Es imposible asignar a la palabra “reivindicación” del artículo 3955 del C.C. su sentido técnico, debido a la inconsistencia generada al pretender la aplicación de las normas propias de la misma. 2) Aun cuando se considere que esta acción personal tenga efectos reipersecutorios, posición que no compartimos, deben preservarse los derechos del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, privilegiando la seguridad jurídica en la circulación de los títulos. 3) El título proveniente de un contrato de donación no debe presumirse imperfecto ni calificarse *a priori* como observable. 4) El heredero preterido únicamente podrá demandar la inoponibilidad de la enajenación efectuada por el donatario a un tercero, aún a título oneroso, cuando la misma hubiera sido realizada en fraude a sus derechos. 5) La mala fe del tercer adquirente de un inmueble, entre cuyos antecedentes exista una donación, no debe presumirse y consistirá en su conocimiento de que la donación afectaba los derechos del heredero legitimario. Se exigirá del tercer adquirente la misma diligencia previa que la debida para cualquier otro título.<sup>22</sup>

20. LAFAILLE, Héctor, *Curso de contratos dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, t. 3, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1928, [Isauro P. Argüello y Pedro Frutos comps.], § 65, p. 56.

21. Declaraciones de la XX Jornada Notarial Bonaerense (San Martín, 1976): Tema III “Donación como título transmissivo de dominio. Partición por donación”. [N. del E.: ver conclusiones completas [aquí](#); fuente: web del [Colegio de Escribanos de la PBA](#); última consulta: 28/11/2018].

22. Conclusiones de la XXXIII Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2003): Tema I “Donaciones”. [N. del E.: ver conclusiones completas [aquí](#); fuente: web del [Colegio de Escribanos de la PBA](#); última consulta: 28/11/2018].

Referentes de esta tesis han sido Prayones,<sup>23</sup> López de Zavalía,<sup>24</sup> Juliano-Llorens,<sup>25</sup> Di Castelnuovo,<sup>26</sup> Ventura,<sup>27</sup> Compagnucci de Caso<sup>28</sup> y, en gran medida, quienes luego de la reforma de la ley 17711 al artículo 1051 hicieron extensiva su solución para las subadquisiciones a los donatarios.<sup>29</sup> Aplicando en circunstancias especiales (venta a un heredero forzoso que encubría una donación y su enajenación a un tercero) este último criterio, encontramos el voto del Dr. Mirás en el fallo “U. C., M. y otro” (1988),<sup>30</sup> en el que se expresó que

... cuando colisionan ambos derechos, pertenecientes ambos a terceros –compradores y herederos legitimarios– y siendo los dos de buena fe, no creo que quepa sino ponerse del lado del que devino sucesor a título oneroso, que lo es el comprador y no el heredero [...] si el causante cometió actos ilícitos en perjuicio de sus herederos, frente al tercero de buena fe y a título oneroso, ellos habrán de ser los perjudicados así como ellos se benefician o perjudican con innumerables actos cumplidos en vida de su autor y que no han podido controlar, facilitar o impedir. Al adquirente no se le puede exigir más que el control de la existencia de una donación. Si ésta es simulada, ya no cabe perseguirlo, desde que existe el principio consagrado en el art. 1051 por la reforma de 1968, pues ello constituiría no sólo contribución para el desaliento de las transacciones inmobiliarias, sino un atentado liso y llano a la buena fe que ha sido constituida por la nueva redacción de esa norma en eje, en fanal, en principio rector también cuando se trata de los negocios inmobiliarios.<sup>31</sup>

23. PRAYONES, Eduardo, *Nociones de derecho civil. Derecho de sucesión*, Buenos Aires, Ciencias Económicas, 1957 [tomadas de las lecciones dadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el curso de 1915, Américo S. Cacici comp.], p. 242: “La donación, se ha dicho, en cuanto transfiere la propiedad al donatario, es un hecho definitivo e irrevocable, y la acción de reducción se refiere al «valor» que exceda la porción disponible, sobre la cual procedería una acción personal”.

24. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, t. 2 “Parte especial (1)”, Buenos Aires, Zavalía, 1985 (2ª ed.), pp. 538-539.

25. JULIANO, Alberto F. y LLORENS, Luis R., “La naturaleza de la acción que emana del artículo 3955 del Código Civil y los títulos derivados de la donación”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 877, 1984, p. 1395.

26. DI CASTELNUOVO, Gastón R.: a) “La donación de inmueble como antecedente del título del transmitente”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 26/7/2012, t. 2012-D, p. 1125 (cita online AR/DOC/1390/2012); b) *Donación a terceros. Un título más a la luz de nuevos fallos antiguos*, La Plata, Fundación Editora Notarial, 2002, p. 32; c) “Donaciones. Nuevos enfoques respecto de inmuebles donados a terceros en la jurisprudencia y la doctrina”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 886, 2006, p. 120. [N. del E.: ver [aquí](#)]; d) [comentario a los arts. 2444-2461], en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 8, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015 (Francisco Di Castelnuovo colab.).

27. VENTURA, Gabriel B., “El valor de la donación como título al dominio”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 17/10/2012, N° especial de derechos reales, t. 2012-IV (cita online AP/DOC/4159/2012).

28. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Contrato de donación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, pp. 352, 357, 363-366.

29. Ver PÉREZ LASALA, José L., *Derecho de sucesiones*, t. 2, Buenos Aires, Depalma, 1981, § 696, p. 873; PÉREZ LASALA, Fernando, *Defensa del tráfico jurídico inmobiliario. Validez de los títulos provenientes de donaciones en la colación, reducción, reversión y revocación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, pp. 204 y ss. En contra, cfr. BORDA, Guillermo A., ob. cit. (cfr. nota 8), § 998; GUASTAVINO, “La protección a terceros adquirentes de inmuebles”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1973, “Serie Contemporánea”, p. 93; MAFFIA II N° 892; y BELLUSCIO, Augusto C., ob. cit. (cfr. nota 11), pp. 111-112.

30. CNCiv., Sala E, 9/12/1988, “U. C., M. y otro c/ R. Z., C. S.” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1989-II, p. 175, cita online 70028225. [N. del E.: ver sumarios oficiales [aquí](#); fuente SAI]; última consulta: 28/11/2018]).

31. Ver también SC de Mendoza, 24/8/1959, “Crivelli de Rovello, Amelia y otros” (*La Ley*, t. 98, p. 714): “Aunque se encuentre comprobada la simulación de la venta que aparece realizada por el causante, la nulidad del acto atacado

En prestigioso apoyo a la misma, se cita el voto del Dr. Colmo en el fallo “Vieiro c/ Bonahora” (1927) ante una negativa del comprador a escriturar por título imperfecto (art. 1425):<sup>32</sup>

No es eso a buen seguro lo que en art. 1425 se mira como motivo fundado de ser molestado por la reivindicación de la cosa [...] Pero eso (otros hijos) es circunstancia negativa y no positiva; hipótesis y no hecho real. Con ese criterio, el mejor título podría ser observado [...] Por lo demás, no hay en el código civil ni un solo texto, ni en el mismo art. 787 que autorice la acción reivindicatoria contra un adquirente a título oneroso y de buena fe, como el del caso. Todo transmite en él la protección que para la ley merecen terceros así, que representan el interés general, la firmeza y seguridad de las relaciones jurídicas. Apenas si caben, como en materia de colación, las acciones personales y por los correspondientes valores contra los beneficiados en exceso, o como en el orden general de supuestos del art. 2779, la acción personal contra quien sea autor del perjuicio. Por ello, preceptos como el del art. 3955 deben ser entendidos con relación a los casos en que la reivindicación es efectivamente posible, ya por mediar mala fe en la última adquisición, ya porque la adquisición de referencia es gratuita (art. 2777 y siguiente). De otra suerte, la circulación de los valores, que es todo un postulado de la ley, se encarece y restringe, lo que no puede ser de buen derecho...

A esta batahola, se sumaba que al no incorporar Vélez una norma similar al artículo 930 del *Code Civil* francés,<sup>33</sup> que obliga, previamente a toda acción contra terceros, a reclamar y excutir los bienes del donatario, si bien la doctrina mayoritaria (Borda, Belluscio, Zannoni, Guastavino) desestimó tal exigencia, un sector (Laje, Ovsejevich) sostuvo que el efecto reipersecutorio debe limitarse a cumplir con el fin protector de la legítima, por lo que únicamente debe admitirse cuando resultó insolvente el obligado directo de la acción.

## - II -

Por ello, y dado que “un sistema jurídico que produce como consecuencia la inenajenabilidad de los inmuebles no responde al principio económico necesario en toda buena legislación”,<sup>34</sup> parafraseando a la XVI Jornada Notarial Argentina (Mendoza, 1976), atento al carácter altamente controvertido del tema, era anhelo del notariado argentino y de todos que una futura reforma legislativa definiera la cuestión.<sup>35</sup> Y es así como los distintos proyectos de reforma se fueron sucediendo, todos hasta el Proyecto de 1998,<sup>36</sup> en una dirección favorable hacia una tutela amplia de la donación, eliminando las preven- ciones hacia la misma.

---

por los herederos no puede alcanzar al tercer adquirente de buena fe que obtuvo la cosa del comprador aparente por acto serio y efectivo y a título oneroso”.

32. Cám. Civ. 1ª de Capital Federal, 12/8/1927, “Vieiro c/ Bonahora” (*Jurisprudencia Argentina*, t. XXV, p. 926).

33. [N. del E.: el lector podrá cfr. a continuación: 1. el *Código Napoleón de 1804* {ver p. 225}; fuente: web oficial de la *Biblioteca Nacional de Francia*; última consulta: 21/11/2018; y 2. el *Código Civil francés vigente*; fuente: web oficial del *Servicio de Público de Difusión del Derecho Francés*; última consulta: 21/11/2018].

34. PRAYONES, Eduardo, ob. cit. (cfr. nota 23), p. 243.

35. Cfr. nota 12-a.

36. [N. del E.: ver el texto del Proyecto de 1998 [aquí](#); fuente: campus virtual de la *Universidad de Salamanca*; última consulta: 21/11/2018].

Veamos:

1) *Anteproyecto Bibiloni*:

Artículo 3955: Cuando haya que completar la legítima de los herederos, la acción de reducción puede ser intentada contra los herederos o donatarios, a fin de que integren el valor que hayan de restituir según las reglas prevenidas. La acción es personal de reintegro. Puede intentarse en la misma medida contra el poseedor actual del inmueble donado si la hubo a título gratuito del donatario.

2) *Proyecto de 1936*:

Artículo 2014: Cuando debiere completarse la legítima, la demanda por reducción podrá ser dirigida contra los herederos o donatarios, a fin de que ingresen el valor de lo que están obligados a restituir según las reglas precedentes. Esta acción será personal y podrá ser intentada en la misma medida contra el poseedor del inmueble donado, si la hubo a título gratuito del beneficiario. En este último caso procederá el abandono.

3) *Anteproyecto de 1954*:

Artículo 696: Cuando la legítima resulte lesionada, los damnificados podrán demandar a los beneficiarios de mejoras o donaciones inoficiosas para que éstos restituyan el valor que excediese la porción disponible del causante. La acción será personal, pero procederá también contra los sucesivos adquirentes a título gratuito de los bienes cuyo valor corresponda incluir en la legítima lesionada, hasta la concurrencia del enriquecimiento obtenido por los demandados. El beneficio de éstos se computará al tiempo de apertura de la sucesión, pero si éste fuese menor a la fecha de la donación se estará al valor de entonces.

4) Los Proyectos de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación 1987, de 1993 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, elaborado por la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación (Proyecto 1993 CF), y el preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92 (Proyecto 1993 PEN) derogaban el artículo 3955.

De esa forma se encuadraba adecuadamente el asunto: que en toda donación se halle implícita la condición resolutoria consistente en que resulte inoficiosa a la muerte del donante (*condictio iuris*) no debe seguirse que el dominio sea resoluble (imperfecto). Conforme resultaba del artículo 2663 CCIV y su nota,<sup>37</sup> la oponibilidad a terceros<sup>38</sup> de la

37. [N. del E.: ver VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio, {cfr. nota 2}, pp. 155-156].

38. Ver ALTERINI, Jorge H., "El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1971, "Serie Contemporánea", pp. 634 y ss.: "Se ha destacado la falta de concordancia entre el sistema establecido por el art. 1051 cuando media nulidad o anulabilidad y el relativo a los títulos sobre inmuebles revocables o resolubles. Se sostiene que los subadquirentes de buena fe y a título oneroso deberían soportar los efectos de la revocación o resolución del dominio del transmitente de inmueble, desde que rige el art. 2670 (salvo para los actos de administración) Quizás hubiera sido conveniente que la Reforma fuera inequívoca al respecto, pero creemos que la solución a esa inquietud puede alcanzarse con el sistema vigente. En el régimen de Vélez es menester que las cláusulas resolutorias consten el título del transmitente [...] Como la cláusula resolutoria debe constar en el título para ser oponible a terceros y, por tanto, ellos están en condiciones de conocerla, no resulta ilógico el sistema de los arts. 2670, 2918, 2969, 3045 CC".

Ver Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, 1978): "Efectos (de la resolución) con relación a terceros: a) Si se trata de cosas inmuebles rigen las normas sobre el dominio revocable y no se aplica el artículo

resolución del dominio nace de la constancia en el propio título de la cláusula resolutoria (v. gr., arts. 1843, 1847, 1855 CCVélez)<sup>39</sup> y no de circunstancias desconocidas o futuras inciertas (v. gr., que existían al momento de la donación herederos forzosos y que al fallecimiento del causante no se alcance a cubrir su legítima), siendo esa la solución coherente con la que se adoptó por la implícita causal de revocación por ingratitud (arts. 1865 y 1866 CCVélez). Por otra parte y en lo que hace también a la aplicación específica del art. 2670 del CCVélez, “la acción de reducción no tiene como objetivo la resolución de las donaciones inoficiosas sino que se las declare inoponibles al heredero perjudicado”.<sup>40</sup> Es decir, se trata, como bien apuntaba Alterini,<sup>41</sup> de una ineficacia funcional relativa, por la cual el acto vale respecto de todos menos en relación a aquél a quien la ley tutelar en un derecho.

### - III -

Con esos antecedentes llegamos al Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998 (elaborado por la Comisión Decreto PEN 685/1995),<sup>42</sup> que intentó zanjar la discusión estableciendo una distinción entre donaciones a ciertos legitimarios para las que preveía únicamente la acción de colación, con la obligación de compensar la diferencia en dinero<sup>43</sup> (art. 2340), con lo cual los subadquirentes quedaban a salvo, y las que se efectuaron a terceros o extraños, respecto de las cuales disponía dos paliativos: la exclusión de aquellas que se hubieren hecho antes de los diez años anteriores al deceso del causante<sup>44</sup> (art. 2402) y la previa excusión de los bienes del donatario ante de perseguir a terceros adquirentes (art. 2406).

Esa propuesta no dejó satisfecho a muchos, sucediéndose entre el año 2003 y el año 2007 varios proyectos inspirados en Gastón R. Di Castelnuovo, que obtuvieron aproba-

---

1051 del Código Civil b) Los terceros subadquirentes no pueden invocar buena fe, si conocían o debían conocer la posibilidad de resolución a través de los antecedentes del dominio”.

39. Ver LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 3, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010, [2ª ed., ampliada por J. H. Alterini], § 978, p. 13: “Para producir efecto con relación a terceros adquirentes, es menester que tales condiciones surjan claramente del título. Cuando así no acontece, la ignorancia de ese dato es considerada por la ley como uno de los supuestos en que la “apariencia” sirve de amparo contra las acciones petitorias”.

40. ALTERINI, Jorge H., [comentario al art. 2670], en Llambías, J. J. (dir), *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, t. IV-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, p. 487.

41. ALTERINI, Jorge H., “Resolución de los contratos y dominio revocable”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 50, 1973, p. 639.

42. [N. del E.: cfr. nota 36].

43. Superaba de esa forma el óbice de la responsabilidad *intra vires* de quien goza del beneficio de inventario en el CCIV.

44. El art. 2174 del Proyecto de Freitas estableció que las donaciones no estaban sujetas a la acción de reducción si hubieran sido hechas antes de los tres años del fallecimiento del donante. [N. del E.: ver TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Esboço de un Código Civil para o Brasil*, Río de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 713 {acceda al texto [aquí](#)}; fuente: portal web [Direito Civil Digital](#); última consulta: 28/11/2018]. El *Código Civil de Alemania* [*Bürgerliches Gesetzbuch*] y el *Código Civil de Cataluña* (art. 451-5) no toman en consideración las donaciones hechas 10 años antes del fallecimiento del causante. En ambas legislaciones no se incluyen las donaciones a legitimarios. [N. del E.: las fuentes de los hipervínculos son las webs del [Ministerio Federal de Justicia Alemán](#) y [Boletín Oficial del Estado Español](#), respectivamente; última consulta: 28/11/2018].

ción en la Cámara de Diputados. Transcribo el presentado por los diputados Cigogna y Balestrini:

*Artículo 1º.* – Incorporase como apartado final al artículo 1831 del Código Civil el siguiente párrafo:

«La reducción declarada por los jueces no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes inmuebles constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso. La mala fe del tercero no podrá presumirse y consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido».

*Artículo 2º.* – Sustitúyese el artículo 3955 del Código Civil por el siguiente:

«La acción contemplada por los artículos 1831 y 1832 de este Código no es prescriptible sino desde la muerte del donante».<sup>45</sup>

Con ello se volvía al sendero de los efectos normales de un acto inoponible (arts. 965 y 968 de la acción pauliana<sup>46</sup>).

#### – IV –

Con la elaboración del Anteproyecto del año 2012, que terminará convirtiéndose con pocas modificaciones en el CCCN (sancionado por Ley 26994),<sup>47</sup> varias fueron las voces que se opusieron al régimen vigente.<sup>48</sup> Este, como ya es por todos sabido, sujeta las donaciones tanto a legitimarios como a extraños cuando son inoficiosas a la acción de reducción (art. 2386). No establece ninguna obligación de excutir previamente los bienes del donatario y, como moderador, establece un instituto de dudosa naturaleza (prescripción adquisitiva o plazo resolutorio) en el artículo 2459,<sup>49</sup> que excluye los alcances rei-

45. Proyecto 0822-D-05 (expte. Senado: 0024-CD-2005). [N. del E.: ver completo y fundamentos [aquí](#); fuente: web [Universidad de Palermo](#); última actualización: 28/11/2018]. Otros proyectos vinculados presentados por el diputado Cigogna: 5205-D-2002; 1674-D-2004; 4633-D-2003 {expte. Senado 0136-CD-2003}; 3500-D-2006; 2873-D-2007 (expte. Senado: 0173-CD-2007); 1083-D-2008; 1012-D-2009 (expte. Senado: 0034-CD-2010); 1135-D-2015; 1819-D-2015; 2482-D-2017. Respecto de este último, ver punto VI del presente ensayo y cfr. nota al pie 54.

46. Ver ANTELO, Marcelo G., “Consideraciones sobre el acto jurídico inoponible”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 877, p. 1426: “con algunas variantes francamente insensibles[...] en la faz práctica, la solución que especialmente se prevé para la revocación con fraude en los arts. 967,968 y 970 del C.C. concuerda con la que resultaría de la aplicación del postulado general del art. 1051 del mismo Código. Desde luego que aquí no puede suscitarse polémica alguna, como quiera que existiendo un mecanismo específico, debemos atenernos a la fórmula allí consagrada”.

47. [N. del E.: redactado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, que fue creada por [Decreto PEN 191/2011](#). A continuación, el lector podrá confrontar: a) el CCCN sancionado por [Ley 26994](#); b) el [texto](#) con media sanción del Senado en noviembre de 2013; c) el proyecto Enviado por el Poder Ejecutivo de la Nación al Honorable Congreso de la Nación mediante [Mensaje N° 884/2012](#); e) información sobre el [trámite parlamentario](#); f) el [anteproyecto](#) elaborado por la comisión redactora, elevado a consideración del PEN en ese mismo año; g) los [fundamentos](#) del anteproyecto].

48. P.ej.: la propuesta del Consejo Federal del Notariado Argentino ante la Comisión Bicameral para la Reforma Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. [N. del E.: ver [aquí](#); última consulta: 28/11/2018]. Ver asimismo los despachos de la 38 Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 2013). [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: web del [Colegio de Escribanos PBA](#); última consulta: 28/11/2018].

49. Ver CASABÉ, Eleonora R., “¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?” [[online](#)], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 924, 2016; KIPER, Claudio M.,

persecutorios amplios de la acción dispuestos en el artículo 2458 cuando la cosa donada hubiera sido poseída por el donatario y/o subadquirentes por diez años.

Lógico corolario de este novedoso remedio, que también da lugar a diferentes interpretaciones para su aplicación en el derecho transitorio,<sup>50</sup> es que muchas donaciones, aun cuando la cosa permanezca bajo el dominio del donatario, estarán sustraídas de la acción de reducción, que solo podrá intentarse por el plazo de cinco años desde el fallecimiento del donante (art. 2560) El artículo 2417 también sujeta la partición por donación a la acción de reducción en el caso de descendiente omitido, nacido con posterioridad o que recibió menos de lo correspondiente a su porción legítima.<sup>51</sup>

– V –

Claramente se advierte que la observabilidad del título de la donación en el tráfico jurídico se ha agravado, sin un beneficio significativo para la protección de la legítima. La misma se profundizaría, aún más si cabe, de obtener aprobación el proyecto que, con la anuencia de Córdoba,<sup>52</sup> ha presentado el senador Cobos (S-2884/17):

*Artículo 1º.* – Modifíquese el Artículo 2458 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado de la siguiente manera:

«Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables, aún cuando los subadquirentes sean de buena fe y a título oneroso. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima».<sup>53</sup>

“Naturaleza del plazo para sanear una donación” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 928, 2017; GUARDIOLA, Juan J., “La usucapión en el nuevo Código”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, N° 2, 2016, pp. 19-43 (cita online AR/DOC/566/2016); FERRER, Francisco A. M., [comentario al art. 2459], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 11, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 633 y ss.

Según el art. 1965 CCCN, las condiciones resolutorias –que cuando son impuestas por la ley también hacen al dominio imperfecto– “se deben entender limitadas al término de diez años”. Ver conclusiones de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad Nacional de Mar del Plata, 1983): Comisión N° 4 “Régimen jurídico del dominio imperfecto y en especial del dominio fiduciario”. “II. Dominio revocable”. “7º) La revocabilidad del dominio resoluble puede resultar tanto de una condición resolutoria (explícita) como de una «cláusula legal», que parte de la doctrina denomina condición resolutoria implícita” (sic). [N. del E.: acceda a las conclusiones completas [aquí](#) {ver p. 5}; fuente: web oficial de las [XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil](#); última consulta: 27/11/2018].

50. Para Ferrer, los diez años se computan recién con la vigencia del CCCN, es decir, a partir del 1/8/2015. Para Kemelmajer de Carlucci, se aplica solo si el causante falleció con posterioridad. Y, para Alterini, desde la adquisición de la posesión aunque la misma fuese anterior a la vigencia del CCCN.

51. FERRER, Francisco A. M., [comentario al art. 2417], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 11, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 510: “con los efectos previstos en los arts. 2458 y 2459. Al no contener ninguna descripción de la acción, se deben aplicar las normas enunciadas”, con lo que las subadquisiciones quedan en peor situación que en el caso del heredero aparente.

52. CÓRDOBA, Marcos M., *Sucesiones*, Buenos Aires, Eudeba - Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 361.

53. Proyecto 2884-S-2017, del 3/8/2017, presentado por el senador Julio Cobos. [N. del E.: ver proyecto completo y fundamentos [aquí](#); fuente: web oficial del [Senado](#); última consulta: 28/11/2018].

## - VI -

Sin embargo, cuando escribo estas, líneas existe, en sentido opuesto, otro proyecto con media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación, nuevamente del diputado Cigogna (D-2482/17):

*Artículo 1º.* – Modificanse los artículos 2386, 2457, 2458 y 2459 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, que quedarán redactados de la siguiente forma:

«Artículo 2386. Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero».

«Artículo 2457. Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso».

«Artículo 2458. Acción reipersecutoria. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el sub adquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario en dinero el perjuicio a la cuota legítima».

«Artículo 2459. Prescripción adquisitiva. En cualquier caso, la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el sub adquirente que han poseído la cosa donada durante DIEZ (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación».<sup>54</sup>

Personalmente estimo que, aun cuando constituye una mejora desde la perspectiva de la injustificada estigmatización de un contrato admitido por nuestro ordenamiento como título suficiente para la transmisión del dominio, no va lamentablemente a cerrar la grieta. Para ello, considero que:

- 1) Sea la reducción en valor o en especie,<sup>55</sup> no deberían establecerse distinciones cuando se trate de donaciones a legitimarios (por ello, sería irrelevante que la cuestión a su respecto se resolviera por esa vía o por la de colación con pago en dinero por la diferencia) o extraños como obligados directos.<sup>56</sup>
- 2) Cuando la cosa ha sido enajenada, la *reipersecutoriedad* tiene que limitarse a las subadquisiciones a título gratuito (solo hay privación de un beneficio) y a las de mala fe cuando son a título oneroso (al igual que la acción de fraude),<sup>57</sup> no pudien-

54. Proyecto 2482-D-2017, del 12/5/2017, expte. Senado: 0062-CD-2017. [N. del E.: ver proyecto completo y fundamentos [aquí](#); fuente: web oficial de la [Cámara de Diputados](#); última consulta: 28/11/2018].

55. Desde el punto de vista económico, en razón de cómo se calcula el valor de las donaciones, arts. 2385 y 2445 CCCN. Ver BORDA, Guillermo A., ob. cit. (cfr. nota 8), § 996, punto e).

56. Se trata de un acto con ineficacia operativa limitada externa, tendiente a resguardar el acervo con seguridad estática. Ver ALTERINI, Jorge H. y otros, *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 23-25.

57. Siguiendo la clasificación que desarrollan los autores citados en nota anterior, tal acto “si bien mantiene su ineficacia sustancial y su ineficacia operativa interna, adquiere por efecto de la adquisición del tercero de buena fe y a título oneroso, «eficacia operativa» frente a ese tercero y en general respecto de todos” (ibídem).

do entenderse por configurada aquella cuando media entre los antecedentes una donación, sino que consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido, de la posibilidad probable de la inoficiosidad según las situaciones de hecho.

- 3) No existe razón para excluir de su alcance donaciones por el transcurso del tiempo en que fueron hechas.<sup>58</sup>
- 4) Es imprescindible, teniendo en cuenta la diversidad de valoraciones y criterios hasta la sanción del CCCN e incluso desde su entrada en vigencia, que la ley que introduzca tales modificaciones regule la situación de las donaciones anteriores, asignándole ya efectos retroactivos o carácter de interpretación auténtica en algunos de sus aspectos.

## Bibliografía

- ALLENDE, Jorge M., “Donación de inmuebles”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 827, 1991.
- ALTERINI, Jorge H., “El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, “Serie Contemporánea”.
- “Resolución de los contratos y dominio revocable”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 50, 1973.
- [comentario al art. 2670], en Llambías, J. J. (dir.), *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, t. IV-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981.
- ALTERINI, Jorge H. y otros, *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- ANTELO, Marcelo G., “Consideraciones sobre el acto jurídico inoponible”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 877, 1984.
- AA. VV., [conclusiones de la 41 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal {Buenos Aires, 2015}].
- [conclusiones de la 42 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal {Buenos Aires, 2017}].
- [conclusiones de la XII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal {Buenos Aires, 1983}].
- [conclusiones de la XVI Jornada Notarial Argentina {Mendoza, 1976}].
- [conclusiones de la XVIII Jornada Notarial Cordobesa {Córdoba, 2015}].
- [conclusiones de la XX Jornada Notarial Bonaerense {San Martín, 1976}].
- [conclusiones de la XXIII Jornada Notarial Bonaerense {Mar del Plata, 2003}].
- [conclusiones de la XXXVIII Jornada Notarial Bonaerense {Bahía Blanca, 2013}].
- [conclusiones de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Mar del Plata, 1983}].
- [conclusiones de las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil {San Rafael, 1978}].
- [conclusiones de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Buenos Aires, UCES, 2001}].
- [conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y 5° Congreso Nacional de Derecho Civil {Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2009}].

Ver conclusiones de la XVIII Jornada Notarial Cordobesa (Córdoba, 2015): “Con el Código de Vélez se discutía si esta acción de reducción tenía o no efecto reipersecutorio. El Código Civil y Comercial dispone claramente asignarle efectos reipersecutorios a la acción de reducción. Entendemos que no es el criterio adecuado, por la seguridad del tráfico jurídico, este efecto reipersecutorio debería haber frenado ante los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso”. [N. del E.: ver conclusiones completas [aquí](#) {p. 6}; fuente: web del [Colegio de Escribanos de Córdoba](#); última consulta: 28/11/2018].

58. Las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017) (Comisión N° 9 “Partición y colación”) también recomendaron (con una abstención y una disidencia) derogar el artículo 2459, pero lo hicieron con la finalidad de eliminar el único dispositivo que actualmente protege a la seguridad de las donaciones. [N. del E.: ver conclusiones completas [aquí](#) {p. 2}; fuente: web oficial de las [Jornadas](#); última consulta: 28/11/2018].

- [conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Buenos Aires, 2013}].
- [conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil {La Plata, 2017}].
- en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata “Donaciones a herederos forzosos”, 2010.
- BELLUSCIO, Augusto C., [comentario al art. 1831], en Belluscio, A. C. (dir.), Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. 2.
- CASABÉ, Eleonora R., “¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 924, 2016.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Contrato de donación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.
- CÓRDOBA, Marcos M., *Sucesiones*, Buenos Aires, Eudeba - Rubinzal-Culzoni, 2016.
- DI CASTELNUOVO, Gastón R., [comentario a los arts. 2444 a 2461], en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 8, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015 (Francisco Di Castelnuovo colab.).
- “Donaciones. Nuevos enfoques respecto de inmuebles donados a terceros en la jurisprudencia y la doctrina”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 886, 2006.
- “La donación de inmueble como antecedente del título del transmitente”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 26/7/2012, t. 2012-D (cita online AR/DOC/1390/2012).
- *Donación a terceros. Un título más a la luz de nuevos fallos antiguos*, La Plata, Fundación Editora Notarial, 2002.
- DI LELLA, Pedro, “Reducción de la donación a heredero forzoso”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 18/10/1995, N° 5955 (t. 1995-IV)
- FERRER, Francisco A. M., [comentario a los arts. 2417 y 2459], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 11, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- GUARDIOLA, Juan J., “La usucapión en el nuevo Código”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, N° 2, 2016 (cita online AR/DOC/566/2016).
- GUASTAVINO, “La protección a terceros adquirentes de inmuebles”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1973.
- JULIANO, Alberto F. y LLORENS, Luis R., “La naturaleza de la acción que emana del artículo 3955 del Código Civil y los títulos derivados de la donación”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 877, 1984.
- KIPER, Claudio M., “Naturaleza del plazo para sanear una donación” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 928, 2017.
- LAFAILLE, Héctor, *Curso de contratos dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, t. 3, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1928, [Isauro P. Argüello y Pedro Frutos comps.].
- *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 3, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010, [2ª ed., ampliada por J. H. Alterini].
- LAJE, Eduardo, “Los actos gratuitos del causante y la protección de la legítima”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1948-I.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, t. 2, Buenos Aires, Zavalía, [año?].
- MAFFIA II.
- OVSEJEVICH, Luis, “Legítima”, en AA. VV., *Enciclopedia jurídica OMEBA*, t. 18, Buenos Aires, Omeba.
- PÉREZ LASALA, Fernando, *Defensa del tráfico jurídico inmobiliario. Validez de los títulos provenientes de donaciones en la colación, reducción, reversión y revocación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011.
- PÉREZ LASALA, José L., *Derecho de sucesiones*, t. 2, Buenos Aires, [ed?], [año?].
- PRAYONES, Eduardo, *Nociones de derecho civil. Derecho de sucesión*, Buenos Aires, Ciencias Económicas, [año?], [tomadas de las lecciones dadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el curso de 1915, Américo S. Cacici comp.].
- VENTURA, Gabriel B., “El valor de la donación como título al dominio”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 17/10/2012, N° especial de derechos reales, t. 2012-IV (cita online AP/DOC/4159/2012).
- ZANNONI, Eduardo A., “Acción de reducción ejercida entre herederos forzosos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, N° 2 “Sucesiones”, 2000.

## ADENDA\*

## Una mala solución al problema de las donaciones

El artículo anterior, sobre “La necesidad de reformar los alcances de la acción de reducción”, fue escrito para encontrar un equilibrio entre la protección de la legítima y la seguridad del tráfico jurídico cuando el causante ha efectuado donaciones, ya sea a legitimarios o a extraños. Decía allí que la solución más adecuada pasaba por:

- excluir de los alcances reipersecutorios de la misma a las subadquisiciones a título oneroso<sup>59</sup> y de buena fe, entendiendo que obstaba a esta última el conocimiento de que la donación antecedente afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido;
- que el tiempo en que fueron hechas aquellas donaciones o el que hubiere transcurrido hasta el deceso no debía tener relevancia, máxime cuando la cosa registrable hubiera permanecido en cabeza del donatario;
- y que la reforma debía dar respuesta a los problemas de derecho transitorio, teniendo en cuenta los distintos criterios doctrinario-jurisprudenciales vigentes durante la vigencia del Código Civil y la incidencia del CCCN, en este último caso particularmente en lo referido a la previsión del artículo 2459, sobre cuya naturaleza y aplicación temporal las interpretaciones eran diversas.

Estaba en trámite con media sanción de diputados el proyecto de ley del diputado Cigogna,<sup>60</sup> que, si bien no satisfacía plenamente aquellas sugerencias, se encaminaba al menos por el sendero correcto de no convertirlas en títulos observables, cuando la comisión designada por el [Decreto PEN 182/2018](#),<sup>61</sup> elevó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos su Anteproyecto de reforma al CCCN. Dejando para otra oportunidad el análisis de dicha propuesta en lo que respecta a su directa repercusión en lo inmobiliario,<sup>62</sup> en lo que hace a la acción de reducción, la modificación significativa<sup>63</sup> planteada es la

\* *Ingresada*: 20/11/2018. *Aceptada*: 22/11/2018.

59. A los proyectos que cité agregó el Anteproyecto De Gásperi de 1964, cuyo art. 3320 rezaba: “Cuando haya que completar la legítima de los herederos forzosos, la acción de reducción podrá ser intentada contra los herederos o los donatarios, a fin de que integren el valor que están obligados a restituir, según las reglas precedentes. Esta acción será personal de reintegro, y podrá ser intentada en la misma medida contra el poseedor del inmueble donado si lo hubo a título gratuito del donatario. En este caso el demandado podrá liberarse haciendo abandono del inmueble”.

60. El mismo fue transcripto en el trabajo mencionado.

61. Integrada por los doctores Botana, Rivera y Pizarro.

62. En una primera aproximación, aparece como acertada la derogación del tercer párrafo del art. 2075 en cuanto a la exigencia de adecuación de los conjuntos inmobiliarios *strictu sensu* ya existentes y el agregado al art. 1893 en cuanto al conflicto entre publicidad registral y posesoria; como insuficiente, la derogación del segundo párrafo del art. 1891 si en el primero no se especifica que son las servidumbres negativas las exceptuadas y el haber omitido una profunda e imprescindible modificación de la regulación del tiempo compartido y el cementerio privado; y como negativa, la supresión de la personalidad del consorcio de propietarios (arts. 148 inc. h, 2044 e incs. e, i y t del art. 2056).

63. No la tiene la incorporación de los ascendientes al elenco de personas obligadas a colacionar, ya que, conforme a los arts. 2386 y 2453, también las donaciones que a ellos beneficiaban quedaban alcanzadas por esta acción. En

sustitución del artículo 2459<sup>64</sup> por una norma similar a la que contenía el artículo 2402 del Proyecto de 1998 en su [versión originaria](#), esto es, que solo son reducibles las donaciones hechas por el causante en los diez años anteriores a su muerte.<sup>65</sup>

Cierto es que la idea no es novedosa y cuenta con antecedentes en el derecho comparado: así, tenemos idénticas previsiones en el artículo 2325 del [Código Civil de Alemania](#) (*Bürgerliches Gesetzbuch*) y el artículo 451-5 del [Código Civil de Cataluña](#).<sup>66</sup> Reducirlas al plazo de tres años era lo proyectado por Freitas en el artículo 2174 de su *Esboço*,<sup>67</sup> y por este mismo período temporal se inclina el artículo 689 del [Código de Quebec](#)<sup>68</sup> para ser reducidas en caso de insuficiencia del activo de la sucesión para afrontar contribuciones de subsistencia alimentaria al cónyuge o un descendiente. Por su parte, el artículo 1468 del [Código Civil de Venezuela](#)<sup>69</sup> dispone:

Las donaciones de toda especie que una persona haya hecho durante los diez últimos años de su vida, por cualquier causa y en favor de cualquiera persona, quedan sujetas a reducción si se reconoce que en la época de la muerte del donador, excedían de la porción de bienes de que pudo disponer el mismo donador, según las reglas establecidas en el Capítulo II, Título II, de este Libro.

Aun cuando en los [fundamentos](#)<sup>70</sup> que acompañaron el Proyecto de 1998 solo se dice que, con ello, “se pretende rodear de mayor seguridad a la adquisición y transmisión de sus derechos por el donatario” (Nº 319, párrafo 12), y, en los que se agregan al precepto con que se pretende sustituir el artículo 2459 CCCN, únicamente, que ello “consagra una solución más apropiada que la actualmente vigente”, subyace como razón de esa limitación temporal el considerar que será en los últimos años de vida de la persona cuando esta intentará beneficiar a otras (legitimarios o no), sin sujetarlas a la transmisión sucesoria, y que no tendrá probablemente en ese lapso posibilidad de recomponer el patrimonio

---

materia de porción disponible, existe una importante y correcta ampliación de legitimarios en el art. 2448 a los que se puede beneficiar con un tercio de las porciones disponibles, al incluir al cónyuge con discapacidad y a aquel que hubiere cuidado al causante renunciando a capacidades productivas o profesionales.

64. Además, existió el proyecto S-2500/17 del senador Julio Cobos, que propuso redactar el art. 2459 de la siguiente manera: “*Prescripción adquisitiva*. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante cinco años computados desde la muerte del donante. Se aplica el artículo 1901”. En los fundamentos, luego de hacer referencia confusamente al Proyecto de 1998, que, como surge de su texto, excluía del alcance donaciones anteriores al fallecimiento, expresa que “como principio general la prescripción oponible al heredero forzoso, perjudicado en la legítima por la donación del causante sería la genérica de cinco años, que empieza a correr desde el fallecimiento de este último (art. 2560 CCyCN)”. Es decir que superpondría el plazo de prescripción adquisitiva con el de la liberatoria de la acción de reducción (art. 2560). [N. del E.: proyecto 2500-S-2017, del 3/7/2017; ver proyecto y fundamentos completos [aquí](#); fuente: web oficial del [Senado](#); última consulta: 28/11/2018].

65. En la Comisión de Legislación General el plazo fue reducido a cinco años. [N. del E.: fuente del hipervínculo: campus virtual de la [Universidad de Salamanca](#); última consulta: 28/11/2018].

66. [N. del E.: las fuentes de los hipervínculos son las páginas web oficiales del [Ministerio Federal de Justicia de Alemania](#) y del [Boletín Oficial del Estado Español](#), respectivamente; última consulta: 28/11/2018].

67. [N. del E.: ver TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Esboço de un Código Civil para o Brasil*, Río de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, p. 713 {acceda al texto [aquí](#)}; fuente: portal web [Direito Civil Digital](#); última consulta: 28/11/2018].

68. [N. del E.: fuente del link: web oficial de [legislación de Québec](#); última consulta: 28/11/2018].

69. [N. del E.: fuente del link: web de la [OEA](#); última consulta: 28/11/2018].

70. [N. del E.: fuente del link: campus virtual de la [Universidad de Salamanca](#); última consulta: 28/11/2018].

que será el acervo transmisible, diversamente a las variaciones que en más o en menos puede experimentar en períodos anteriores.

Al margen de que ello suministre un justificativo especulativo para el caso de personas ancianas o con fallecimiento por causas naturales para hacer a las donaciones anteriores como no computables a los fines de esta acción,<sup>71</sup> lejos está de dar mayor seguridad al tráfico jurídico con respecto a la actual norma, más allá de las observaciones que ella merece. Se considere a la misma como de plazo resolutorio o prescriptivo, se cuenta con *dies ad quem* cierto desde la adquisición para convertirse en un título inobjetable, mientras que de sancionarse la modificación habrá que esperar el plazo totalmente incierto del fallecimiento del donante, sin que se mejore claramente la situación de los legitimarios (que en relación a las anteriores (que pudieron haberse realizado en fraude a sus legítimas expectativas), tendrán a partir del deceso una acción que no las alcanza (esa inutilidad de la acción era uno de los argumentos de rechazo al actual art. 2459).

Si se consideraba criticable –lo que comparto– la respuesta del actual CCCN, con el único paliativo del plazo resolutorio/prescripción y más adecuada la propuesta del Proyecto de 1998, al menos se lo hubiere adoptado íntegramente, esto es, con colación exclusiva en el caso de donaciones a legitimarios y excusión previa antes de llegar a terceros. Ello aunque, insisto, no es desde mi perspectiva tampoco lo más aconsejable.

Para finalizar, me permito destacar que se seguirán agravando los problemas interpretativos de las donaciones anteriores. ¿Qué pasará si finalmente se aprueba esta reforma con aquellas en que –vigente la actual normativa– se hubiese cumplido el plazo decenal desde que se poseía lo donado y al fallecimiento operado con la nueva norma estuviesen comprendidas en los diez años anteriores al mismo? Salvo para aquellos (v. gr., Ferrer)<sup>72</sup> que consideran que el actual 2459 solo es aplicable a partir del 1 de agosto de 2015, para quienes entendemos que alcanza a las anteriores de plazo cumplido o a cumplir, si el fallecimiento es posterior a esa fecha, se generan otras dudas que el artículo 7 bis que se pretende incorporar<sup>73</sup> tampoco despeja (salvo que innecesariamente en mi opinión se haya promovido una acción meramente declarativa).

En síntesis, la propuesta que se comenta sigue aportando más incertezas y, por ende, inseguridad a las transacciones de bienes registrables.

71. No a los fines del cálculo de la legítima y la colación.

72. Ver FERRER, Francisco A. M., [comentario a los arts. 2417 y 2459], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 11, Buenos Aires, La Ley, 2016.

73. “Artículo 7 bis. *Aplicación a los procesos pendientes*. Las nuevas leyes no se aplican a los procesos iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia, ni aun en apelación ordinaria o extraordinaria, con las siguientes excepciones: a) Las leyes procesales que se aplican a las etapas no precluidas; b) Que la sentencia a dictarse sea constitutiva de derechos”. [N. del E.: ver URBANEJA, Marcelo E., “Efectos de la ley en relación al tiempo. Temas de interés notarial” {online}, y ZAVALA, Gastón A., “Temporalidad de la ley. Incidencia en las situaciones jurídicas en curso” {online}, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 928, 2017].

# Enajenación de bienes inmuebles por institutos de vida consagrada y sociedades de vida apostólica

María Marta Herrera

Cecilia C. Korniusza

Diego M. Mage

## RESUMEN

Se analiza el régimen jurídico dispositivo en materia inmobiliaria de los Institutos de vida consagrada y Sociedades de vida apostólica (antiguas órdenes y congregaciones religiosas). Se concluirá que las afirmaciones que ha efectuado el magisterio pontificio respecto de estos organismos, sumadas a la sanción de la ley 24.483 y su normativa reglamentaria, y los artículos 146 y 147 del Código Civil y Comercial de la Nación, autorizan a afirmar que los mismos deben ser considerados como personas jurídicas de derecho público. A su vez, la normativa canónica que regula su capacidad dispositiva, en tanto no contradiga el orden público, es derecho vigente por expresa remisión que a la misma hace la legislación civil, y por tanto debe ser conocida por el operador jurídico para evitar posibles nulidades.

## PALABRAS CLAVE

Iglesia Católica, órdenes y congregaciones religiosas, eficacia civil del derecho canónico, requisitos para disponer de bienes inmuebles.

## Fechas de recepción y aceptación

3/9/2018 - 17/9/2018

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La vida consagrada en la Iglesia Católica Apostólica Romana. 3. La vida consagrada en el derecho argentino. 4. Eficacia civil de las normas canónicas que regulan la capacidad patrimonial de la Iglesia. 5. La enajenación de inmuebles por parte de IVC y SVA. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

*Si en 19 de cada 20 escrituras aparece vendiendo sor Amalia, a la 21 no os queda más remedio que recordar y estudiar el régimen jurídico registral de los entes eclesiales. Y cuando llegas a leer el cúmulo de disposiciones existente, piensas que es más fácil calificar una escritura de venta de un solar por una sociedad cuyo objeto social sea el desarrollo de la investigación de hidrocarburos que la*

*realizada por una congregación, aunque en ésta los socios emitan sólo votos simples...*<sup>1</sup>

## 1. Introducción

La cita que inicia este trabajo de investigación, ingeniosa y clarividente, nos introduce en el tema que a continuación desarrollaremos y anticipa el problema al que nos enfrentamos los notarios al analizar actos dispositivos en los cuales intervienen o han intervenido institutos de vida consagrada (en adelante, “IVC”) o sociedades de vida apostólica (en adelante, “SVA”):<sup>2</sup> conocer los requisitos legales que deben cumplirse ineludiblemente para que tales actos no contraríen los órdenes normativos eclesial<sup>3</sup> y estatal, y, a través de su correcta aplicación, poder evitar consecuencias jurídicas perjudiciales o disvaliosas en ambos ámbitos. Podría parecer que el tema carece de actualidad o de relevancia, pero documentos pontificios recientes<sup>4</sup> y emprendimientos inmobiliarios novedosos<sup>5</sup> demuestran que la cuestión dista sobremanera de ser así.

Por un lado, ante las necesidades de la comunidad, el espacio urbano deviene en terreno fértil para las inversiones económicas de capital, que se materializan en la construcción y comercialización de grandes emprendimientos inmobiliarios: *shopping centers*, hoteles, centros de convenciones y megaeventos, urbanizaciones cerradas verticales y horizontales, edificios comerciales y lúdicos, etc. Para ello, resulta sumamente oportuna la reconversión y recuperación de espacios urbanos desaprovechados tales como, en la actualidad, lo son muchos de los inmuebles de propiedad de los IVC y SVA. Por otro lado, estamos ante antiguas instituciones que, frente a la falta de vocaciones religiosas, resultan titulares de un cuantioso patrimonio que se encuentra inutilizado y, además, carece de gestores idóneos. Tanto es así que la *Santa Sede*, a través del organis-

1. MINGUEZ SANZ, S. y PUENTE PRIETO, J., “Consideraciones sobre el régimen jurídico-registral de las entidades religiosas”, en AA. VV., *Ponencias y comunicaciones presentadas en el II Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. 2, Madrid, 1974, p. 685.

2. Cuando nos referimos a estas entidades, estamos aludiendo a las antiguas órdenes, congregaciones religiosas o conventos, es decir, a las personas jurídicas que comprenden los diversos fenómenos asociativos eclesiales mediante los cuales los fieles católicos viven, de manera institucional, la profesión de los consejos evangélicos de pobreza, obediencia y castidad, y a los cuales, en adelante, denominaremos IVC y SVA.

3. Entre las normas de la Iglesia que citaremos, fundamentalmente están el *Codex Iuris Canonici* (Código de Derecho Canónico para la Iglesia Católica; en adelante, “CIC”), sancionado en 1983; y el *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* (Código de los Cánones para las Iglesias Orientales; en adelante, “CCEO”), sancionado en 1990; más las normas particulares que serán objeto de mención específica. [N. del E.: última consulta de las fuentes: 1/11/2018. Los mismos hipervínculos se utilizarán a lo largo de todo el ensayo].

4. CONGREGACIÓN PARA LOS INSTITUTOS DE VIDA CONSAGRADA Y SOCIEDADES DE VIDA APOSTÓLICA, a) *Linee orientative per la gestione dei beni negli Istituti di vita consacrata e nelle Società di vita apostolica. Lettera circolare*, Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 2014 [N. del E.: ver [aquí](#); última consulta: 7/11/2018]; y b) *Economía al servicio del carisma y de la misión. Boni dispensatores multiformis gratiae Dei*, Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 2018.

5. Ver “Otro convento porteño se transforma: en Villa Devoto construirán un edificio de departamentos” (*La Nación*, 11/5/2018) y “Villa Crespo: convierten un convento de monjas en un hotel boutique y locales comerciales” (*La Nación*, 3/5/2018). [N. del E.: última consulta: 1/11/2018]. Beneyeto Berenguer advierte, en idéntico sentido: “podemos encontrarnos con enajenaciones auténticamente escandalosas: por ej: ventas de monasterios o conventos a inmobiliarias para que en los mismos construyan viviendas de lujo, cuando la misma diócesis estaría interesada en seguir manteniendo el monasterio-convento” (BENEYETO BERENGUER, Remigio, *Enajenación de los bienes eclesiásticos y su eficacia civil*, Valencia, EDICEP, 2006, p. 66).

mo competente,<sup>6</sup> se ha visto en la necesidad de emitir recomendaciones y orientaciones jurídicas y pastorales respecto de la administración de los bienes pertenecientes a los IVC y SVA.<sup>7</sup> Como se podrá advertir, el tema conlleva considerar una vastedad de cuestiones históricas, teológicas, filosóficas y jurídicas que torna imposible que cada una sea tratada con la profundidad que se merece.<sup>8</sup>

La República Argentina cuenta con un importante patrimonio que es propiedad de la Iglesia Católica pero de cuya influencia y beneficios han participado tanto el Estado como la sociedad en general.<sup>9</sup> Si bien, para nuestro ordenamiento jurídico, la capacidad de la Iglesia Católica para adquirir, administrar, retener o enajenar toda clase de bienes<sup>10</sup> nunca ha sido controvertida,<sup>11</sup> más difícil resulta determinar a quién nos referimos de manera específica al aludir a esta institución. En concreto, ¿la componen únicamente las entidades que en la historia jurídica argentina fueron identificadas como la Iglesia, es decir, la Santa Sede, las diócesis, las parroquias, los seminarios, los cabildos catedralicios, etc.?, ¿o incluimos también a las antiguamente denominadas órdenes o congregaciones religiosas (hoy en día IVC y SVA)?<sup>12</sup>

6. Ver JUAN PABLO II (papa), [constitución apostólica “*Pastor Bonus*” sobre la Curia Romana], en *Acta Apostolicae Sedis*, Vaticano, N° 80, 1988, pp. 841-912, art. 108 §1, que dispone que esta Congregación “Resuelve todo aquello que, de acuerdo con el derecho, corresponde a la Santa Sede respecto a la vida y la actividad de los institutos y sociedades, especialmente respecto a [...] la administración de los bienes” (el resaltado es nuestro).

7. CONGREGACIÓN PARA LOS INSTITUTOS DE VIDA CONSAGRADA Y SOCIEDADES DE VIDA APOSTÓLICA, ob. cit. (cfr. nota 4-a), pp. 11 y 63. Como se señala en dicho documento y en atención a que, en los últimos años, muchos IVC y SVA han tenido que afrontar problemas de naturaleza económica, tomando nota de esta situación, la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y las Sociedades de Vida Apostólica ha instado a los institutos a ser más conscientes de la relevancia de los asuntos económicos, proporcionando criterios y directrices prácticas para la gestión de los bienes. En este contexto, se insertaron los dos simposios internacionales sobre la gestión de los bienes, a partir de los cuales se elaboraron, posteriormente, las líneas orientativas para la gestión de los bienes en los IVC y en las SVA y el documento actual. El texto que se presenta se propone continuar el camino de la reflexión eclesial sobre los bienes y su gestión; recordar y explicar algunos aspectos de la norma canónica sobre los bienes temporales; sugerir algunas herramientas de planificación y programación sobre la gestión de las obras; instar a los IVC y SVA a repensar la economía en fidelidad al carisma para ser “incluso hoy, para la Iglesia y para el mundo, la avanzada de la atención a todos los pobres y a todas las miserias, materiales, morales y espirituales, como superación de todo egoísmo en la lógica del Evangelio, que enseña a confiar en la Providencia de Dios” (FRANCISCO [papa], [mensaje a los participantes en el Simposio Internacional sobre el tema “La gestión de los bienes eclesiásticos de los institutos de vida consagrada y de las sociedades de vida apostólica al servicio del *humanum* y de la misión en la Iglesia” {Roma, 2014}]. [N. del E.: ver aquí; última consulta: 5/11/2018]).

8. Debemos considerar que, junto con los fines estrictamente religiosos del patrimonio eclesiástico, el mismo reviste una especial importancia y utilidad para la sociedad en general porque los bienes que lo conforman, además de cumplir una función eclesial, revisten un interés social y cultural y contribuyen de forma significativa al cultivo y difusión de valores espirituales, humanistas y científicos: son bienes culturales no solo al servicio de la Iglesia sino de toda la comunidad.

9. Pensemos en antiguas iglesias o conventos y sus edificios anexos en los cuales funcionaron las primeras instituciones educativas, establecimientos asistenciales, orfanatos, hospitales, cementerios, etc., construidos por órdenes religiosas llegadas al país con los conquistadores españoles y antes del nacimiento de la Nación argentina y que, aún hoy en día, continúan con el destino para el cual fueron creados.

10. La Iglesia siempre ha reivindicado su derecho a ser titular de bienes temporales para la consecución de los fines que le son propios. Así ha regulado y limitado su ejercicio, subordinándolo al bien común eclesial.

11. Ver, entre otras disposiciones, arts. 2 y 14 de la *Constitución Nacional*, o arts. 33, 41, 2345 y cc. del *Código Civil* (en adelante, “CCIV”); arts. 146, 147 y cc. del *Código Civil y Comercial de la Nación* (en adelante, “CCCN”), o los arts. pertinentes de la *Ley 24483* y su decreto reglamentario (491/1995), que han reconocido la capacidad patrimonial de la Iglesia y de las entidades eclesiásticas que la componen de actuar en el tráfico jurídico conforme a las normas del derecho canónico, con plena eficacia civil.

12. Nos parece importante destacar que, al concluir el proceso de unificación nacional con la sanción de la Constitución de 1853-60, la percepción que se tenía sobre las órdenes o congregaciones religiosas no era positiva. El

Por otro lado, ¿tenemos en claro que el tratamiento de la titularidad y régimen jurídico de los bienes de la Iglesia exige hacer referencia a dos sistemas normativos distintos: el derecho canónico y el ordenamiento jurídico estatal? Y, en caso de responder de manera afirmativa a este interrogante, ¿contamos con un conjunto normativo sistemático y unitario que regule los bienes que integran el patrimonio de la Iglesia (englobando, en este concepto, a todas las entidades eclesiales que la conforman) y que determine clara e indubitadamente de qué manera se ha de proceder en el tráfico inmobiliario? La respuesta negativa se impone y es por esto que debemos hacer un estudio transversal del derecho para poder dar solución a esta cuestión.

Para responder a los interrogantes que anteceden, hemos intentado hacer una prudente selección de los tópicos que, entendemos, tienen mayor trascendencia en relación con el tema a analizar y su influencia en la génesis, aprobación y aplicación de la normativa vigente. A través del presente trabajo pretendemos fundamentar que, por conformar los IVC y SVA una parte fundamental de la estructura constitucional de la Iglesia Católica, no pueden tener un tratamiento diferenciado al que históricamente han recibido otros entes eclesiásticos como, por ejemplo, las diócesis o las parroquias. Por esto, en los actos jurídicos que impliquen actos de disposición, debe respetarse la legislación canónica, por ser esta la fuente jurídica que regula esta actividad por remisión expresa de la normativa estatal. Para ello, además de efectuar un breve repaso histórico de estas formas de vida asociativa, nacidas en el seno de la Iglesia, y repasar las leyes canónicas y estatales y las diversas relaciones entre ambos órdenes normativos, abordaremos los requisitos legales necesarios para que los IVC y SVA puedan enajenar válidamente inmuebles de su propiedad.

## 2. La vida consagrada en la Iglesia Católica Apostólica Romana

### 2.1. Concepto

Para los fieles católicos, la vida consagrada implica la respuesta dada a un llamado especial que Dios les formula a participar en la misión salvífica de la Iglesia, de acuerdo con un determinado carisma, entendiéndose por tal al don que Dios gratuitamente concede a algunas personas en beneficio de la comunidad.<sup>13</sup> Al responder a ese llamado, el fiel se consagra de manera especial mediante la profesión de los consejos evangélicos de po-

---

art. 67 del texto constitucional es un ejemplo de esta postura, cuando otorgó competencia exclusiva al Congreso de la Nación para “admitir en el territorio de la nación otras órdenes religiosas a más de las existentes” (art. 67 inc. 20), o el art. 65, que estableció la prohibición para que los eclesiásticos regulares fueran miembros del Congreso (art. 65). Por eso, como más adelante desarrollaremos, durante muchos años las órdenes o congregaciones religiosas no fueron incluidas dentro del concepto de Iglesia Católica sino como entidades relacionadas a ella pero distintas y particulares.

13. Los dones recibidos de Dios son llamados carismas, del griego *charis*, que viene del verbo *charizomai*, que significa: donar, ser generoso, dar con gratuidad. En el *Nuevo Testamento*, el término *carisma* se utiliza solo con referencia a dones que proceden de Dios. Los carismas no son dones concedidos a todos sino que cada carisma es un don particular que el Espíritu Santo distribuye “como quiere” (1 Corintios 12,11). Ver CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, “*Carta Iuvenescit Ecclesia sobre la relación entre los dones jerárquicos y carismáticos para la vida y misión de la Iglesia*”, Roma (15/5/2016). [Última consulta: 1/11/2018].

breza, castidad y obediencia.<sup>14</sup> A los bautizados, la Iglesia los exhorta a llevar una vida de pobreza, pero no al punto de llegar al desprendimiento total de los bienes terrenos; de castidad, pero no hasta el punto de renunciar al matrimonio; de obediencia, pero no hasta el extremo de despojarse de la propia voluntad. Pero para quienes han sido llamados a seguir a Cristo en esta forma de vida, estos preceptos deben ser asumidos de manera más profunda, intensa, permanente y visible.

La vida consagrada, como toda realidad eclesial, presenta un aspecto teológico y otro de índole jurídica. Evidentemente, ambos son diversos pero complementarios, dado que no se concibe el segundo sin el primero y, a la vez, el primero busca institucionalizarse dentro de la Iglesia a través de la formulación de estructuras jurídicas. Como señala Heredia,<sup>15</sup> el §1 del canon 573 del CIC<sup>16</sup> toma los principales elementos teológicos de la vida consagrada, mientras que el §2 y el canon 207-§2 brindan los elementos que configuran las formas institucionalizadas de la misma.<sup>17</sup> Así, bajo el aspecto teológico, los elementos esenciales serán la vocación y consagración, el seguimiento más estrecho de Cristo, la entrega total y especial a Dios y a la Iglesia con miras a la salvación del mundo, una unión especial con la Iglesia y su misión salvífica, la búsqueda de la perfección como signo en este mundo del Reino de Dios, y que esta forma de vida sea asumida de manera estable mediante la profesión de los consejos evangélicos de pobreza, castidad y obediencia, de tal forma que quien los asume adquirirá un nuevo estatuto jurídico dentro de la Iglesia.<sup>18</sup> Bajo el aspecto canónico, los elementos constitutivos de la vida consagrada

14. Como señala Ghirlanda, la vida consagrada por la profesión de los consejos evangélicos conlleva un seguimiento de Cristo de manera más intensa o más radical: “efectivamente Jesús radicalizó en su vida terrena en sí mismo todos los preceptos de la ley nueva establecida por él: amó hasta el fin, llegó hasta el fondo en el sentido de que en su muerte llegó a la radicalización más total de su virginidad, precisamente por la totalidad y exclusividad del amor al Padre y a todos los hombres; de su pobreza, ya que se despojó de todo apoyo humano y experimentó el sentimiento del abandono de Dios; de la obediencia, por haberlo cumplido todo según el designio del Padre superando toda tentación de realización autónoma” (GHIRLANDA, Gianfranco, *El derecho en la Iglesia. Misterio de comunión. Compendio de derecho eclesial*, Madrid, Ediciones Paulinas, 1992, p. 202).

15. Ver HEREDIA, Carlos I., *La naturaleza de los movimientos eclesiales en el derecho de la Iglesia. Excerpta ex dissertatione ad doctoratum in facultate iuris canonici pontificiae universitatis gregorianae*, Buenos Aires, EDUCA, 1994, p. 121.

16. Cfr. nota 3. [N. del E.: en las notas al pie del presente del ensayo, se utilizarán las siguientes abreviaturas: “c.” para “canon”, y “cáns.” para “cánones”, respectivamente].

17. CIC, c. 573: “§1. La vida consagrada por la profesión de los consejos evangélicos es una forma estable de vivir en la cual los fieles, siguiendo más de cerca a Cristo bajo la acción del Espíritu Santo, se dedican totalmente a Dios como a su amor supremo, para que entregados por un nuevo y peculiar título a su gloria, a la edificación de la Iglesia y a la salvación del mundo, consigan la perfección de la caridad en el servicio del Reino de Dios y, convertidos en signo preclaro en la Iglesia, preanuncien la gloria celestial. §2. Adoptan con libertad esta forma de vida en institutos de vida consagrada canónicamente erigidos por la autoridad competente de la Iglesia aquellos fieles que, mediante votos u otros vínculos sagrados, según las leyes propias de los institutos, profesan los consejos evangélicos de castidad, pobreza y obediencia, y, por la caridad a la que estos conducen, se unen de modo especial a la Iglesia y a su misterio”. CIC, c. 207: “§1. Por institución divina, entre los fieles hay en la Iglesia ministros sagrados que, en el derecho, se denominan también clérigos; los demás se denominan laicos. §2. En estos dos grupos hay fieles que, por la profesión de los consejos evangélicos mediante votos u otros vínculos sagrados, reconocidos y sancionados por la Iglesia, se consagran a Dios según la manera peculiar que les es propia y contribuyen a la misión salvífica de la Iglesia; su estado, aunque no afecta a la estructura jerárquica de la Iglesia, pertenece, sin embargo, a la vida y santidad de la misma”.

18. CIC, c. 574: “§1. El estado de quienes profesan los consejos evangélicos en esos institutos pertenece a la vida y a la santidad de la Iglesia, y por ello todos en la Iglesia deben apoyarlo y promoverlo. §2. Dios llama especialmente a algunos fieles a dicho estado, para que gocen de este don peculiar en la vida de la Iglesia y favorezcan su misión salvífica de acuerdo con el fin y el espíritu del instituto”.

serán, en el caso de la consagración en formas de vida comunitaria –que son las que nos interesan para este trabajo<sup>19</sup>–, su profesión mediante votos u otro vínculo sacro, en un instituto erigido canónicamente.

## 2.2. Síntesis histórica

Como ya dijimos, para los cristianos, la vida y enseñanzas de Jesucristo constituyen el paradigma de la vida a imitar. Los Evangelios narran el llamado que Él hizo a sus primeros discípulos, quienes dejaron todo para seguirlo, renunciando a ellos mismos en pos de convertirse en sus más estrechos seguidores y propagadores de su mensaje.<sup>20</sup> Pero a ese grupo inicial se fueron sumando otros miembros que conformaron la primera comunidad apostólica, algunos de entre los cuales comenzaron a vivir tratando de seguir lo más estrictamente posible la vida de Cristo pobre, casto y obediente.<sup>21</sup>

Si hacemos una prieta síntesis de las formas de vida consagrada que surgieron en la historia de la Iglesia, podemos citar primero a las vírgenes y a los ascetas, quienes cultivaron la continencia, la renuncia a los bienes materiales, la oración y la penitencia, pero dentro de las comunidades de las cuales formaban parte. Con posterioridad surgió el monaquismo, mediante el cual sus cultores buscaron esos mismos objetivos, además de una vida contemplativa de las cosas divinas, apartándose totalmente de la vida secular.<sup>22</sup> En la Iglesia Latina, resulta particularmente importante San Benito, puesto que de sus reglas se derivarían las principales formas de vida monástica en Occidente<sup>23</sup> y a través de las cuales los monjes comenzarían a efectuar votos de conversión de las costumbres, de estabilidad y de obediencia, sometiéndose a la regla y al abad que era su intérprete. Luego, surgirían otras formas de vida consagrada como la de los canónigos regulares,<sup>24</sup>

19. Dejamos de lado las formas individuales de vida consagrada, como la vida eremítica y el orden de las vírgenes consagradas, que regulan los cán. 603 y 604, porque precisamente no implican vida asociativa que requiera la creación, reconocimiento y actuación de una persona jurídica (c. 603: “§1. Además de los institutos de vida consagrada, la Iglesia reconoce la vida eremítica o anacorética en la cual los fieles, con un apartamiento más estricto del mundo, el silencio de la soledad, la oración asidua y la penitencia, dedican su vida a la alabanza de Dios y salvación del mundo. §2. Un ermitaño es reconocido por el derecho como entregado a Dios dentro de la vida consagrada, si profesa públicamente los tres consejos evangélicos, corroborados mediante voto u otro vínculo sagrado, en manos del Obispo diocesano, y sigue su forma propia de vida bajo su dirección”). C. 604: “§1. A estas formas de vida consagrada se asemeja el orden de las vírgenes que, formulando el propósito santo de seguir más de cerca a Cristo, son consagradas a Dios por el obispo diocesano según el rito litúrgico aprobado, celebran desposorios místicos con Jesucristo, Hijo de Dios, y se entregan al servicio de la Iglesia”.

20. Evangelios: Lucas 9, 57-62; Mateo 16, 24-25 y 19, 16-30; Marcos 3, 13-15.

21. Ver 1ª Carta a los Corintos 7, 8-9 y 17.

22. Será el Concilio de Calcedonia el primer documento legislativo que dará reconocimiento al monacato como estado especial dentro de la Iglesia (ver GARCÍA Y GARCÍA, ANTONIO, *Historia del derecho canónico. El primer milenio*, Salamanca, Instituto de Historia de la Teología Española - Subsidia, 1967, p. 244).

23. Este modo de vida fue originariamente laical, es decir que, para ser monje, no era necesario haber recibido el sacramento del orden sagrado. Asimismo, cada monasterio era independiente de otros (*sui iuris*) pero, desde el siglo IX, estos comenzaron a reunirse en varias congregaciones, entre las que destacaron las de Cluny y Citeaux que dieron origen a las órdenes religiosas.

24. Los canónigos vivían ligados a las iglesias catedrales y colegiales y, de manera similar a los monjes, establecieron reglas de vida en común y práctica de la pobreza. Tales organizaciones, originariamente autónomas (*sui iuris*), también evolucionarían en órdenes o congregaciones.

las órdenes mendicantes<sup>25</sup> y, luego de la reforma religiosa, las órdenes de clérigos regulares, que unirían el ministerio sacerdotal a la profesión religiosa pero abandonando las observancias monásticas y asumiendo prácticas de apostolado más dinámicas. Es a partir del siglo XVI que, en la Iglesia, se consolidaron las órdenes o institutos religiosos aprobados por la autoridad eclesiástica, a los cuales se ingresaba mediante la profesión de votos “solemnes” de pobreza, castidad y obediencia.<sup>26</sup> Sin embargo, debemos destacar una gran diferencia entre las órdenes masculinas y las femeninas: el [Concilio de Trento](#) impidió que las mujeres consagradas efectuaran la práctica de los consejos evangélicos fuera de sus monasterios, puesto que una religiosa debía emitir no solo votos solemnes sino, fundamentalmente, vivir dentro de un convento de clausura, es decir, apartada del mundo secular.

Sin embargo, las necesidades de la evangelización provocaron que las prohibiciones tridentinas se fueran suavizando. De esta manera, comenzaron a surgir sociedades de clérigos y laicos, hombres y mujeres, que no hacían votos<sup>27</sup> o, si los hacían, no eran reconocidos como tales por la Iglesia como votos “religiosos”. Mediante estas nuevas formas, se buscaba desarrollar actividades apostólicas que la profesión religiosa (votos solemnes, vida regular y clausura para las mujeres) impedía. Las mismas recibieron la denominación de “congregaciones”, a las cuales también se les equipararon las sociedades piadosas, que eran aprobadas por un obispo diocesano. Tuvieron su reconocimiento como formas de vida consagrada mediante la constitución apostólica *Conditae a Christo* (1900), del papa [León XIII](#), aunque con el nombre de “congregaciones”, siendo su característica principal la emisión de votos “simples”.<sup>28</sup> Finalmente, mediante la constitución apostólica *Provida Mater Ecclesia* (1947), del papa [Pío XII](#), recibirían reconocimiento jurídico los institutos seculares como nueva forma de vida consagrada, a la cual haremos referencia en los párrafos siguientes.

Sin embargo, el camino hacia el reconocimiento y la aprobación de otras formas de vida consagrada no se encuentra cerrado, situación específicamente prevista por el

25. Entre ellas se destacan las órdenes de los dominicos, franciscanos y carmelitas. Lo específico de estas órdenes fue la praxis de la vida fraternal, la observancia rigurosa de la pobreza y la unión en una sola orden de las observancias monásticas y de las prácticas de apostolado.

26. Los votos solemnes, a diferencia de los simples, además de tener consecuencias de índole matrimonial y patrimonial en el derecho canónico, conllevan la invalidez de los actos que le son contrarios (para ello, ver los cáns. 579 y ss. y 1119 y 1703 del CIC de 1917 [N. del E.: ver CIC de 1917 [aquí](#) {fuente no oficial; última consulta: 7/11/2018}]). En la actualidad, esta categoría ha sido formalmente eliminada del CIC pero, sin embargo, sus aspectos sustanciales se deducen del c. 1192 §2 y del derecho particular de muchos institutos religiosos que lo conservan y que obligan a la renuncia radical, obligatoria o voluntaria de los propios bienes antes de la profesión perpetua, mediante actos jurídicos que deben ser civilmente válidos; a tal punto que el §5 del mencionado canon puntualiza, de manera tajante, que el religioso pierde la capacidad de obrar en materia patrimonial, es decir, pierde la capacidad de adquirir y poseer, con la consecuencia de que todo acto contrario al voto de pobreza es inválido para el derecho canónico (ver DI MATIA, Giuseppe, [comentario al c. 668], en Marzoa, A., Miras, J. y Rodríguez-Ocaña, R. [dirs.], *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico del Instituto Marín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra*, t. II-2, Pamplona, EUNSA, 3ª ed., p. 1696). De todos modos, debemos recordar que con la sanción del [Código Civil y Comercial](#) (en adelante, “CCCN”), la incapacidad que regulaba el art. 1160 del [Código Civil](#) (en adelante, “CCIV”) ha sido derogada.

27. Se entiende por tales los votos solemnes.

28. La diferencia esencial con el voto solemne es que los actos efectuados en contradicción con las obligaciones impuestas por los votos simples acarrearán su ilicitud mas no su nulidad, además de otras diferencias de contenido matrimonial y patrimonial (ver el c. 579 del CIC de 1917 [N. del E.: ver CIC de 1917 [aquí](#) {fuente no oficial; última consulta: 7/11/2018}]), puesto que tales religiosos no perdían su capacidad patrimonial.

canon 605 del CIC,<sup>29</sup> aunque debemos aclarar que este permiso solo puede otorgarlo la Sede Apostólica, por conllevar tal declaración un pronunciamiento de tipo magisterial.<sup>30</sup>

### 2.3. Una cuestión eclesiológica con consecuencias jurídicas en el ámbito estatal

Históricamente, se ha entendido a la Iglesia Católica como una sociedad perfecta<sup>31</sup> pero desigual, destacándose que está constituida de modo jerárquico, tomando como punto de partida dos clases de fieles, los clérigos y los laicos.<sup>32</sup> Son estos últimos quienes deben ser gobernados por los primeros, a quienes les corresponde la dirección de la Iglesia, entendiéndose a los religiosos o consagrados solo como una clase distinta que proviene de ambos grupos y cuyo objetivo es la práctica de los consejos evangélicos.<sup>33</sup> Sin embargo, esta no es la visión que se perfilaría a partir de los debates teológicos ocurridos durante

29. CIC, c. 605: “La aprobación de nuevas formas de vida consagrada se reserva exclusivamente a la sede apostólica. Sin embargo, los obispos diocesanos han de procurar discernir los nuevos dones de vida consagrada otorgados a la Iglesia por el Espíritu Santo y ayudar a quienes los promueven, para que formulen sus propósitos de la mejor manera posible y los tutelen mediante estatutos convenientes aplicando, sobre todo, las normas generales contenidas en esta parte”. Esto no es nuevo en la historia de la Iglesia. La jurisdicción exclusiva del Romano Pontífice sobre la vida consagrada se hizo evidente a partir del siglo IX, en parte para suplir las negligencias de las jerarquías locales, así como para proteger la autonomía de la vida consagrada. En el año 1215, en el IV Concilio de Letrán, el papa Inocencio III instauró una regla que sería una de las fuentes originarias del citado c. 605, por la cual ninguna orden religiosa podía ser fundada sin la aprobación pontificia. Los obispos solo conservaron el derecho de fundar comunidades que, en caso de que no fueran aprobadas por la Santa Sede como órdenes regulares, sólo serían “congregaciones” cuyos miembros vivían como religiosos pero sin serlo desde el punto de vista jurídico del derecho canónico (siendo el antecedente de las congregaciones de voto simple o sencillo).

30. Ghirlanda, con relación a las nuevas formas de vida consagrada, destaca que “en esta perspectiva pueden considerarse los movimientos eclesiales en donde se van abriendo nuevas formas de consagración a Dios en el servicio eclesial”, entendiéndose como tales los que están conformados por “todas las categorías y órdenes de fieles (obispos, presbíteros, diáconos, seminaristas, laicos y laicas, casados, casadas, célibes, viudos o viudas, religiosos o religiosas, personas consagradas en el movimiento en la forma contemplativa, apostólica o secular, etc.) para vivir en la Iglesia un elemento o aspecto particular de su misterio como la unidad, la comunión, la caridad, el anuncio del evangelio, la vida evangélica, las obras de misericordia, etc.” (GHIRLANDA, Gianfranco, ob. cit. [cfr. nota 14], pp. 211 y 288).

31. Casiello escribe: “Considerada en función de su carácter la Iglesia es una sociedad jurídicamente perfecta, instituida por Jesucristo Nuestro Señor para la salvación eterna de los hombres. Tal es la definición que de ella nos dan los estudiosos del Derecho Público Eclesiástico. Es una sociedad en cuanto unión estable de personas que se proponen la consecución de un fin determinado, usando medios adecuados y comunes para lograrlo. Jurídicamente perfecta en cuanto tienen en sí misma lo que ella requiere para el cumplimiento de ese fin [...] es, ciertamente, una sociedad jurídica, ya que para dirigir a sus fieles, es decir para imponer a éstos una unidad de conducta colectiva, ejercita lo que se llama la potestad de jurisdicción. Se trata de un verdadero poder legislativo, análogo al que ejerce en su orden el Estado [...] Es no sólo jurídica, sino jurídicamente perfecta porque en la esfera de su fin, la Iglesia no tiene ninguna otra sociedad ni reconoce otra que le sea superior” (CASIELLO, Juan, “La personalidad de la Iglesia; su capacidad jurídico-económica. Posición del Estado ante la misma”, en AA. VV., *La doctrina católica en el desenvolvimiento constitucional argentino. 2<sup>as</sup> Jornadas Nacionales de Profesionales de A. C. Rosario 1957*, Buenos Aires, APAC, 1957, pp. 32 y 33).

32. CIC, c. 207: “§1. Por institución divina, entre los fieles hay en la Iglesia ministros sagrados, que en el derecho se denominan también clérigos; los demás se denominan laicos”. Son clérigos quienes reciben el sacramento del orden sagrado, conforme disponen los cán. 1008 y 1009 (c. 1008: “Mediante el sacramento del orden, por institución divina, algunos de entre los fieles quedan constituidos ministros sagrados, al ser marcados con un carácter indeleble, y así son consagrados y destinados a servir, según el grado de cada uno, con nuevo y peculiar título, al pueblo de Dios”. C. 1009: “§1. Los órdenes son el episcopado, el presbiterado y el diaconado”).

33. FRUGONI REY, Guillermo F., “Condición de religioso, órdenes y congregaciones. Admisión, capacidad jurídica y modo de actuación”, en AA. VV., *La doctrina católica en el desenvolvimiento constitucional argentino. 2<sup>as</sup> Jornadas Nacionales de Profesionales de A. C. Rosario 1957*, Buenos Aires, APAC, 1957, pp. 236 y 237.

el transcurso del **Concilio Vaticano II**<sup>34</sup> y que culminaría proyectando sus consecuencias en el **CIC**, en el **CCEO**<sup>35</sup> y en documentos pontificios posteriores, es decir, si la vida consagrada es un elemento esencial de la estructura constitucional de la Iglesia Católica o si, por el contrario, solo es un modo práctico de llevar a cabo su misión pero sin que sea un elemento constitutivo suyo.

Al comentar los cánones introductorios del **CIC** referidos a la vida consagrada,<sup>36</sup> Rincón Pérez resumió esta discusión con absoluta claridad:

... existen al respecto dos posiciones doctrinales. W. Aymans [...] propugnó la necesidad de distinguir entre estructuras constitucionales y estructuras de asociación, [reiterando] su convicción de que «constitucionalmente sólo tiene relevancia la distinción entre clérigos y laicos». Frente a esta postura científica –y refiriéndose sólo a canonistas– E. Corecco ha sostenido reiteradamente que el Código ha acentuado el carácter constitucional del que él llama el estado de los consejos evangélicos [...] equiparándolo institucionalmente por otro, al estado laical y clerical...<sup>37</sup>

Por su parte, el magisterio pontificio a partir de la exhortación apostólica<sup>38</sup> *Vita Consecrata*<sup>39</sup> (1996), del papa **Juan Pablo II**, ha coincidido con la visión de Corecco,<sup>40</sup> que señala que la vida religiosa es un elemento constitutivo esencial de la Iglesia y, por eso, uno de los tres pilares básicos sobre los que se asienta su estructura fundamental.<sup>41</sup> Tal

34. La **constitución apostólica “Lumen Gentium”** (fruto del **Concilio Vaticano II**) en su §44 *in fine*, refiriéndose en particular a los religiosos, señala: “Por consiguiente, un estado está en la profesión de los consejos evangélicos, aunque no pertenezca a la estructura jerárquica de la Iglesia, pertenece sin embargo de manera indiscutible a su vida y su santidad” (AA.VV., *Concilio Vaticano II. Comentarios sobre la constitución de la Iglesia*, Madrid, BAC, Madrid, 1986, p. 77). [N. del E.: acceda a todos los documentos emanados del Concilio Vaticano II [aquí](#); última consulta: 7/11/2018].

35. Cfr. nota 3.

36. **CIC**, cáns. 573-606.

37. RINCÓN-PÉREZ, Tomás, [comentario a la introducción de la Parte III del Libro II], en Marzoa, A., Miras, J. y Rodríguez-Ocaña, R. (dirs.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico del Instituto Marín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra*, t. II-2, Pamplona, EUNSA, 3ª ed., pp. 1381-1387.

38. La exhortación apostólica es un documento pontificio utilizado por los papas para comunicar a la Iglesia las conclusiones a las que ha llegado tras considerar las recomendaciones de un sínodo de obispos. También la ha usado en otras circunstancias para exhortar a los religiosos a una vida evangélica más profunda. En síntesis: “es una exhortación de carácter doctrinal, disciplinar o pastoral” (Busso, Ariel D., *La autoridad suprema de la Iglesia*, Buenos Aires, EDUCA, 1997, p. 29). Como la citada exhortación procede de un sínodo episcopal, nos parece importante que quede aclarado cuál es el significado y utilidad de esta institución: “Sínodo procede de la palabra griega *synodos*, que puede traducirse como ‘reunión’ y que es fruto de la suma de dos elementos claramente delimitados: el prefijo *syn-*, que es sinónimo de ‘con’ o ‘junto’, y *odo*”, que es equivalente a “ruta” o “camino”. Los sínodos pueden ser diversos. Se denomina sínodo episcopal al encuentro de obispos seleccionados de diversas partes del mundo para estrechar los vínculos entre el papa y estas autoridades. Es importante diferenciar entre el sínodo episcopal y el concilio ecuménico, ya que ambos son encuentros de obispos: mientras que el sínodo apunta a las consultas y a asesorar al papa, el concilio puede fijar definiciones dogmáticas.

39. JUAN PABLO II (papa), [exhortación apostólica post sinodal “*Vita consecrata*” al episcopado y al clero, a las órdenes y congregaciones religiosas y las sociedades de vida apostólica y a todos los institutos seculares sobre la vida consagrada y su misión en la Iglesia y en el mundo {Roma, 25/3/1996}]. [N. del E.: ver [aquí](#); última consulta: 5/11/2018].

40. CORECCO, E., “Aspetti della ricesione del Vaticano II nel Codice di Diritto Canonico”, en Alberigo, G. y Jossua, J. P. (eds.), *Il Vaticano II e la Chiesa*, Brescia, 1985, p. 335

41. La exhortación apostólica “*Vita consecrata*” (ob. cit. [cfr. nota 39]) señala en su §29: “La reflexión teológica sobre la naturaleza de la vida consagrada ha profundizado en estos años en las nuevas perspectivas surgidas de la doctrina del Concilio Vaticano II. A su luz se ha tomado conciencia de que la profesión de los consejos evangélicos

consideración ha sido recientemente reafirmada por el documento pontificio aprobado por el papa Francisco referido a la cuestión bajo análisis.<sup>42</sup>

Por tal motivo, debemos concluir que la vida religiosa y, por ende, las instituciones en las cuales se lleva a cabo este modo de vida pertenecen a la estructura constitucional de la Iglesia Católica, puesto que, como señalara Juan Pablo II, una Iglesia conformada únicamente por clérigos y laicos, que deje de lado de dicha estructura constitucional a los consagrados que profesan los consejos evangélicos en una forma de vida consagrada aprobada por la Iglesia, “no corresponde, por tanto, a las intenciones de su divino fundador”.<sup>43</sup>

Así, esta cuestión eclesiológica no nos resulta de ninguna manera indiferente y mucho menos inocua. Si los IVC y SVA son parte constitucional de la Iglesia, una adecuada interpretación de los artículos 146 y 147 del *Código Civil y Comercial* (en adelante, “CCCN”) y de las ambiguas estipulaciones de la *Ley 24483* y de su reglamentación (*Decreto PEN 491/1995*) nos llevan a concluir que los mismos deben recibir idéntico tratamiento que las organizaciones que tradicionalmente el derecho estatal ha entendido como “Iglesia Católica”: Santa Sede, diócesis y parroquias, seminarios, cabildos catedralicios, etc., avanzando así sobre la histórica interpretación que se hacía de los artículos 33, 41 y 2345 del *Código Velezano* (en adelante, “CCIV”), que entendía que estas instituciones eran personas jurídicas de carácter privado.

Sobre estos puntos volveremos a explayarnos más adelante, cuando analicemos detenidamente la legislación estatal.

#### 2.4. Situación actual de la vida consagrada en el derecho canónico

Las formas que actualmente admite el derecho canónico son comunitarias e individuales. Las individuales están conformadas por los eremitaños o anacoretas<sup>44</sup> y las vírgenes

---

pertenece indiscutiblemente a la vida y a la santidad de la Iglesia. Esto significa que la vida consagrada, presente desde el comienzo, no podrá faltar nunca a la Iglesia como uno de sus elementos irrenunciables y característicos, como expresión de su misma naturaleza. Esto resulta evidente ya que la profesión de los consejos evangélicos está íntimamente relacionada con el misterio de Cristo, teniendo el cometido de hacer de algún modo presente la forma de vida que Él eligió, señalándola como valor absoluto y escatológico. Jesús mismo, llamando a algunas personas a dejarlo todo para seguirlo, inauguró este género de vida que, bajo la acción del Espíritu, se ha desarrollado progresivamente a lo largo de los siglos en las diversas formas de la vida consagrada. **El concepto de una Iglesia formada únicamente por ministros sagrados y laicos no corresponde, por tanto, a las intenciones de su divino Fundador tal y como resulta de los Evangelios y de los demás escritos neotestamentarios** (el resaltado es nuestro).

42. “la libertad carismática y la catolicidad de la vida consagrada se expresen también en el contexto de la Iglesia Particular. Esta no correspondería plenamente a lo que Jesús deseó para su iglesia, si no tuviese a la vida consagrada, que forma parte de su estructura esencial así como el laicado y el ministerio ordenado. Por tal motivo, y a la luz del Concilio Vaticano II, hablamos hoy de *coesencialidad* de los dones jerárquicos y de los dones carismáticos (*Lumen Gentium*”, §4 [cfr. nota 34]), que fluyen del único Espíritu de dios y alimentan la vida de la Iglesia y su acción misionera” (ver CONGREGACIÓN PARA LOS INSTITUTOS DE VIDA CONSAGRADA Y SOCIEDADES DE VIDA APOSTÓLICA, ob. cit. [cfr. nota 4-b], p. 54 [el resaltado es nuestro]; el documento cita a FRANCISCO [papa], [discurso a los participantes del Congreso Internacional para los Vicarios Episcopales y los Delegados para la Vida Consagrada {Roma, 2018}]. [N. del E.: ver [aquí](#); última consulta: 5/11/2018]).

43. Exhortación apostólica “*Vita consecrata*” (ob. cit. [cfr. nota 39]), §29.

44. De acuerdo con lo que dispone el c. 603 CIC, la Iglesia reconoce la vida eremítica o anacóretica como aquella en la cual los fieles, con un apartamiento más estricto del mundo, el silencio de la soledad, la oración asidua y la

consagradas,<sup>45</sup> es decir, varones y mujeres que se consagran a Dios a tenor de las normas de la Iglesia pero de manera personal y no mediante formas asociativas. Por el contrario, las formas comunitarias suponen únicamente la existencia de personas jurídicas.

Antes de abocarnos al análisis de su capacidad dispositiva en el ámbito intra eclesiástico, y sus consecuencias en la esfera civil, nos parece relevante efectuar una sinopsis de sus rasgos característicos fundamentales. Tales formas comunitarias son:

### 2.4.1. Institutos religiosos

Un instituto religioso es una sociedad en la que los miembros llevan vida fraterna en común y, según el derecho propio, emiten votos públicos perpetuos o temporales que han de renovarse, sin embargo, al vencer el plazo. El testimonio público que han de dar los religiosos a Cristo y a la Iglesia lleva consigo un apartamiento del mundo propio del carácter y finalidad de cada instituto (CIC, canon 607, §2 y §3).

De la definición que da el CIC surge que la publicidad de los votos diferencia a los institutos religiosos de las SVA, otra forma de vida consagrada asociativa en que sus miembros, en principio, no emiten votos públicos. Y el hecho de que sus integrantes deban vivir separados del mundo, como testimonio público de su consagración, es el elemento que los distingue de los institutos seculares, cuyos miembros viven insertos en la sociedad secular.

Los institutos religiosos, antes de la reforma producida por el CIC en el año 1983, se clasificaban en órdenes y congregaciones, según emitieran votos solemnes o simples. La propia disciplina del CIC de 1917 giraba en torno de esta distinción.<sup>46</sup> Hoy en día, los diversos tipos de institutos religiosos ya no se distinguen por el tipo de voto que emiten sino por el tipo de vida que llevan: algunos son de vida exclusivamente contemplativa,<sup>47</sup> otros son de vida contemplativa<sup>48</sup> y los demás tienen actividad apostólica.<sup>49</sup> En todos

---

penitencia, dedican su vida a la alabanza de Dios y a la salvación del mundo. Un ermitaño es reconocido por el derecho como entregado a Dios dentro de la vida consagrada si profesa públicamente los tres consejos evangélicos mediante voto u otro vínculo sacro, en manos del obispo diocesano, y sigue su forma propia de vida bajo su vigilancia.

45. Conforme lo que dispone el c. 604 CIC, las vírgenes consagradas son mujeres que individualmente formulan el propósito santo de seguir más de cerca a Cristo. Se consagran a Dios por el obispo diocesano según el rito litúrgico aprobado por la Iglesia, celebran desposorios místicos con Jesucristo y se entregan al servicio de la Iglesia. Pueden asociarse para posibilitar, mediante la ayuda mutua, un servicio mejor a la Iglesia, pero se concibe como una forma de vida consagrada individual.

46. Como ya explicamos, “los actos contrarios a un voto simple eran ilícitos, mientras que los actos contrarios a un voto solemne eran inválidos; el voto simple constituía un impedimento impediendo para el matrimonio y no conllevaba la pérdida de la capacidad patrimonial, en tanto que el voto solemne constituía un impedimento dirimente para el matrimonio y si implicaba que el religioso no pudiera poseer bienes” (MAGE, Diego M., “El derecho canónico, una alternativa de solución para la incapacidad del artículo 1160 del Código Civil”, en AA. VV., *Jornadas Anuales. La Plata 28, 29 y 30 de octubre de 2009*, Buenos Aires, Sociedad Argentina de Derecho Canónico, 2010, p. 124). [N. del E.: ver CIC de 1917 [aquí](#) {fuente no oficial; última consulta: 7/11/2018}].

47. Sus miembros viven en monasterios aislados del mundo, dedicándose únicamente a la contemplación de las cosas divinas y a la oración.

48. Sus miembros, además del ejercicio preferente de la contemplación, se dedican también, según su derecho propio, a realizar obras de apostolado directo.

49. Los miembros de estos institutos se dedican, a tenor de su derecho propio, a realizar actividades apostólicas, colaboran activamente en el ministerio pastoral directo de difusión del Evangelio.

ellos, sean masculinos o femeninos, para la legislación universal de la Iglesia se es miembro por haber efectuado la profesión religiosa mediante voto público.<sup>50</sup>

En cuanto a su regulación interna, además de las normas generales de la Iglesia establecidas en el CIC de 1983 –cánones referentes a la vida consagrada en general (573-606) y cánones directamente referidos a esta modalidad de vida consagrada (607-709)–, estos institutos tienen un derecho propio conformado por sus propias constituciones, estatutos y directorios. Como señala I. Aldonondo:

Los institutos religiosos han tenido desde antiguo una vida jurídica más o menos autónoma y un Derecho propio para preservar su identidad. El término Derecho propio aparece oficialmente por primera vez en el CIC de 1983 diferenciándolo del Derecho particular proveniente principalmente de las diócesis. El Derecho propio de un instituto no se reduce al Código fundamental o Constituciones, sino que está integrado por las demás normas establecidas por la autoridad competente que se recogen en otros Códigos complementarios susceptibles de asumir diversas denominaciones (Directorios, Reglamentos, Estatutos, etc.). El Derecho propio es el cuerpo de normas integrado por el Código fundamental, por el Código accesorio general, por los Códigos particulares, por las normas y documentos capitulares, por las disposiciones ejecutivas de los superiores y por el conjunto de tradiciones y costumbres que sean tales.<sup>51</sup>

Finalmente, el CIC ya no menciona a las órdenes, congregaciones o religiones (como se designaban antaño) porque esas antiguas designaciones no traen aparejadas distinciones de naturaleza jurídica. Sin perjuicio de esto, por razones de índole histórica permite que las mismas puedan conservar estas denominaciones.

#### 2.4.2. Institutos seculares

De acuerdo con el [canon 710](#) del CIC, los institutos seculares son IVC en los cuales los fieles aspiran a la perfección de la caridad y se dedican a procurar la santificación del mundo, viviendo dentro de la propia sociedad secular. Como expusimos con anterioridad, durante muchos siglos en la Iglesia, la vida religiosa fue la única manera de vivir la vida consagrada. La consagración a Dios mediante la profesión y práctica de los consejos evangélicos solo se podía hacer en institutos religiosos.<sup>52</sup> En la actualidad, también es posible que esto acontezca en los institutos seculares, en los cuales la consagración tiene una característica peculiar: no exige el alejamiento de la sociedad en el sentido material a través de la vida en una comunidad apartada, sino que se lleva a cabo viviendo “en” el mundo y “desde” el mundo.

50. El c. 1192 del CIC dispone: “§1. El voto es público, si lo recibe el Superior legítimo en nombre de la Iglesia; en caso contrario es privado. §2. Es solemne, si la Iglesia lo reconoce como tal; en caso contrario, es simple. §3. Es personal, cuando se promete una acción por parte de quien lo emite; real, cuando se promete alguna cosa; mixto, el que participa de la naturaleza del voto personal y del real”.

51. ALDONONDO, Isabel, “La enajenación de bienes de institutos de vida consagrada (a propósito de una sentencia del Tribunal Supremo de 27-11-99)”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, v. 56, Nº 146, 1999, pp. 177-202. [N. del E.: ver [aquí](#); última consulta: 7/11/2018].

52. Recordemos el caso de las mujeres, que solo podían hacerlo mediante la profesión de votos solemnes y vida comunitaria en conventos de clausura, es decir, totalmente apartadas del mundo secular, hasta los albores del siglo XX en que fueron aprobadas las “congregaciones religiosas”, que les permitieron emitir votos simples y servir a la Iglesia mediante el apostolado.

Sus miembros asumen los consejos evangélicos pero sin evitar la vida secular.<sup>53</sup> Estos institutos se rigen por los cánones referentes a la vida consagrada en general (573-606), por las normas que el código les dedica de manera específica (710-730) y por su derecho propio: constituciones, estatutos y directorios.

#### 2.4.3. Sociedades de vida apostólica

Estas sociedades se asemejan a los IVC porque sus miembros abrazan los consejos evangélicos, buscan el fin apostólico de esa sociedad y aspiran a la perfección en la caridad, pero se diferencian porque les falta, por definición, el elemento fundamental de la consagración: no emiten votos, solo asumen esos consejos mediante un vínculo definido por las constituciones, a través de la profesión privada.<sup>54</sup>

Estas sociedades se asemejan a los IVC, especialmente a los institutos religiosos por los fines que persiguen y porque sus miembros hacen vida en común. Por estas razones, son constantes en la normativa canónica las remisiones a las normas que regulan los institutos religiosos.<sup>55</sup>

Las SVA están regidas por los cánones generales referentes a la vida consagrada (573-606), por los específicamente referidos a ellas (731-745), de manera subsidiaria por las normas codiciales que regulan a los institutos religiosos (607-709) y, por último, por su derecho propio: constituciones, estatutos y directorios.

#### 2.4.4. Una clasificación con proyecciones en los ámbitos eclesial y estatal

Finalmente, nos parece imprescindible agrupar las mencionadas formas asociativas de acuerdo con la clasificación que efectuaremos a continuación, puesto que de esta categorización se desprenden consecuencias jurídicas en el plano no solo canónico sino, también, en la órbita civil. Así tendremos:

##### 2.4.4.1. Institutos de Derecho Pontificio

Reciben esta denominación cuando han sido erigidos o aprobados como tales por decreto formal de la Santa Sede, de quien dependen y a quien están sujetos de modo exclusivo

53. Entre los religiosos y los miembros de los institutos seculares, hay una base común que es la consagración por medio de los consejos evangélicos dentro de un Instituto propio, pero se diferencian en que los religiosos asumen esos consejos y se consagran mediante votos públicos, se comprometen a la vida fraterna en común y a cierta separación o apartamiento del mundo. En cambio, los miembros de los institutos seculares asumen los consejos evangélicos mediante votos u otros vínculos no públicos (aunque tengan algunos efectos jurídicos), no se comprometen a la vida en común (aunque tampoco se la excluye) y, finalmente, no se apartan del mundo sino que ejercen su consagración en la sociedad secular, en el sentido que no necesitan apartarse de ella puesto que su objetivo es imbuir a la sociedad del espíritu evangélico (CORRAL SALVADOR, Carlos [dir.], *Diccionario de derecho canónico*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 330 y 331.)

54. De acuerdo con el c. 731 del CIC: “§1. A los institutos de vida consagrada se asemejan las sociedades de vida apostólica, cuyos miembros, sin votos religiosos, buscan el fin apostólico propio de la sociedad y, llevando vida fraterna en común, según el propio modo de vida, aspiran a la perfección de la caridad por la observancia de las constituciones. §2. Entre estas existen sociedades cuyos miembros abrazan los consejos evangélicos mediante un vínculo determinado por las constituciones”.

55. CIC, c. 732: “Se aplica a las sociedades de vida apostólica lo establecido en los cc 578-597 y 606, quedando a salvo sin embargo la naturaleza de cada sociedad; pero a las sociedades mencionadas en el c. 731 §2, se aplican también los cc. 598-602”.

e inmediato en lo que se refiere a su régimen interno y disciplina, lo cual excluye toda injerencia –en este ámbito– de los obispos diocesanos, quienes únicamente pueden intervenir a tenor del derecho.<sup>56</sup> En estos institutos, la Santa Sede ejerce su potestad a través de los diversos *dicasterios*,<sup>57</sup> en especial la Congregación para los IVC y SVA. Pero esta competencia es solo a los efectos del régimen interno y la disciplina. Sin perjuicio de ello, por ser entes públicos que están radicados y desarrollan sus actividades en una determinada diócesis o iglesia particular, están también sometidos a la autoridad de los obispos, conforme a las específicas prescripciones del derecho.

#### 2.4.4.2. Institutos de derecho diocesano

Son aquellos erigidos por el obispo diocesano pero que no han obtenido de la Santa Sede el decreto de aprobación como tales. Gozan, también, de justa autonomía en lo relativo a su vida interna y a su gobierno, pero permanecen bajo el cuidado especial de los obispos diocesanos: de aquel donde se sitúa la casa principal o de aquellos en donde el instituto tenga otras casas. A estos obispos diocesanos, el derecho canónico les reconoce particulares competencias,<sup>58</sup> no solo por ser entes públicos radicados en sus respectivas diócesis sino también con relación a su régimen interno. Sin perjuicio de ello, esta atribución no puede menoscabar la potestad interna de los respectivos superiores de los institutos.

#### 2.4.4.3. Monasterios *sui iuris*

Son monasterios autónomos, verdaderos monasterios independientes. No tienen, además de su propio superior, otro superior mayor. Tampoco están asociados a otros institutos religiosos, de tal manera que el superior pueda ejercer sobre estos monasterios algún tipo de potestad. Únicamente quedan confiados, en cuanto a su vigilancia, a la autoridad del obispo diocesano según las normas del derecho canónico.<sup>59</sup>

56. El c. 397 §2 del CIC establece que “sólo en los casos determinados por el derecho puede el Obispo hacer esa visita a los miembros de los institutos religiosos de derecho pontificio y a sus casas”. Pero esto no significa que estemos ante Institutos “exentos”, es decir, aquellos que estén sometidos directamente a la autoridad del Romano Pontífice o a otra autoridad eclesial. Por el contrario, solo los institutos de derecho pontificio gozan de una justa autonomía de vida y de gobierno protegida por la misma Santa Sede, pero sin que esto signifique que estén totalmente exentos de la autoridad local, quien conserva las correspondientes potestades en los casos que determina el derecho (derecho de visita, concesión de licencias eclesial, etc.).

57. Con este término se denomina de forma genérica a todos los organismos ministeriales de la Curia Romana, entre ellos, las congregaciones, tribunales, oficios y pontificios consejos.

58. El c. 595 CIC dispone: “§1. Al obispo de la sede principal aprobar las constituciones y confirmar las enmiendas que legítimamente se introduzcan en ellas, exceptuado aquello en lo que hubiera puesto sus manos la Sede Apostólica, así como tratar los asuntos más importantes que se refieren a todo el instituto y están por encima de la potestad de la autoridad interna consultando, sin embargo, a los demás obispos diocesanos, si el instituto se hubiera extendido a distintas diócesis. §2. En casos particulares, el obispo diocesano puede dispensar de las constituciones”. El §2 del c. 625 CIC reserva al obispo de la sede principal la presidencia en la elección del superior de un monasterio autónomo y del superior general de un instituto de derecho diocesano o de efectuar el derecho de visita (c. 628 §2.2).

59. En estos monasterios, le corresponde al obispo diocesano su vigilancia, aparte de la que ejerce su propio superior, y que se manifiesta en diversas atribuciones como la de presidir la elección de dicho superior, la visita al monasterio, aprobar algunos actos de administración de bienes, aprobar los confesores, etc.

### 3. La vida consagrada en el derecho argentino

#### 3.1. Las órdenes religiosas antes de la fundación del Estado Argentino

##### 3.1.1. Desde la conquista hasta la Revolución de Mayo

Para poder comprender esta cuestión, debemos abordar el estudio de la situación jurídica de la Iglesia Católica en América a partir de la colonización española. Al producirse el descubrimiento de América, el régimen del patronato español fue directamente trasladado al territorio americano.<sup>60</sup> Los monarcas ejercieron todas las atribuciones que recibieron de la autoridad eclesiástica, justificándose esta especie de delegación en las enormes distancias que separaban las Indias Occidentales de Roma. Las facultades que otorgaron los papas a los soberanos españoles para el gobierno y administración de las iglesias en América, si bien se atenían al espíritu religioso de los gobernantes de aquellos tiempos, dieron como resultado la subordinación de la Iglesia al Estado, neutralizando la independencia necesaria entre una y otra potestad.

La gestación del patronato indiano no fue inmediata. De las primigenias bulas de **Alejandro VI**, mediante las cuales se efectuaron las primeras concesiones a los Reyes Católicos,<sup>61</sup> llegamos a la de **Julio II** denominada *Universalis Ecclesiae*, por la cual el pontífice reconoció sin rodeos que los monarcas españoles tenían efectivamente el derecho exclusivo de solicitar a la Sede Romana la confirmación de las erecciones que hicieran de iglesias mayores y menores, junto con el derecho ya concedido de presentar a los arzobispos y obispos que nombraren a fin de que el papa les confiriera la institución canónica, en tanto que para los beneficios menores bastaría la presentación de los monarcas a los obispos diocesanos respectivos, sin necesidad de recurrir a la Santa Sede. Asimismo, para

60. El patronato indiano fue definido como “un haz en el que se confunden poderes de hecho, poderes tolerados –ejercidos a ciencia y paciencia de los Sumos Pontífices– y poderes expresamente otorgados, estos últimos a partir de la concesión de Urbano II a Pedro I de Aragón en 1095, limitada a la iglesia de los pueblos que reconquistase de los árabes y a las que fundase, pasando por las de **Inocencio VIII** a los Reyes Católicos, referida a todas las iglesias catedrales y monasterios o prioratos del reino de Granada e Islas Canarias [...] y culminando con la extensión del patronato a todos los obispados de España hecha por Adriano VI a Carlos V en 1522” (LEVAGGI, Abelardo, *Dalmacio Vélez Sársfield y el derecho eclesiástico*, Buenos Aires, Perrot, 1969, p. 24). Hoy en día, el derecho de patronato ha sido abolido (ver **PAULO VI** [papa], [carta apostólica “*Ecclesiae Sanctae*”, emitida *motu proprio*], 1966, I, §18. [N. del E.: ver [aquí](#); última consulta: 7/11/2018; y **CIC**, c. 377 §5). En el CIC 83 solo subsiste el derecho de presentación a partir del c. 1258. Sin embargo, el **CIC** todavía preveía este instituto en el c. 1448, al cual definía como “el conjunto de privilegios, con ciertas cargas, que por concesión de la Iglesia competen a los fundadores católicos de una Iglesia, capilla o beneficio, o también a sus causahabientes”. El patronato incluía el derecho de intervenir en defensa de la catolicidad y reprimir cualquier tentativa de apostasía, herejía o cisma (*ius protectionis*), el derecho de actuar en el seno de la Iglesia a efectos de realizar todas las reformas necesarias para su recto funcionamiento o para evitar casos de abusos eclesiásticos (*ius reformandi*), el derecho de inspeccionar el recto funcionamiento de la vida exterior eclesiástica (*ius supremae inspectionis*), el derecho de oponerse al nombramiento de eclesiásticos propuestos para un oficio determinado (*ius exclusivae*), el *ius placeti regii* o *exequatur* mediante el cual el monarca transformaba en ley de su reino las normas provenientes del Romano Pontífice, o el derecho de someter a control las normas de los superiores de órdenes religiosas residentes fuera de la península, y por último el derecho de ejercer control sobre las sentencias y los ocasionales abusos de los tribunales eclesiásticos (*ius appellationis*). (Busso, Ariel D., *La Iglesia y la comunidad política*, Buenos Aires, EDUCA, 2000, pp. 159-160).

61. El papa **Alejandro VI**, mediante la bula “*Inter Caetera*”, donó *motu proprio* a los reyes de Castilla y de León todas las islas y tierra firme que se hubieren descubierto hacia Occidente, donación pontificia que resultaba “concordante con la doctrina medioeval de que todo el mundo pertenece a la Iglesia; no acordaba a los reyes católicos sino la soberanía temporal de América, reservándose la Sede Apostólica la soberanía espiritual” (ESQUIVEL, Héctor D., *Régimen eclesiástico argentino*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1928, p. 70).

que no quedara la más mínima duda sobre la extensión del real patronato indiano, el papa Julio II dispuso que ninguna iglesia metropolitana, catedral, colegial, abacial, parroquial, votiva, monasterio, convento, hospital, hospicio ni otro lugar pío o religioso de la clase o gradación que fuere podía ser erigida, instituida, fundada, dotada o siquiera construida sin el permiso del monarca.<sup>62</sup> Además, el papa Julio II nombró a los reyes españoles “legados” de la Santa Sede y “vicarios apostólicos”, situación que implicó la concesión a la corona española de potestades para ejercer un poder que excluía a cualquier otro representante pontificio.<sup>63</sup>

A la fecha del descubrimiento de América, las órdenes religiosas que acompañaron a los conquistadores para cumplir la tarea de propagar la fe católica eran alrededor de cuarenta, con varios conventos cada una en la metrópoli española.<sup>64</sup> Tales órdenes también fueron objeto de una profusa regulación por parte de la legislación de Indias. Nada podía escapar al control del monarca y de las atribuciones que le habían sido conferidas, puesto que se temía que el poder espiritual superase en importancia al poder ejercido por las autoridades civiles, situación que los soberanos españoles no estaban dispuestos a tolerar.<sup>65</sup> Por su parte, la importancia de los religiosos en la conquista de América radicó

62. La bula “*Universalis Ecclesiae Regimini*” del año 1508, emitida por el papa Julio II, concedió a los reyes de España el derecho del patronazgo sobre la Iglesia en las tierras americanas conquistadas: “concedemos al mencionado Rey Fernando, que es también gobernador general de los Reinos de Castilla y León, y a nuestra queridísima hija en Cristo, Juana, reina de los mismos reinos e hija del mismo Rey Fernando, que ninguna iglesia, monasterio o lugar piadoso, unto en los crudos Jugares e islas ya adquiridas como en los que serán adquiridos, puedan ser erigidos o fundados sin el consentimiento de los citados reyes Fernando y Juana y sus sucesores en los reinos de León y de Castilla”.

63. Esquivel señala que “en efecto, los reyes, como Legados, excluían a cualquier otro representante pontificio en América, pues entendiase por tal legado al personaje que el papa enviaba ante los reyes para tratar con ellos los asuntos relacionados con la Iglesia y la Religión, pudiendo absolver de las censuras, conceder indulgencias, ejercer amplia jurisdicción ordinaria por sí sólo o en concurrencias con los diocesanos, conferir beneficios eclesiásticos, etc. Y los reyes como legados y vicarios pontificios pudieron hacer el oficio de vice papas en Américas” (ESQUIVEL, Héctor D., ob. cit. [cfr. nota 61], p. 75). Sobre esta interpretación, discrepamos de manera categórica porque mal podrían ejercer funciones espirituales ligadas al sacramento del orden sagrado, cuando los monarcas solo eran laicos que a lo sumo podían ejercer potestad de jurisdicción por delegación, pero reiteramos, de ninguna manera las derivadas inescindiblemente del sacramento del orden sagrado.

64. Esquivel, en su detallada obra, menciona las siguientes: agustinos, basilios, benedictinos, bernardos, brígidas, carmelitas, cartujos, clérigos menores, jesuitas, dominicos, escolapios, franciscanos, franciscanos menores, franciscanos terceros, capuchinos, jerónimos, hospitalarios, mercedarios, mínimos, salesas, trinitarios y teatinos (idem, pp. 84 y 85).

65. “en cuanto a las iglesias de los monasterios y conventos, se mandó que antes de edificarse ninguna de ellas, se pidiera licencia ‘como se ha acostumbrado, dice una ley, a nuestro Consejo de Indias, con el parecer y licencia del prelado diocesano, conforme al concilio de Trento y del virrey, audiencias o gobernadores, e información de que concurren tan urgente necesidad y justas causas que verosíblemente puedan mover a nuestro ánimo y quedar informados para lo que fuéramos servidos de proveer’” (idem, pp. 97-98). “varias fueron las razones que determinaron este monopolio de las órdenes religiosas en la evangelización de América, argumentado legalmente por las bulas papales mencionadas, las cuales son fruto en algunos casos de las condiciones mismas del descubrimiento del Nuevo Continente. Así, tras el fracaso de la experiencia caribeña, que supuso la desestructuración de la sociedad indígena y el progresivo exterminio de la población autóctona, la incorporación en 1521 de las posesiones del imperio azteca a los dominios hispanos, con su riqueza, extensión territorial y amplio abanico cultural, puso en marcha el proceso de conversión y evangelización de las distintas comunidades que formaron el Virreinato de la Nueva España. México se convierte entonces en un gran banco de pruebas donde se prioriza la labor evangélica, en oposición a la política de los gobernantes hispanos caribeños que apenas se preocuparon por construir iglesias, encargándose de ella las órdenes religiosas que predicaban con vigor el retorno a la pobreza y basan sus reglas en la vida comunitaria, la oración y la predicación. Entre esas órdenes monásticas destacaron las «mendicantes», llamadas así porque fueron fundadas al margen de los beneficios eclesiásticos, sustentándose gracias a las limosnas voluntarias de sus fieles y benefactores” (ESPINOSA SPÍNOLA, G., “Las órdenes religiosas en la evangelización del

en el hecho de que el clero regular,<sup>66</sup> a diferencia del clero secular, contaba con “mayores aptitudes para convivir con los indios y conllevar con ellos una existencia miserable y llena de peligros. Perteneían a las órdenes de Santo Domingo, San Francisco, San Agustín y San Ignacio de Loyola”.<sup>67</sup>

### 3.1.2. Luego de la Revolución de Mayo

La Revolución Francesa habría de cambiar la faz de Europa y de sus colonias. Sin embargo, en las tierras del Plata, las reformas liberales de la Revolución Francesa no ejercieron influencia alguna en el régimen eclesiástico, puesto que se siguió considerando al rey, además de titular del derecho de patronato, como vicario general apostólico del Romano Pontífice.<sup>68</sup> Por ello fue que luego de la Revolución de Mayo, en la que se juró mantener la integridad del territorio bajo **Fernando VII** y guardar las leyes del reino, uno de los temas que más cuidó el primer gobierno patrio fue el atinente al orden eclesiástico:

... no por respetar la fe jurada, sino por convenir así a la política revolucionaria; pues como las leyes del reino habían organizado un sistema que sometía la Iglesia a la soberanía del rey en calidad de patrono y vicario general apostólico, nada era más conveniente que el mantenimiento del régimen eclesiástico indiano para impedir que el clero español se saliera de madre y poder así utilizar mejor los servicios del clero argentino. La Revolución de Mayo atribuyó al gobierno propio los mismos poderes que los monarcas españoles habían ejercido en el Virreinato sobre las cosas de la Iglesia y personas de los eclesiásticos<sup>69</sup>

Sin embargo, la incomunicación con la Silla Apostólica y el hecho de que los reyes españoles siguieran considerándose patronos de la Iglesia indiana impidieron que los gobiernos patrios pudieran ejercer el patronato presentando al papa candidatos que se hicieran cargo de las diócesis vacantes en las Provincias Unidas del Río de la Plata. Por su parte, el papa seguía reconociendo al rey como único patrono y a los criollos como rebeldes. En lo atinente a los religiosos, diversas órdenes fueron objeto de varias medidas de gobierno, en especial aquellas que no simpatizaban con la causa revolucionaria.

Luego de la anarquía del año 20, algunas incluso intentaron retomar directamente y sin intermediación del Estado, las relaciones con la Sede Apostólica, situación que provocó la reacción del gobernador de la provincia de Buenos Aires, don Martín Rodríguez, a instancias de su ministro Bernardino Rivadavia, quien resolvió que la comunicación con el papa solo podía ser considerada como un hecho oficial y cierto cuando se entablaran relaciones diplomáticas entre el Estado argentino y la Santa Sede, a través del respectivo concordato: “no existiendo nada de esto, las órdenes religiosas no podían recurrir por ante el papa”.<sup>70</sup> La reforma de Rivadavia también se hizo sentir en la organización interna

Nuevo Mundo”, en AA. VV., *España medieval y el legado de occidente*, México, SEACEX-CONACULTA, 2005, pp. 249-257, ver online [aquí](#) [última consulta: 5/11/2018]).

66. Como coloquialmente se suele designar a los miembros de una orden religiosa que a la vez han recibido el sacramento del orden sagrado.

67. ESQUIVEL, Héctor D., ob. cit. [cfr. nota 61], p. 99.

68. Ídem, p. 127.

69. Ídem, p. 132.

70. Ídem, p.156.

de los conventos, en la potestad de sus superiores y fundamentalmente en lo atinente a los bienes eclesiásticos, que debían ser administrados conforme a la reglamentación que dictara el gobierno.

### 3.2. Regulación de la vida consagrada luego de la organización nacional

#### 3.2.1. El tratamiento de la cuestión en la Constitución Nacional

Como ya sostuviéramos, la independencia de las colonias americanas no acarrearía cambios en el ejercicio del patronato, puesto que los gobiernos de las nuevas naciones continuaron con su práctica jurídica, por entender que era inherente a la soberanía que habían reasumido y que heredaban del Estado español.<sup>71</sup> Sancionada la Constitución Nacional, además de la polémica relativa a la provisión de las sedes episcopales vacantes, la cuestión de los religiosos tampoco pasó desapercibida.

Se reservó al Congreso de la Nación la potestad de admitir nuevas órdenes religiosas,<sup>72</sup> vedándose a los gobiernos provinciales.<sup>73</sup> Se fundó esta resolución en el hecho de que, independientemente de que fueran la manifestación del derecho de libre asociación reconocido por la Constitución,<sup>74</sup> las nuevas órdenes religiosas no resultaban útiles a la sociedad<sup>75</sup> y su actividad de alguna manera se encontraba vinculada con cuestiones atinentes al régimen de patronato.<sup>76</sup>

71. Esta institución, cuyo ejercicio por parte del gobierno argentino no fue nunca admitida por la Sede Apostólica, pasaría a ocupar la atención de los juristas y canonistas durante más de un siglo y medio, hasta que fue resuelta de manera definitiva mediante el acuerdo celebrado entre la Santa Sede y la República Argentina en el año 1966.

72. *Constitución Nacional*, art. 67, inc. 20.

73. *Constitución Nacional*, art. 108.

74. *Constitución Nacional*, art. 14.

75. Uno de los argumentos invocados fue el hecho de que las comunidades religiosas dependían, en su régimen interno, de una autoridad que tenía su sede fuera de la República (HEREDIA, Carlos y NAVARRO FLORIA, Juan G., *Régimen jurídico de los religiosos y los institutos de vida consagrada*, Buenos Aires, Educa, 1998, p. 16). Otro de los argumentos hacía hincapié en el hecho de que tanto la Iglesia como estas comunidades tenían un cuantioso patrimonio que quedaba separado “del resto de la economía en general, manteniéndolos en una quietud que implica ruina. Despreocupados de la ley del progreso incesante y general lo obstruyen con esta cristalización deliberada, anteponiendo su extraña institución al interés público y al mejoramiento y bienestar de toda la sociedad” (PEÑA, David, *La materia religiosa en la política argentina*, Buenos Aires, Bases, 1960, p. 46). A su vez, se señala: “el sólo modo de vivir de los religiosos conspira contra la economía nacional. Para obtener los fines de su instituto los religiosos dedican o deben dedicar casi todo su tiempo a las prácticas devotas, o a la meditación, o a las cosas divinas; si alguna vez realizan algo útil para la sociedad es cuando, para hacer la beneficencia, piden a unos para dar a otros. Debiendo ser casto, el fraile no puede constituir una familia, y por lo tanto, ni contribuye a aumentar la población del país. Tampoco son libres porque desdeñan las libertades que les asegura la Constitución para reconocer los religiosos voluntariamente la tiranía del superior jerárquico” (ESQUIVEL, Héctor D., ob. cit. [cfr. nota 61], pp. 287-288).

76. Frugoni Rey trae a colación los argumentos del convencional Zapata al momento de discutirse el inc. 20 del art. 67 de la Constitución Nacional, y expresa que para este legislador constituyente se debía “vincular dicha atribución con el patronato por la dependencia de las órdenes a sus superiores generales residentes por lo común en Roma y dependientes a su vez del Santo Padre, soberano de un Estado” (FRUGONI REY, Guillermo, ob. cit. [cfr. nota 33], p. 242).

### 3.2.2. El Código Civil

Dalmacio Vélez Sarsfield, quien redactara el CCIV aprobado mediante la Ley 340 y vigente hasta el año 2015, reflejó en su obra la concepción regalista del ejercicio del patronato indiano.<sup>77</sup> De esta manera, la Iglesia Católica fue objeto de un régimen jurídico particular que conllevaría el reconocimiento de la legislación canónica como presupuesto de algunas disposiciones contenidas en el CCIV. Sin embargo, debemos destacar que Vélez se apartó tanto del regalismo tradicional que sostenía que la Iglesia debía estar sometida al Estado como de las nuevas ideologías liberales imperantes en el siglo XIX, que propugnaban la separación total de la Iglesia y el Estado y que relegaban la religión al ámbito de las conciencias.<sup>78</sup>

En lo atinente a las comunidades religiosas, en el año 1857, al ejercer la función de asesor general del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Vélez Sarsfield ya había sido sumamente innovador. Consciente de que la profesión religiosa mediante la profesión de los votos solemnes acarrea la muerte civil,<sup>79</sup> recomendó a la Congregación de las Hermanas de la Merced que no fundaran un convento<sup>80</sup> sino una asociación religiosa.<sup>81</sup> Tal es la solución<sup>82</sup> que sería adoptada en lo sucesivo por las diversas órdenes y congregaciones religiosas hasta la sanción de la Ley 24483. Respecto de su naturaleza jurídica, para Vélez, se trataba de personas jurídicas de existencia posible, junto con las demás asociaciones de bien común, debiéndose sujetar a los requisitos de poseer patrimonio propio y ser estatutariamente capaces de adquirir bienes sin depender de los que obtuvieran del Estado, pero siempre requiriendo autorización del Estado para funcionar.<sup>83</sup>

77. Esta concepción regalista fue el resultado de la formación intelectual que brindaban las universidades españolas y americanas, según la cual la sola norma eclesial carecía de *imperium* si no contaba con la ratificación o el reconocimiento de la ley estatal, situación que subrayaba la importancia del reconocimiento previo de la ley canónica por parte de la ley civil.

78. LEVAGGI, Abelardo, ob. cit. (cfr. nota 60), p. 16.

79. La muerte civil por profesión religiosa recién fue suprimida en el art. 103 CCIV, que al regular sobre el fin de la existencia de las personas físicas, consignó que la muerte civil no tendría lugar en ningún caso, ni por pena ni tampoco por profesión religiosa.

80. “El convento hace cesar política y civilmente la persona natural, cuyos derechos civiles acaban en la muerte civil que sucede a los que han profesado por votos solemnes la vida conventual. Cesan sus relaciones jurídicas de familia, no pueden instituir ni ser instituidos herederos, no pueden obtener función alguna pública, como la tutela, la curatela, etc., cesa su capacidad personal de adquirir, no pueden estar en juicio, acarrea en fin la persona civil [...]. Las hermanas de la Merced, por negarse V.E. a autorizar la fundación de un convento no pierden ninguno de los derechos que declara a todos la Constitución del Estado. Las que quiera formar una asociación religiosa pueden hacerlo bajo los estatutos que voluntariamente se den, sujetándose o no a la autoridad y penas espirituales que le imponga el prelado de la iglesia ¿de qué derecho se le priva?” (VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio, [dictamen en el expediente promovido por la congregación de las Hermanas de la Misericordia a fin de fundar un convento en esta ciudad], citado por LEVAGGI, Abelardo, ob. cit. [cfr. nota 60], pp. 244-247).

81. A la manera de una asociación civil sin fines de lucro u otra de análogas características.

82. Art. 33, inc. 5, CCIV (en su primitiva redacción).

83. Vélez Sarsfield entendía que “La existencia de las Comunidades Religiosas debe sólo depender de las leyes del Estado. El interés social y no el derecho o interés individual debe decidir sobre su conveniencia. Buscar el derecho a crearlas o de conservarlas en la voluntad o fantasía del individuo, es subordinar el Estado al Ciudadano, la gran comunidad a la pequeña, aniquilar la soberanía nacional. Esas comunidades no pueden existir tampoco como grupos aislados de individuos sin superiores reconocidos, sin formar una persona moral, libre cada uno para salir de ella, o gobernarse por los solos deberes que los unos se hayan creado hacia los otros sin obligaciones respecto a la sociedad. El fin y objeto de ellos debe precisamente tener íntima referencia al pueblo, ó a la propagación de la doctrina, relaciones sociales de cuya conveniencia la ley de Estado puede solo decidir, y no el simple individuo

Debemos recordar que, a la época de sanción del CCIV, la única manera de ser religioso en el sentido canónico del término era mediante la profesión de votos “solemnes” en una orden religiosa. Sin embargo, por el hecho de profesar votos “simples”, los miembros de las congregaciones religiosas y pías uniones terminaron siendo objeto de un diverso tratamiento jurídico por parte de la ley civil. Esta situación trajo aparejada una gran confusión terminológica y jurídica que la doctrina y la jurisprudencia tratarían en el futuro de desentrañar.

En primer lugar, nunca terminó de quedar en claro cuáles eran las órdenes preconstitucionales a las que hacía referencia el inciso 20 del artículo 67 de la Constitución nacional.<sup>84</sup> Solo algunas obtuvieron reconocimiento expreso, pero no lo hicieron a través de una ley del Congreso sino por medio de sentencias judiciales<sup>85</sup> o de decretos del Poder Ejecutivo Nacional.<sup>86</sup>

En segundo lugar, a pesar de este reconocimiento, el marco normativo no resultaba claro. Por un lado, las órdenes contaban con su derecho propio, aprobado por la autoridad eclesiástica competente. Pero este derecho, que funcionaba al mismo tiempo como una especie de “estatuto civil”, provocó dificultades prácticas a la hora de regular su actuación en el ámbito secular.<sup>87</sup> En aras a solucionar la cuestión, las órdenes religiosas terminaron quedando sometidas al control de la autoridad de aplicación estatal,<sup>88</sup> como el resto de las entidades civiles sin fines de lucro.

---

que acaso no mire en tales instituciones sino el medio de satisfacer deseos o inclinaciones particulares” (VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio, *Derecho público eclesiástico. Relaciones del Estado con la Iglesia en la Antigua América Española*, Buenos Aires, Centro Jurídico y de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1889, p. 215 [N. del E.: ver también [aquí](#) {edición digitalizada por Google Books, pp. 153-154; última consulta: 7/11/2018}].

84. Esquivel advierte que “oficialmente no se ha determinado todavía cuáles son las órdenes establecidas en el país antes y después de sancionada la Constitución. Las autoridades eclesiásticas mantienen relaciones con las siguientes órdenes existentes en la ciudad de Buenos Aires: Franciscanos, Dominicos, Mercedarios, Carmelitas, Capuchinos, Asuncionsitas de Tierra Santa, Agustinos, Jesuitas, Escolapios, Lateranienses, Misioneros del Corazón de María, Lazaristas, Lacorderistas, Bayoneis, Lourdistas, del Santísimo Sacramento, Trinitarios, Redentoristas, Pañonistas, Benedictos, Salesianos y del Verbo Divino. Son veintidós de las cuales seguramente sólo las tres primeras existen desde antes de la sanción de la Constitución, habiéndose establecido las demás clandestinamente, pues es bien sabido que el Congreso no ha dictado jamás una ley autorizando el establecimiento en el país de una nueva orden religiosa” (ESQUIVEL, ob. cit. [cfr. nota 61], pp. 285-286; el resaltado es nuestro).

85. Ver CSJN, 26/2/1932, “Ponce de León, Isidora” (*Fallos*, t. 163, p. 367), sentencia que reconoció el carácter de orden preconstitucional al Convento de las Carmelitas Descalzas o Monjas Teresas, en la cual además se resolvió que tal reconocimiento alcanzaba a la “orden” como institución de derecho canónico y no solo a la casa religiosa en cuestión. [N. del E.: ver [aquí](#); última consulta: 7/11/2018].

86. Ver Decreto 29153/1933 (BO 5/10/1933), que reconoció el carácter de orden preconstitucional a la Orden de los Carmelitas Descalzos; Decreto 19321/1938 (BO 17/12/1938), que efectuó similar reconocimiento a los agustinos; y Decreto 71131/1935 (BO 5/2/1936), que lo hizo respecto de los frailes menores capuchinos; por Decreto 2376/1992, se le reconoció a la Provincia Bonaerense de la Congregación del Santísimo Redentor; por Decreto 805/1994, se le reconoció a la abadía *Gaudium Mariae* de monjas benedictinas; mediante Decreto 912/1995 se reconoció a la Abadía San Benito de la Orden Benedictina.

87. En el siglo XIX, era común que los superiores provinciales presentasen al Gobierno Nacional sus patentes de nombramiento no obstante emanar de los superiores de la orden y no del papa para obtener igualmente su pase o exequátur, que en general era otorgado por el Gobierno Nacional, o a veces con intervención de la CSJN en los términos del antiguo art. 86 inc. 9 de la Constitución (HEREDIA, Carlos y NAVARRO FLORIA, Juan G., ob. cit. [cfr. nota 75], p. 32).

88. En el ámbito de la Capital Federal, quedaron sometidas al control de la Inspección General de Justicia, que, mediante su Resolución General 6/1980, estableció en art. 109: “Órdenes religiosas. Existencia preconstitucional. Obligaciones. Libros. Las órdenes religiosas de existencia preconstitucional, que han sido reconocidas en el carácter de personas jurídicas por expresa autorización estatal, están obligadas a cumplir, en lo pertinente, con las

En tercer lugar, siguiendo la sugerencia del propio Vélez Sársfield cuando se desempeñaba como asesor del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires,<sup>89</sup> las órdenes y congregaciones religiosas que ingresaron al país luego de 1853-60 optaron por utilizar la figura de asociaciones civiles, sin exhibir su verdadera condición y naturaleza jurídica. Así, comenzaron a actuar en los términos del artículo 33 inciso 5° CCIV como personas jurídicas privadas, es decir, como asociaciones civiles sin fines de lucro o como simples asociaciones religiosas.<sup>90</sup>

Por último, hasta la sanción de la Ley 24483, la doctrina fue unánime en considerar a estas entidades como personas jurídicas de existencia posible, reguladas por el artículo 33 inciso 5° CCIV en su primitiva redacción y, por el mismo artículo inciso 2° de la segunda parte, [luego de la reforma](#) efectuada por la Ley 17711.<sup>91</sup>

### 3.2.3. Impacto del Acuerdo de 1966 entre la Santa Sede y el Estado Argentino

El régimen del Patronato Indiano, como ya señaláramos, contenía un cúmulo de facultades concedidas a los reyes españoles pero que fueron asumidas unilateralmente por el Estado argentino a través de la Constitución de 1853-60. En lo esencial, el Estado reivindicó para sí las siguientes facultades: a) presentar a los obispos residenciales para ocupar las sedes vacantes, b) conceder el pase o exequátur de los decretos de los concilios, las bulas, los breves y rescriptos del papa, con acuerdo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; admitir, por permiso del Congreso de la Nación, el ingreso de nuevas órdenes religiosas. La Santa Sede nunca reconoció estas facultades, pero eso no significó que no existiera un *modus vivendi* mediante el cual se pudieran brindar soluciones satisfactorias a ambas potestades.

Luego del [Concilio Vaticano II](#),<sup>92</sup> en el cual la Iglesia reclamó a los Estados la renuncia a privilegios, como podía ser el derecho de patronato, se procedió a negociar un convenio que se cristalizó en el [Acuerdo de 1966](#).<sup>93</sup> Del mismo, por su valor en el aspecto interpretativo, nos parece importante destacar la primera parte de su preámbulo:

---

disposiciones legales y/o reglamentarias que rigen en el caso de las demás entidades civiles y, por ende, con las disposiciones pertinentes sobre tenencia y rúbrica de libros”.

89. Ver VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio, ob. cit. (cfr. nota 80).

90. A pesar de la discrepancia entre los estatutos aprobados por la autoridad eclesiástica y los presentados a las autoridades civiles, algunos autores como Iribarne lo aconsejaban, para evitar el escrutinio de la autoridad administrativa respecto de las reglas ya aprobadas en el seno de la Iglesia situación que, en muchos casos, hubiera provocado la dificultad para obtener la conformidad de la autoridad secular respecto de los textos aprobados por la autoridad eclesiástica (IRIBARNE, Ramón, *Personalidad jurídica de las comunidades religiosas*, Córdoba, 1958, p. 112).

91. Ver RAFFO BENEGAS, Patricio y otros, [comentario al art. 33], en Llambías, J. J. (dir.), *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, pp. 76-77; LVALLE COBO, Jorge E., [comentario al art. 33], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 152; ARÁUZ CASTEX, Manuel, *Derecho civil. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, p. 454; LLOVERAS DE RESK, María E., [comentario al art. 33], en Bueres, A. J. (dir.), y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 313. Sobre el particular, llama la atención que los comentarios más actuales del art. 33 seguían citando, respecto de las instituciones bajo análisis, a las antiguas órdenes y congregaciones a tenor del CIC de 1917 [N. del E.: ver CIC de 1917 [aquí](#) {fuente no oficial; última consulta: 7/11/2018}], cuando a partir de 1983 ya teníamos un nuevo CIC, con una nomenclatura y una legislación nuevas.

92. [Cfr. la N. del E. en nota 34].

93. Acuerdo aprobado por la Ley 17032 (sancionada el 23/11/1966; BO 22/12/66; hoy J0640).

La Santa Sede reafirmando los principios del Concilio Ecuménico Vaticano II y el Estado Argentino inspirado en el principio de la libertad reiteradamente consagrado por la Constitución Nacional y a fin de actualizar la situación jurídica de la Iglesia Católica Apostólica Romana, que el Gobierno Federal sostiene, convienen en celebrar un Acuerdo.<sup>94</sup>

En el artículo V de este tratado internacional,<sup>95</sup> se previó el caso de las órdenes y congregaciones religiosas<sup>96</sup> y se puso fin a las restricciones que establecía el inciso 20 del artículo 67 de la [Constitución Nacional](#).

### 3.2.4. La Ley 24483 y su normativa reglamentaria

La Ley 24483 puso fin a esta situación de discrepancia entre la naturaleza jurídica de estos entes eclesiales y la forma asumida en el ámbito civil. Dicha ley, promulgada el 27 de abril de 1995 y actualmente vigente, así como su Decreto Reglamentario 491/1995 y la Resolución 448/1996 de la Secretaría de Culto, trajeron como novedad la introducción en el lenguaje jurídico argentino de la terminología acuñada por el CIC: la ley ya no hace referencia a órdenes y congregaciones religiosas sino a IVC y SVA. Además de la expresa remisión al derecho canónico, su artículo 1º dispuso que el hecho de tener personalidad jurídica en el seno de la Iglesia Católica conlleva el reconocimiento de tal personalidad en la esfera civil. Es decir, la sola inscripción en el registro especial que lleve la Secretaría de Culto de la Nación torna innecesaria la constitución de una asociación civil o el uso de cualquier otra forma asociativa distinta de la que le es propia. En síntesis, aprobadas sus reglas por la autoridad eclesiástica y elegidas sus autoridades a tenor del derecho canónico universal y propio, estas actuaciones adquieren eficacia en el ámbito civil.

También debemos destacar que tal inscripción no resulta obligatoria, sino que es voluntaria. Cualquier IVC o SVA que hubiera funcionado con el ropaje jurídico que le dieran las figuras asociativas del derecho civil podría seguir funcionando de esta manera, es decir, sin inscribirse en la Secretaría de Culto. Incluso, aun habiéndose inscripto como IVC o SVA, podría mantener su patrimonio a nombre de estas asociaciones sin transferir su titularidad a su nombre.<sup>97</sup>

94. *Ibidem*.

95. “Los concordatos son pactos internacionales que celebra el Sumo Pontífice como soberano espiritual o como jefe del Estado del Vaticano con uno o varios Estados políticos determinados o sujetos del derecho internacional público. Un tratado es celebrado entre dos –o más– sujetos de derecho internacional público, en un Concordato uno de los sujetos necesaria y obligatoriamente es la Santa Sede” (MONTILLA ZAVALÍA, Félix A., “Conceptos sobre el derecho concordatario. Las relaciones convencionales internacionales entre la Iglesia Católica y las sociedades políticas”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2002-D, p. 992).

96. *Acuerdo de 1966*, art. V: “El Episcopado Argentino puede llamar al país a las órdenes, congregaciones religiosas masculinas y femeninas y sacerdotes seculares que estime útiles para el incremento de la asistencia espiritual y la educación cristiana del pueblo.- A pedido del Ordinario del lugar, el Gobierno Argentino, siempre en armonía con las leyes pertinentes, facilitará al personal eclesiástico y religioso extranjero el permiso de residencia y la carta de ciudadanía”.

97. *Ley 24483*, art. 3: “Los sujetos a que se refiere el artículo 1, que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley gocen de personería jurídica bajo la forma de asociación civil u otra que no corresponda a su propia estructura canónica, y se inscriban en el registro, podrán transferir sus bienes registrables a nombre del Instituto de Vida Consagrada o Sociedad de Vida Apostólica inscripto, con exención de todas las tasas, impuestos y aranceles que graven la transmisión de bienes o su instrumentación y las actuaciones que ella origine, siempre que: a) La asociación o persona jurídica actualmente existente preste su expresa conformidad por medio de sus órganos facultados para disponer de tales bienes; y b) la transmisión se realice dentro del plazo de tres años a partir de la reglamentación

Es cierto que la Ley 24483 no definió el tema de si los IVC y SVA son personas jurídicas públicas o privadas y, cuando expresa que gozan de personalidad jurídica “pública”, lo hace a tenor de la norma canónica.<sup>98</sup> Pero, teniendo en consideración lo que ya expresáramos en cuanto a que estos institutos “son” parte de la estructura constitucional de la Iglesia, debemos reconocerle la misma condición de personas jurídicas públicas, similares a otras que históricamente han sido consideradas como tales, por pertenecer a su estructura jerárquica.

### 3.2.5. El Código Civil y Comercial de la Nación

El CCCN continuó con la tradición de considerar a la Iglesia Católica como a una persona jurídica de carácter público en virtud de lo dispuesto por el artículo 2º de la Constitución Nacional y de los vínculos históricos e institucionales que el Estado argentino ha mantenido con aquella. En sus artículos 146 c) y 147, dispone que la Iglesia como persona jurídica pública se rige, en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución. Por ello, es que se ha sostenido que su organización surge del derecho canónico, en tanto que las relaciones que mantiene con el Estado se rigen por el concordato celebrado en el año 1966. Asimismo, nos parece importante recordar el inciso e) del artículo 148 que enuncia a las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas como ejemplos de personas jurídicas privadas, pero entendiéndoselas como credos distintos del culto católico apostólico romano.<sup>99</sup>

## 4. Eficacia civil de las normas canónicas que regulan la capacidad patrimonial de la Iglesia

### 4.1. Preliminar: Sistemas de interrelación entre el ordenamiento canónico y el derecho del Estado

Antes de comenzar el análisis de esta cuestión, nos parece oportuno advertir que, a pesar de la influencia que la Iglesia Católica ha tenido en la historia de nuestro país, el cual tiene una profunda impronta religiosa, al punto tal de ser la cuna de uno de los líderes más importantes del mundo como lo es el papa Francisco, las obras sobre derecho eclesástico no abundan, específicamente las que tengan como objeto de estudio las relaciones entre el ordenamiento estatal y la legislación canónica. A excepción de Boggiano<sup>100</sup> y

de la presente ley. Cuando se haya optado por el procedimiento previsto en este artículo, la persona jurídica que reciba los bienes será solidariamente responsable con la persona transmitente por las deudas de ésta existentes a la fecha de la transmisión”.

98. CIC, c. 116.

99. Ver CROVI, Daniel, [comentario a los arts. 146-148], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 588. En idéntico sentido se expresa URBANEJA, Aldo E., [comentario al art. 148], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea-Fen, 2015, p. 464.

100. Ver BOGGIANO, Antonio: a) “Presentación al derecho internacional a.D. 2000 en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos”.

Barra,<sup>101</sup> son escasísimos los trabajos que hayan analizado el llamamiento que la legislación argentina hace del derecho canónico y las consecuencias que de este se derivan.<sup>102</sup>

Por tal motivo y como preliminar, nos parece imprescindible explicar de qué manera se conectan el derecho estatal y el ordenamiento canónico, cuestión que por su dificultad y complejidad no puede ser reducida a una breve síntesis.<sup>103</sup> Para esto, hemos seguido diversos trabajos de derecho eclesiástico español,<sup>104</sup> puesto que, a pesar de las deficiencias del ordenamiento jurídico argentino en la materia –en nuestro caso, carecemos de un tratado específico como el que celebraran la Santa Sede y España sobre asuntos jurídicos–, la tradición legal entre Estado e Iglesia es similar: existe una historia de varios siglos en común que, como ya viéramos, impactó en la Constitución Nacional de 1853-60 y en la primitiva codificación civil y comercial. Asimismo, razones históricas, sociológicas y jurídicas provocaron que en ambos países se reconociera un status jurídico especial a la Iglesia Católica, sin que esto signifique menoscabo alguno a la libertad de cultos consagrada por sus respectivos textos constitucionales.

Siguiendo a los prestigiosos tratadistas españoles Lombardía, Ferrer Ortiz, De Fuenmayor y Champín, Larna Bedarrain, Fernández Arruty, García Hervas, Aldanondo Salaverría, González del Valle, Zalvidea, Beneyeto Berenguer, Ruano Espina, Rodríguez Blanco, entre otros;<sup>105</sup> y a Boggiano, Barra y Casiello,<sup>106</sup> al hacer referencia a “ordenamientos jurídicos”, estamos aludiendo a ordenamientos jurídicos primarios u originarios, es decir, a cuerpos normativos que encuentran su fuerza y vigor en sí mismos, sin depender del reconocimiento de otro.

En el caso particular y como señala Barra, en el supuesto del ordenamiento eclesiástico y su relación con el ordenamiento estatal, la situación es de especial singularidad dado que, por un lado, el primero se encuentra frente al segundo en la misma condición de soberanía e independencia pero, a diferencia de lo que sucede con los demás ordenamientos estatales, el eclesiástico es a la vez un ordenamiento “que actúa en el interior del comunitario sin sometimiento al ordenamiento general”, es decir, sin el mismo tipo

---

en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2000-B, p. 1078, cita online AR/DOC/13023/2001; y b) “La Corte Suprema y el derecho de los tratados internacionales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 31/3/2015, t. 2015-B, p. 815, cita online AR/DOC/947/2015.

101. BARRA, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo. Organización y función pública. La Iglesia*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1998.

102. Recordemos que, en el tema en estudio, nos referimos fundamentalmente a la *Ley 24483*, a su Decreto Reglamentario *491/1995* y al artículo 146 *CCCN*.

103. Ver DE FUENMAYOR Y CHAMPIN, Amadeo, *Derecho eclesiástico del Estado español*, Granada, Comares (colección “Religión, derecho y sociedad”), 2007, p. 64.

104. Ver: BENEYETO BERENGUER, Remigio, ob. cit. (cfr. nota 5); DE FUENMAYOR Y CHAMPIN, Amadeo, ob. cit. (cfr. nota 103); FERNÁNDEZ ARRUTY, José Á. y LARNA BELDARRAIN, Javier (dirs.), *Derecho eclesiástico*, Madrid, Dykinson, 2004; FERRER ORTIZ, Javier (coord.), *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, EUNSA, 2007 (6ª ed. renovada, a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta); GARCÍA HERVAS, D. (coord.), *Manual de derecho eclesiástico del Estado*, Madrid, Colex, 1997; GONZÁLEZ DEL VALLE, Juan M., *Derecho eclesiástico español*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1997; RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000; RUANO ESPINA, Lourdes, *Régimen jurídico registral de los bienes de las confesiones religiosas y su tratamiento jurisprudencial*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005; ZALBIDEA, Diego, *El control de las enajenaciones de bienes eclesiásticos. El patrimonio estable*, Pamplona, EUNSA, 2008.

105. Cfr. nota 104.

106. Ver BOGGIANO, Antonio, ob. cit. (cfr. nota 100 a-b); BARRA, Rodolfo C., ob. cit. (cfr. nota 101); y CASIELLO, Juan, ob. cit. (cfr. nota 31).

de sometimiento al que se encuentran obligados los ordenamientos secundarios o intracomunitarios.<sup>107</sup>

Ambos órdenes normativos se relacionan mediante diversos tipos de mecanismos que, aunque no son los únicos, son considerados como los principales y más frecuentes:

— *Tratados internacionales o concordatos*: la Iglesia Católica y el Estado se relacionan a través de acuerdos internacionales y plasman cláusulas normativas, que constituyen una fuente bilateral de las futuras relaciones jurídicas entre ambas potestades, sobre temas de mutuo interés.

— *Remisiones*: son referencias que un ordenamiento jurídico hace a las normas jurídicas de otro. Las hay de dos tipos:

a) *Remisiones materiales*: Son las más elementales y superficiales, puesto que consisten en la mención que hace un ordenamiento jurídico a la norma del otro ordenamiento pero sin reconocerle eficacia en su ámbito. Se la cita como dato de hecho. El Estado recibe las normas canónicas pero sin declarar que es competencia del derecho canónico regular alguna materia determinada. El ordenamiento estatal regula un supuesto de hecho y lo complementa con la disposición emanada de la norma canónica

... sobre todo para no tener que promulgar una nueva ley cuando el otro ordenamiento cambie la suya... [...] como suele llamarse una “norma en blanco” para que se llene de contenido de esa norma extraña a la que se refiere, bien sea la actual o futura...<sup>108</sup>

En síntesis, la remisión material es la conversión de normas confesionales en normas estatales, sin que ello implique reconocer la competencia del derecho confesional para regular esta materia.<sup>109</sup>

b) *Remisiones formales*: son las denominadas remisiones en sentido estricto. Se entiende que la remisión no receptiva o forma se produce cuando el Estado, aun tratándose de una materia que él podría regular, quiere limitar su propia competencia legislativa y excluye esa cuestión que constituye el objeto de su competencia para reconocérsela a otro ente originario, de modo que las normas de este último ente vienen a adquirir cierta eficacia para el Estado, pero no como normas del Estado, porque él no las ha recibido sino como normas o leyes extrañas que surgen de otro ordenamiento jurídico primario. En el caso particular, el Estado reconoce la plena autonomía de la Iglesia en su propio y específico ámbito y trata al derecho canónico como un sistema normativo primario, como un ordenamiento independiente, legislado por una entidad soberana.

— *Presupuesto*: el Estado no recibe la regulación canónica sino que, simplemente, parte de ella para regular, mediante sus propias normas, una relación jurídica determinada, es decir, sanciona sus propias leyes a partir de las definiciones y clasificaciones que efectúa la ley canónica.<sup>110</sup>

107. BARRA, Rodolfo C., ob. cit. (cfr. nota 101), p. 364.

108. DE FUENMAYOR Y CHAMPIN, Amadeo, ob. cit. (cfr. nota 103), p. 65.

109. RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, ob. cit. (cfr. nota 104), p. 31.

110. A modo de ejemplo, pensemos en el art. 2011 inc. 6 CCIV, que prohibía a los que tuvieran órdenes sagradas ser fiadores salvo por sus iglesias, por otros clérigos o por personas desvalidas. En este caso, vemos cómo el legis-

— *Reenvío*: En derecho internacional privado, el reenvío es un mecanismo de solución a los conflictos negativos de jurisdicción, esto es, aquellos que acaecen cuando con ocasión de una relación de derecho privado con elementos extranjeros relevantes surgen dos o más legislaciones de distintos ordenamientos jurídicos nacionales y ninguna de ellas se atribuye competencia a sí misma para resolver el asunto, sino que cada una de ellas (las legislaciones) da competencia a una legislación extranjera. El reenvío se produce cuando la norma de conflicto del foro (país en el que se juzga el asunto) se remite a un derecho extranjero (de otro país) y la norma de conflicto de ese país, a su vez, se remite a otro (“reenvía”). Sin embargo, para que surja el reenvío se precisa que inicialmente haya un conflicto negativo, es decir, que las reglas de conflicto de dos o más Estados consideren aplicable una norma jurídica distinta a la de ellos.<sup>111</sup>

En virtud de los conceptos que anteceden, la remisión material se diferencia de la formal porque la primera lleva consigo que las normas incorporadas se interpreten conforme a los principios del ordenamiento receptor, es decir el estatal; en cambio la remisión formal implica que la interpretación se efectúe de acuerdo con los principios del ordenamiento incorporado con el límite del orden público.<sup>112</sup> En este segundo supuesto, la interpretación de las normas se hace de conformidad con los principios propios del ordenamiento confesional, supuesto que podría conllevar, en algunos casos, entrar en colisión con la laicidad propia del ordenamiento estatal; por eso el límite del orden público.<sup>113</sup>

Por su parte, la remisión se diferencia del presupuesto en que, en este segundo supuesto, el Estado se encuentra ante institutos jurídicos confesionales que no puede reglar porque carece de competencia para ello. En consecuencia, en el momento que pretende conferirles un concreto status normativo en el ámbito civil, toma a la norma confesional como supuesto de hecho de la legislación estatal.<sup>114</sup>

Por último, también nos permitimos diferenciar la remisión del reenvío. Entendemos al reenvío como el género que engloba a todos los supuestos donde resulta aplicable

---

lador partió del concepto de clérigo (categoría regulada por el derecho canónico) para establecer una prohibición puramente por parte del derecho civil.

111. Podemos citar como supuesto de reenvío el c. 1290 *CIC*, cuyo texto dispone: “Lo que en cada territorio establece el derecho civil sobre los contratos, tanto en general como en particular, y sobre los pagos, debe observarse con los mismos efectos en virtud del derecho canónico en materias sometidas a la potestad de régimen de la Iglesia, salvo que sea contrario al derecho divino o que el derecho canónico prescriba otra cosa”. En el caso particular, el art. 147 *CCCN* remite respecto a los negocios jurídicos en los que interviene la Iglesia al derecho canónico, mientras que este efectúa un reenvío a lo que dispone la propia legislación argentina. De Paolis entienden que “con el reenvío a las leyes civiles, estas se vuelven efectivas también en el ordenamiento canónico, no en virtud de la autoridad del Estado, sino en virtud de la voluntad de la Iglesia: las leyes civiles producen efectos en el ordenamiento canónico sin entrar, por otro lado, a formar parte del mismo [...] se trata de reconocer el valor normativo de la ley civil también para los súbditos del ordenamiento canónico, en cuanto estos son también súbditos del ordenamiento civil: el legislador canónico no hace otra cosa que recordar la obligación que los fieles tienen de observar, como ciudadanos la ley civil” (DE PAOLIS, Velasio, *Los bienes temporales de la Iglesia*, Madrid, BAC, 2012, pp. 35-42).

112. La normativa canónica no podría establecer la existencia de bienes absolutamente inenajenables, o inembargables, o inejecutables, sustrayéndolos de manera total del comercio.

113. VILLAR PÉREZ, Andrés, “Naturaleza de la licencia canónica de enajenación y su eficacia civil”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, v. 53, N° 141, 1996, pp. 515-551. [N. del E.: ver [aquí](#); última consulta: 7/11/2018].

114. RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, ob. cit. (cfr. nota 104), p. 32.

derecho extranjero, incluyendo a los supuestos de primero, segundo o ulterior grado.<sup>115</sup> En el caso de la remisión, estamos ante un supuesto de reenvío de primer grado, donde las normas de derecho internacional privado (el art. 147 CCCN, las disposiciones de la Ley 24483 y las normas reglamentarias) directamente remiten a todo el ordenamiento jurídico canónico (CIC, CCEO, leyes particulares y derecho propio de IVC y SVA). Por su parte, entendemos que existe reenvío de segundo grado en el caso del canon 1290 CIC cuando la norma canónica remite a la legislación particular de cada país en lo relativo a las disposiciones locales que regulan los contratos.

#### 4.2. La situación en la República Argentina de acuerdo con las normas vigentes

Entonces resulta necesario que resolvamos el método que debemos utilizar para solucionar los problemas que se presentan en las situaciones en las cuales una misma relación jurídica es objeto de regulación por el derecho canónico y el derecho estatal. A tales efectos, ¿acudiremos al reenvío? ¿O la solución la encontramos en lo que los *iuspublicistas* eclesiásticos españoles denominan “supuestos de remisión material o de remisión formal”? ¿O la ley canónica es solo el presupuesto de la legislación civil?

Boggiano<sup>116</sup> parte del contexto especial en el que se encuentra la Iglesia Católica al ser objeto de especial reconocimiento en el texto constitucional<sup>117</sup> y por el hecho de ser la Santa Sede un sujeto de derecho internacional público, con potestad para dictar normas regulatorias de las personas sujetas a ellas (legislación canónica, sentencias que dicta la Rota Romana y potestad de ejecutar penas en las cuestiones en las que ejerce su jurisdicción). Este autor entiende que las citadas facultades resultan reconocidas en el artículo I del *Acuerdo de 1966*, que, como tratado, posee un rango superior a la ley.<sup>118</sup> Esta situación implica una relación de referencia o remisión al derecho canónico y el reconocimiento de la actividad jurisdiccional o legisferante de la Iglesia en los ámbitos de su competencia, que el Estado argentino debe reconocer. Asimismo, aclara que este reconocimiento no significa que todas las normas del derecho canónico, como derecho referido, tengan jerarquía superior a las leyes argentinas puesto que, a su juicio, la norma de referencia contiene una reserva de orden público que puede funcionar contra ciertas normas del derecho canónico<sup>119</sup> y entiende que el “reconocimiento de facultades en materias reservadas al derecho canónico no son materias no justiciables”.<sup>120</sup>

115. El reenvío se divide en grados, que pueden ser: a) de primer grado; también llamado reenvío simple, cuando la regla de conflicto del tribunal juzgador considera competente la regla de conflicto extranjera, que a su vez señala como competente la regla de conflicto del propio tribunal juzgador; b) de segundo grado o reenvío ulterior, aquí la norma de conflicto del segundo país remite no a la ley del juez que conoce del asunto sino a la ley de un tercer país. Sin embargo, algunos autores consideran que existen hasta tercer o cuarto grado según se dé el reenvío.

116. Ver BOGGIANO, Antonio, obs. cits. (cfr. nota 100 a-b), entre otras.

117. *Constitución Nacional*, art. 2.

118. *Constitución Nacional*, art. 75 inc. 22.

119. En el caso particular, Boggiano menciona el art. 230 del Código Velezano, que niega la indisolubilidad del matrimonio canónico (ver BOGGIANO, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 100-a]).

120. Como pauta interpretativa advierte “si, por ejemplo, una sanción canónica se aplicara sin respeto por los derechos fundamentales de defensa y arbitrariamente, tal sanción sería judicialmente revisable ante los jueces estatales, pues no hay en el estado argentino espacios liberados de no derecho” (cf. artículo citado en nota 100-a).

Por último, con fundamento en la sentencia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación oportunamente hiciera en autos “Lastra, Juan” (1991),<sup>121</sup> Boggiano sostiene la tesis que el reconocimiento del libre y pleno ejercicio de la jurisdicción de la Iglesia, en el ámbito de su competencia, conlleva la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico y califica a la situación que se plantea entre los ordenamientos estatal y canónico, surgida a tenor de lo establecido en el artículo I del *Acuerdo de 1966*, como un supuesto de reenvío.<sup>122</sup> Desde nuestro punto de vista, si pretendemos hallar la solución en el Acuerdo de 1966, nos encontramos con un texto que no da una expresa solución al tema, sino que la misma resulta, fundamentalmente, de la interpretación que de él ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la citada sentencia.<sup>123</sup> También podemos citar debates doctrinarios originados con relación a esta causa. Pero no mucho más.

Por su parte, el CCCN, en sus artículos 146 y 147, solo dispone que la Iglesia Católica, por ser una persona jurídica de carácter público, se rige en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución. Y por último, la Ley 24483, aunque anterior al Código específicamente aplicable a la materia, establece que los IVC y SVA inscriptos en el registro que dispone el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto tendrán la más completa autonomía en cuanto al gobierno interno, de conforme con las normas del derecho canónico, a las que se reconoce validez en la esfera civil, de acuerdo a lo que establece, entre sus fundamentos, el Decreto Reglamentario 491/1995.<sup>124</sup>

Por esto, siguiendo los criterios aportados por los estudiosos del derecho eclesiástico español y en virtud de la normativa antes citada, podemos distinguir:

4.2.1. Un primer nivel, en el cual, siguiendo la tradición de los artículos 33 y 2345 del *CCIV* así como la nota del artículo 41, encontramos a la Iglesia Universal, la Santa Sede, la Conferencia Episcopal Argentina,<sup>125</sup> las iglesias particulares,<sup>126</sup> las parroquias y todas las demás circunscripciones territoriales o personales que forman parte de la estructura organizativa o jerárquica de la Iglesia.<sup>127</sup> Estas gozan de personalidad jurídica en tanto la tienen canónicamente y es notificada por la autoridad eclesiástica a la autoridad civil.<sup>128</sup> La personalidad jurídica de estas entidades depende de la configuración jurídica

121. CSJN, 22/10/1991, “Lastra, Juan c/ Obispado de Venado Tuerto” (*Fallos*, t. 314, p. 1324; *El Derecho*, t. 145, p. 493; *Doctrina Judicial*, 1992-1, p. 162; *Jurisprudencia Argentina*, t. 1991-IV, p. 340, cita online AR/JUR/829/1991 [N. del E.: ver [aquí](#); última consulta: 7/11/2018]).

122. BOGGIANO, Antonio, ob. cit. (cfr. nota 100-a).

123. *Ibidem*.

124. Ver fundamentos del Decreto.

125. Decretos 230/1973 y 1475/1988.

126. Diócesis y equiparadas a tenor del c. 368 *CIC*.

127. Recordemos que la constitución jerárquica de la Iglesia se basa en los sacramentos del bautismo y del orden sagrado.

128. A modo de ejemplo, podemos citar el art. II del *Acuerdo de 1966*: “La Santa Sede podrá erigir nuevas circunscripciones eclesiásticas, así como los límites de las existentes o suprimirlas, si lo considerare necesario o útil para la asistencia de los fieles y el desarrollo de su organización. Antes de proceder a la erección de una Diócesis o de una Prelatura o de otros cambios de circunscripciones diocesanas, la Santa Sede comunicará confidencialmente al

que tengan en el ordenamiento canónico, por lo que se deduce que la extensión de la capacidad civil que se les atribuya en la realización de actos y negocios jurídicos, así como su capacidad para transmitir los bienes de su propiedad y realizar los negocios jurídicos necesarios, se encuentra subordinada a la normativa canónica sobre organización, competencia y capacidad jurídica de tales entidades. En definitiva, estamos ante un supuesto de entidades cuya regulación proviene del derecho canónico, orden normativo reconocido por un acuerdo internacional que a su vez proyecta sus consecuencias en el derecho interno del Estado argentino. A esto podemos sumar la expresa remisión formal efectuada por la legislación argentina a la legislación canónica, conforme el significado que anteriormente diéramos del instituto de la remisión.

4.2.2. Más complejo resulta el segundo supuesto, según el cual los IVC y SVA, si bien adquieren personalidad jurídica en el seno de la Iglesia, para recibir el reconocimiento como personas jurídicas en el ámbito civil, y el respeto de su naturaleza jurídica eclesial, requerían un acto del legislador a tenor de la Constitución Nacional de 1853. Esta situación fue solucionada por la Ley 24483. Pero si bien la norma hace referencia a la personalidad jurídica “pública” de estas entidades, no resuelve si las considera incluidas en la estructura constitucional de la Iglesia, tema que sí ha sido objeto de recientes pronunciamientos pontificios, contemporáneos o posteriores a la sanción de esta ley y que, a nuestro juicio, proyecta consecuencias jurídicas en el análisis de la cuestión.<sup>129</sup>

La Ley 24483 estipula que la inscripción de tales entes en el registro dependiente de la Secretaría de Culto de la Nación es al solo efecto del “reconocimiento”,<sup>130</sup> es decir, que el Estado no realiza un acto de carácter constitutivo de la personalidad civil sino que solo se limita a registrar la existencia de una persona jurídica que ha nacido en el ámbito eclesial, situación análoga a lo que acontece con la erección de las diócesis, parroquias, seminarios, etc.

---

Gobierno sus intenciones y proyectos a fin de conocer si éste tiene observaciones legítimas, exceptuando el caso de mínimas rectificaciones territoriales requeridas por el bien de las almas. **La Santa Sede hará conocer oficialmente en su oportunidad al Gobierno las nuevas erecciones, modificaciones o supresiones efectuadas, a fin de que éste proceda a su reconocimiento por lo que se refiere a los actos administrativos.** Serán también notificados al Gobierno las modificaciones de los límites de las Diócesis existentes” (el resaltado es nuestro).

129. Algunos autores entienden que las órdenes y congregaciones preconstitucionales son personas jurídicas de carácter público, mientras que las que han recibido reconocimiento estatal a tenor de la Ley 24483, por imperio del art. 148 inc. i CCCN, son personas jurídicas de carácter privado (ver MONTILLA ZAVALÍA, Félix A., “La subjetividad de la Iglesia Católica en el derecho argentino conforme al Código Civil y Comercial. Breves consideraciones respecto de los arts. 146 y 148”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 259, p. 859). Disentimos de esta posición no solo por lo que ya expusimos en cuanto a que las formas de vida consagrada forman parte de la estructura constitucional de la Iglesia de acuerdo con el magisterio pontificio de Juan Pablo II y de Francisco, sino porque nos parece una contradicción que un IVC, por el hecho de haber ingresado al país antes de la sanción de la Constitución Nacional, resulte una persona jurídica pública en tanto que otro, de igual naturaleza jurídica, por el solo hecho de ser posterior a la sanción del texto constitucional, resulte una persona jurídica privada.

130. Ley 24483, art. 1: “A los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica que gocen de personalidad jurídica pública en la Iglesia Católica, admitidos por la autoridad eclesiástica competente conforme al artículo V del Acuerdo entre la República Argentina y la Santa Sede aprobado por la Ley 17032, **les será reconocida la personalidad jurídica civil** por su sola inscripción en un registro que se llevará en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. El mismo régimen se aplicará a las distintas provincias o casas que gocen de personalidad jurídica autónoma, conforme a sus reglas, constituciones o estatutos y lo pidan expresamente” (el resaltado es nuestro).

4.2.3. En relación con el orden jurídico aplicable, entendemos que la remisión que la Ley 24483 hace a la legislación canónica implica el reconocimiento de

... un estatuto personal autónomo de dichas entidades que solamente tendría como límite el orden público y el fraude a la ley a tenor del [...] Código Civil y su colocación jerárquica sería el puesto inmediatamente inferior a los Acuerdos de la Santa Sede...<sup>131</sup>

Es decir, en tanto no se lesione el orden público o haya fraude a la ley, la norma civil deberá adaptarse a las disposiciones de las normas canónicas.<sup>132</sup>

Por ello, debemos concluir que a tenor de las reglas que rigen el derecho internacional privado, la capacidad en general de los IVC y SVA y la específicamente necesaria para disponer de sus bienes, así como las normas que regulan la legitimación de sus representantes legales, están sujetas a la normativa canónica. En primer lugar porque, como ya dijéramos, existe un concordato que reconoce la potestad de jurisdicción de la Iglesia en el ámbito de su competencia. En segundo lugar, porque el CCCN y la Ley 24483 remiten expresamente a la legislación canónica. De este modo, será esta última la que determine los requisitos de capacidad y legitimación para que un IVC o SVA pueda enajenar válidamente un bien inmueble de su propiedad. Asimismo, la norma canónica será la encargada de determinar qué bienes deben recibir el tratamiento de “eclesiásticos”, los rasgos peculiares que pueden presentar,<sup>133</sup> así como los requisitos para que tal enajenación sea factible. Al Estado, por su parte, solo le corresponderá regular la forma de celebración del contrato, la determinación de qué constituye un inmueble como cosa objeto del contrato, tanto en su aspecto catastral como registral, el régimen de los derechos reales regulatorio de tales transferencias, y los requisitos tipificantes del contrato mediante el cual se lleven a cabo tales transmisiones.

## 5. La enajenación de inmuebles por parte de IVC y SVA

### 5.1. Normativa canónica aplicable

#### 5.1.1. Conceptos introductorios

Los bienes temporales de los IVC y SVA, aunque son bienes eclesiásticos y se adquieren para los fines que específicamente tienen en la Iglesia, por pertenecer a personas jurídicas públicas con una particular identidad dentro de ella, deben administrarse conforme a esa identidad y al derecho propio.<sup>134</sup> Por esto, antes de analizar el régimen que específica-

131. LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, “Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de las entidades eclesiásticas católicas”, AA.VV, *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1983, p. 384.

132. Más aún cuando los arts. 6 y 11 del Decreto 491/1995 establecen que, para la oponibilidad a terceros, los IVC y SVA que pretendan el reconocimiento estatal de su personería deben presentar copia de sus constituciones vigentes o derecho particular, así como de sus modificaciones para que dicho derecho particular sea oponible a terceros.

133. P. ej., su inclusión dentro de las categorías de bienes sagrados o preciosos, ex votos, diversos tipos de lugares sagrados, etc., que surgen del CIC y del CCEO.

134. Garceran Ramos concluye, respecto de los bienes de los institutos religiosos, que “aunque a esta clase de bienes se aplica la normativa general establecida en el Libro V del CIC 83, *De los Bienes Temporales de la Iglesia*,

mente prevé el CIC para las enajenaciones de bienes por parte de IVC o SVA, resulta necesario efectuar algunas precisiones terminológicas de acuerdo con la normativa canónica.

En primer lugar, debemos recordar que la Iglesia, sin perjuicio de sus manifestaciones magisteriales,<sup>135</sup> reitera que por derecho nativo e independiente de toda potestad civil puede adquirir, retener, administrar y enajenar bienes temporales para alcanzar sus propios fines,<sup>136</sup> puesto que tales bienes le permiten cumplir su misión y sus fines de sostener el culto divino, sustentar honestamente al clero y demás ministros y hacer las obras de apostolado sagrado y de caridad.<sup>137</sup> Este derecho lo tiene independientemente de que la autoridad civil lo reconozca o lo deniegue aunque debemos admitir que, en este segundo caso, le será muy difícil su ejercicio.<sup>138</sup>

En segundo lugar, solo son bienes “eclesiásticos” aquellos que pertenecen a personas jurídicas “públicas” que actúan como tales por expresa disposición de la Iglesia.<sup>139</sup> Respecto de tales bienes, existe una situación compleja: su dominio corresponde a la persona jurídica que los ha adquirido legítimamente, pero bajo la autoridad suprema del Romano Pontífice. Así, el dominio que detenta su legítimo titular no es total ni absoluto sino que está limitado por el cumplimiento de los fines anteriormente señalados y, por su sometimiento, al control de la autoridad suprema de la Iglesia.<sup>140</sup>

---

también se les aplican, de manera específica, los cánones del CIC 83, Libro II: *Pueblo de Dios*, Parte III: *De los Institutos de Vida Consagrada y de las Sociedades de Vida Apostólica*, Sección I, *De los Institutos de Vida consagrada*, Título II: *De los Institutos Religiosos*, Capítulo II: *Del gobierno de los institutos*, Art. 3: De los bienes temporales y de su administración” (GARCERANTH RAMOS, Ismael A., “Los actos de administración ordinaria y extraordinaria de los bienes temporales de institutos religiosos. Del CIC17 al CIC83” [online], en *Revista Universitas Canónica*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, vol. 33, N° 49, 2016 [última consulta: 7/11/2018]).

135. *Ērdo* expresa que el Concilio Vaticano II confirma la capacidad patrimonial de la Iglesia, aunque conectada con su especial misión y fines (*Ērdo*, Peter, “Chiesa e beni temporali: Principi fondamentali del Magisterio del Concilio Vaticano II”, en Velasio de Paolis [coord.], *I beni temporali della Chiesa*, Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 1999, p. 22).

136. CIC, c. 1254, §1: “Por derecho nativo, e independiente de la potestad civil, la Iglesia Católica puede adquirir, retener, administrar y enajenar bienes temporales para alcanzar sus propios fines”.

137. CIC, c. 1254, §2.

138. PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, I., *Libro V del CIC. Bienes temporales de la Iglesia*, Valencia, Instituto Diocesano de Estudios Canónicos, 2002, p. 46.

139. CIC, c. 116: “§1. Son personas jurídicas públicas las corporaciones y fundaciones constituidas por la autoridad eclesiástica competente, para que, dentro de los límites que se les señalan, cumplan en nombre de la Iglesia, a tenor de las prescripciones del derecho, la misión que se les confía mirando al bien público; las demás personas jurídicas son privadas. §2. Las personas jurídicas públicas adquieren esta personalidad, bien en virtud del mismo derecho, bien por decreto especial de la autoridad competente que se la conceda expresamente; las personas jurídicas privadas obtienen esta personalidad sólo mediante decreto especial de la autoridad competente que se la conceda expresamente”. Así, a modo de ejemplo, y citando a Beneyto Berenguer, podemos hacer la siguiente enunciación ejemplificativa de personas jurídicas públicas eclesiásticas: “son personas jurídicas eclesiásticas públicas *ipso iure*, siguiendo a Giuseppe Dalla Torre, las iglesias particulares (c. 373), las provincias eclesiásticas (c. 432.2), las conferencias episcopales (c. 449.2), las parroquias (c. 515.3), los seminarios (c. 238.1), los institutos religiosos, sus provincias y casas (c. 634.2) Entre las personas jurídicas eclesiásticas públicas que pueden adquirir personalidad jurídica pública por decreto especial de la autoridad eclesiástica competente se encuentran las regiones eclesiásticas (c. 433.2), las conferencias de superiores mayores (c. 709), la universidad católica (c.807), y las universidades y facultades eclesiásticas (cc. 815-816), las asociaciones públicas de fieles (c. 301.3), las fundaciones pías autónomas (c. 1303.1). **Todos los bienes pertenecientes a esas personas jurídicas eclesiásticas públicas constituyen patrimonio eclesiástico. Son bienes eclesiásticos**” (BENEYTO BERENGUER, Remigio, ob. cit. [cfr. nota 5], pp. 23 y 24; el resaltado es nuestro).

140. CIC, c. 1273: “En virtud de su primado de régimen, el Romano Pontífice es el administrador y distribuidor supremo de todos los bienes eclesiásticos”. Esto significa que su potestad no es dominical, como si el Pontífice

En tercer lugar, dado que hemos circunscripto el objeto de nuestra investigación a los requisitos que deben cumplirse para que los IVC y SVA enajenen válidamente bienes de su propiedad, debemos puntualizar a qué nos referimos cuando hablamos de “enajenación”. En el derecho canónico, la enajenación tiene un sentido más amplio que en el derecho civil, entendiéndose por tal no solo al acto por el cual se transfiere la propiedad de un bien a un tercero sino que comprende todos aquellos negocios jurídicos u operaciones de los que pueda resultar perjudicada la situación patrimonial de la persona jurídica.<sup>141</sup>

### 5.1.2. Normas provenientes del CIC

Como ya señaláramos, las órdenes y congregaciones religiosas tuvieron desde antiguo una vida relativamente autónoma cristalizada en un derecho, propio que les permitió preservar esa identidad. Así, el canon 586 CIC, siguiendo esta tradición, les ha reconocido la potestad de disponer de su propia disciplina dentro de la Iglesia, también en materia de bienes temporales. Sin embargo, el ordenamiento canónico prevé ciertas medidas de control para garantizar que los IVC y SVA no sobrepasen la esfera de autonomía que les ha sido asignada. Por ello, sus constituciones o estatutos deben ser previamente aprobados por la autoridad competente de la Iglesia (Santa Sede u Obispo diocesano, según se trate de un Instituto de Derecho pontificio o de Derecho diocesano) y otros actos que se produzcan luego de su aprobación estarán sometidos al control de la autoridad eclesiástica a tenor del derecho.

En lo tocante a la enajenación de bienes, los IVC y SVA deben actuar respetando su derecho propio, conforme lo establecen los cánones 638, 718 y 741 para los institutos religiosos, institutos seculares y SVA, respectivamente. Pero, también, debe aplicarse de manera supletoria la regulación contenida en los cánones 1290-1295, transcritos a continuación:

— Canon 638: §1. Dentro de los límites del derecho universal corresponde al derecho propio determinar cuáles son los actos que sobrepasan la finalidad y el modo de la administración ordinaria, así como también establecer los requisitos necesarios para realizar válidamente un acto de administración extraordinaria. §2. Además de los superiores, los encargados para esta función por el derecho propio realizan válidamente gastos y actos jurídicos de administración ordinaria, dentro de los límites de su cargo. §3. Para la validez de una enajenación o de cualquier operación en la cual pueda sufrir perjuicio

---

fuera el dueño de los bienes eclesiásticos; es una manifestación de su potestad de régimen: por un lado, no anula la propiedad privada eclesiástica; por el otro, actúa para que los bienes cumplan con el fin sobrenatural que es propio de la Iglesia, vigilando, interviniendo y supliendo la actuación de sus propietarios, dado que dicho dominio no es del todo independiente en su administración de la potestad pontificia (ver AZNAR GIL, Federico, *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Salamanca, BAC, 1984, pp. 68-70).

141. Giménez Fernández, resaltando esa mayor amplitud del concepto canónico de la enajenación, señaló que este concepto engloba diversos actos jurídicos: “a) El acto jurídico que hace salir una cosa del matrimonio eclesiástico (venta, donación, cesión en pago). b) El que transmite un derecho real sobre un inmueble eclesiástico (servidumbre, uso, habitación). c) El que crea un derecho real, aún pendiente de condición suspensiva para su ejercicio, como los de garantía (prenda, hipoteca). d) El que transfiere el uso establemente si lo es por largo tiempo. e) Cualquier otro que perjudica el patrimonio eclesiástico, creando un derecho sobre él, que disminuye su disfrute por el titular” (GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., *Instituciones jurídicas de la Iglesia Católica*, Madrid, Saeta, 1942, pp. 115-197).

la condición patrimonial de una persona jurídica, se requiere la licencia del superior competente dada por escrito, con el consentimiento de su consejo. Pero si se trata de una operación en la que se supere la suma determinada por la Santa Sede para cada región, o de bienes donados a la Iglesia, a causa de un voto, o de objetos de gran precio por su valor artístico o histórico, se requiere además la licencia de la misma Santa Sede. §4. Los monasterios autónomos, de los que trata el c. 615, y los institutos de derecho diocesano necesitan además obtener el consentimiento del ordinario del lugar, otorgado por escrito.

— Canon 718: La administración de los bienes del instituto, que debe manifestar y fomentar la pobreza evangélica, se rige por las normas del Libro V, *De los bienes temporales de la Iglesia*, así como también por el derecho propio del instituto. De igual modo, el derecho propio ha de determinar las obligaciones, sobre todo económicas, del instituto respecto de aquellos miembros que trabajan para el mismo.

— Canon 741: §1. Las sociedades y, si las constituciones no determinan otra cosa, sus circunscripciones y casas, son personas jurídicas y, en cuanto tales, tienen capacidad de adquirir, poseer, administrar y enajenar bienes temporales, de acuerdo con las prescripciones del Libro V, *De los bienes temporales de la Iglesia*, de los cánones 636, 638 y 639, y también del derecho propio. §2. De acuerdo con la norma del derecho propio, los miembros también son capaces de adquirir, poseer, administrar y disponer de bienes temporales, pero pertenece a la sociedad todo lo que ellos adquieran por su razón.

— Canon 1290: Lo que en cada territorio establece el derecho civil sobre los contratos, tanto en general como en particular, y sobre los pagos, debe observarse con los mismos efectos en virtud del derecho canónico en materias sometidas a la potestad de régimen de la Iglesia, salvo que sea contrario al derecho divino o que el derecho canónico prescriba otra cosa, quedando a salvo el c. 1547.

— Canon 1291: Para enajenar válidamente bienes que por asignación legítima constituyen el patrimonio estable de una persona jurídica pública y cuyo valor supera la cantidad establecida por el derecho, se requiere licencia de la autoridad competente conforme a derecho.

— Canon 1292: §1. Quedando a salvo lo prescrito en el c. 638 §3, cuando el valor de los bienes cuya enajenación se propone, se halla dentro de los límites mínimo y máximo que fije cada Conferencia Episcopal para su respectiva región, la autoridad competente se determina por los propios estatutos, si se trata de personas jurídicas no sujetas al obispo diocesano; pero, si le están sometidas, es competente el obispo diocesano, con el consentimiento del Consejo de Asuntos Económicos y del Colegio de Consultores así como el de los interesados. El obispo diocesano necesita, también, el consentimiento de los mismos para enajenar bienes de la diócesis. §2. Si se trata, en cambio, de bienes cuyo valor es superior a la cantidad máxima, o de exvotos donados a la Iglesia, o de bienes preciosos por razones artísticas o históricas, se requiere para la validez de la enajenación también la licencia de la Santa Sede. §3. Si la cosa que se va a enajenar es divisible, al pedir la licencia para la enajenación deben especificarse las partes anteriormente enaje-

nadas; de lo contrario, es inválida la licencia. §4. Quienes deben intervenir en la enajenación de bienes con su consejo o su consentimiento no han de darlos si antes no se les informó exactamente, tanto de la situación económica de la persona jurídica cuyos bienes se desea enajenar como de las enajenaciones realizadas con anterioridad.

— Canon 1293: §1. Para la enajenación de bienes, cuyo valor excede la cantidad mínima determinada, se requiere además: 1) causa justa, como es una necesidad urgente, una evidente utilidad, la piedad, la caridad u otra razón pastoral grave; 2) tasación de la cosa que se va a enajenar, hecha por peritos y por escrito. §2. Para evitar un daño a la Iglesia, deben observarse, también, aquellas otras cautelas prescritas por la legítima autoridad.

— Canon 1294: §1. Ordinariamente, una cosa no debe enajenarse por un precio menor al indicado en la tasación. §2. El dinero cobrado por la enajenación debe colocarse con cautela en beneficio de la Iglesia o gastarse prudentemente, conforme a los fines de dicha enajenación.

— Canon 1295: Los requisitos establecidos en los cc. 1291-1294, a los que también se han de acomodar los estatutos de las personas jurídicas, deben observarse no solo en las enajenaciones sino, también, en cualquier operación de la que pueda resultar perjudicada la situación patrimonial de la persona jurídica.

El canon 638, aunque sancionado para regular la manera en que han de administrar y enajenar bienes los institutos religiosos, puede ser utilizado también para regular a los Institutos seculares y para las sociedades de vida apostólica, conforme se deduce de los cánones 718 y 742, cuyos textos guardan similar sentido. Por ello, al analizar el tema, haremos referencia únicamente al canon 638 que es el que ha sido objeto de una regulación más detallada. Esta norma dispone cómo ha de proceder el superior en los casos de administración ordinaria y extraordinaria y, recién a continuación, establece reglas relativas a la enajenación de bienes temporales. Análogamente a lo que hace el legislador en los cánones 1290 a 1295, el legislador eclesiástico establece los requisitos mínimos requeridos para que la actuación sea válida y la autoridad competente para intervenir.

Lo que primero debemos observar es que, a diferencia de lo dispuesto por el canon 1277,<sup>142</sup> y en consonancia con lo dispuesto por el canon 1281 §2<sup>143</sup>, el §1 del canon 638 preceptúa que es el propio derecho de cada instituto el que debe determinar, dentro de lo que dispone el derecho universal, cuáles son los actos que sobrepasan la finalidad y el modo de administración “ordinaria” y, en consecuencia, cuáles son los actos que comportan una administración “extraordinaria” y los requisitos necesarios para realizarlos

142. CIC, c. 1277: “Por lo que se refiere a la realización de actos de administración que, atendida la situación económica de la diócesis, sean de mayor importancia, el Obispo diocesano debe oír al consejo de asuntos económicos y al colegio de consultores; pero, aparte de los casos especialmente determinados en el derecho universal o en la escritura de fundación, necesita el consentimiento del mismo consejo así como del colegio de consultores para realizar los actos de administración extraordinaria. Compete a la Conferencia Episcopal determinar qué actos han de ser considerados de administración extraordinaria”.

143. CIC, c. 1281 §2: “Debe determinarse, en los estatutos, qué actos sobrepasan el límite y el modo de la administración ordinaria; y si los estatutos no prescriben nada sobre esta cuestión, compete al Obispo diocesano, oído el consejo de asuntos económicos, determinar cuáles son estos actos para las personas que le están sometidas”.

válidamente. El código sólo establece en el §2 del canon 638, como actos de administración ordinaria, los gastos y actos jurídicos propios de dicho tipo de administración, dentro de los límites señalados por el propio derecho. Pero reiteramos, la determinación de los actos que exceden la administración ordinaria, así como de los requisitos para su validez, no surgirá de una norma de la Conferencia Episcopal dictada a tenor del canon 1277<sup>144</sup> sino de las propias constituciones o estatutos.

Al comentarse este canon, se ha señalado que suelen ser calificados como de administración extraordinaria los siguientes actos:<sup>145</sup>

- compra y venta de bienes inmuebles;
- aceptación o reconocimiento de herencias, donaciones, etc., que lleven anejas condiciones;
- venta, permuta, hipoteca, aceptación de una servidumbre, constitución de usufructo o uso de un inmueble, arrendamiento de un inmueble por un período mayor al determinado por la Conferencia Episcopal del país donde se sitúa tal inmueble;
- adquisición de deudas por la contratación de préstamos;
- edificación, demolición, reconstrucción de inmuebles o reparaciones extraordinarias efectuadas en los mismos;
- establecimiento de un cementerio;
- interposición de acciones judiciales.

En segundo lugar y ya en el tema que nos atañe, que es el de la enajenación, de la interpretación armónica del canon 638 con los cánones 1291-1295, se extraerán los siguientes requisitos:

a) *Requisitos para la licitud:*

— *Justa causa:* como puede ser una necesidad urgente, una evidente utilidad, una razón pastoral grave;

— *Tasación de la cosa:* hecha por, al menos, dos peritos y por escrito;

— *Precio:* que el precio de la enajenación no sea inferior al indicado en la tasación y que el resultado de la enajenación, sobre todo si es dinero, sea colocado en beneficio de la Iglesia.

Aun a costa de parecer reiterativos, nos parece importante subrayar que estos requisitos se exigen tanto para las enajenaciones cuyo valor es superior al límite mínimo

144. La Conferencia Episcopal Argentina, con relación a los cáns. 1277 y 1292 §1 del CIC, ha establecido: “a) enajenación o transferencia de dominio por venta o donación; b) transferencia de alguna facultad que corresponda al dominio; c) cesión onerosa o gratuita de derechos reales, como ser, servidumbre, hipoteca, enfiteusis; d) adquisición onerosa de nuevos bienes patrimoniales; e) adquisición onerosa de bienes de producción; f) aceptación de legados onerosos, de prestaciones vitalicias o de depósitos de terceros; g) locación extraordinaria por causa del tiempo o del uso, arrendamiento o aparcería; h) administración de bienes de terceros; i) concesión de rentas vitalicias; j) concesión de fianzas y de mandatos *ad omnia*, k) contratación de préstamos de consumo o de uso; l) transformación y demolición de inmuebles, cuando no sean urgentes o imprescindibles” (decreto aprobado 58ª AP [1989], reconocido el 2/12/1989 y promulgado el 6/3/1990).

145. MORRISEY, F., [comentario al c. 638], en Marzoa, A., Miras, J. y Rodríguez-Ocaña, R. (dirs.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico del Instituto Marín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra*, t. II-2, Pamplona, EUNSA, 3ª ed., p. 1604.

señalado por el canon 638 como para aquellas cuyo valor se encuentra por debajo de la cantidad máxima.

b) *Requisitos para la validez:*

	IVC o SVA de derecho pontificio	IVC o SVA de derecho diocesano	Monasterios <i>sui iuris</i>
Determinación de qué actos son de administración extraordinaria	Derecho propio: constituciones, estatutos o reglamentos aprobados por la autoridad eclesiástica competente	Derecho propio: constituciones, estatutos o reglamentos aprobados por la autoridad eclesiástica competente	Derecho propio: constituciones, estatutos o reglamentos aprobados por la autoridad eclesiástica competente
Enajenación de bienes cuyo valor es inferior a la suma de U\$S 300.000	a) Licencia del superior competente con el consentimiento de su consejo	a) Licencia del superior competente con el consentimiento de su consejo. b) Consentimiento del ordinario del lugar otorgado por escrito	a) Licencia del superior competente con el consentimiento de su consejo. b) Consentimiento del ordinario del lugar otorgado por escrito
Enajenación de bienes: a) cuyo valor excede la suma de U\$S 300.000; b) donados a la Iglesia con ocasión de un voto, o c) de gran valor artístico o histórico	a) Licencia del superior competente con el consentimiento de su consejo. b) Licencia de la Santa Sede	a) Licencia del superior competente con el consentimiento de su consejo. b) Consentimiento del ordinario del lugar otorgado por escrito. c) Licencia de la Santa Sede	a) Licencia del superior competente con el consentimiento de su consejo. b) Consentimiento del ordinario del lugar otorgado por escrito. c) Licencia de la Santa Sede.

La primera aclaración que queremos efectuar es la siguiente: como la legislación canónica reconoce un amplio margen de operatividad al derecho propio, por imperio de esta normativa particular y a tenor del canon 638 §1, además de los requisitos necesarios para realizar válidamente un acto de administración extraordinaria y de lo dispuesto por las normas generales, cada instituto puede establecer otras cantidades mínimas y medias, señalando la necesidad de cumplimentar estos u otros requisitos adicionales. Estas cantidades no tienen por qué coincidir con lo dispuesto por la Conferencia Episcopal para la región. Asimismo, regirá como límite el importe señalado por la Santa Sede a través de la Congregación para los IVC y SVA, cuya praxis habitual es hacerlo coincidir con el de la Conferencia Episcopal de la región. En nuestro país, tal monto es de dólares estadounidenses trescientos mil (U\$S 300.000).<sup>146</sup>

146. El reciente documento pontificio de la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica ya citado así lo dispone al señalar que el dicasterio competente para entender en las autorizaciones que ha de otorgar la Santa Sede tiene como praxis habitual adecuarse para cada región a la cantidad máxima fijada por las Conferencias Episcopales (ver CONGREGACIÓN PARA LOS INSTITUTOS DE VIDA CONSAGRADA Y SOCIEDADES DE VIDA APOSTÓLICA, ob. cit. [cfr. nota 4-b]). En nuestro país, la suma que originariamente servía de límite era

La segunda tiene que ver con el superior competente que debe de intervenir de acuerdo con el derecho propio. De conformidad con el canon 620 y siguientes,<sup>147</sup> son superiores mayores las siguientes personas: a) el supremo moderador general de un Instituto; b) los que son designados superiores provinciales; c) los superiores locales de una casa *sui iuris*, incluidas las abadesas y superiores de monasterios de monjas; d) sus superiores vicarios; e) y los abades primados y superiores de una congregación monástica, aunque el ámbito de su potestad resulte más limitada que la que establece el derecho universal. En lo atinente a los consejos que prestan su consentimiento al superior, serán los que determinen las propias constituciones (cánones 627 y 638 §1). Si el que actúa es el superior general, se deduce que solicitará la opinión del consejo o capítulo general, mientras que si lo hace el superior provincial o el local, requerirá el parecer del respectivo órgano provincial o local.<sup>148</sup> Por ejemplo, si un IVC o SVA necesita enajenar un inmueble, lo primero que el notario debe analizar son los estatutos o constituciones, porque allí constatará cuál es el representante legal que está facultado para actuar como órgano de la institución y suscribir la escritura de venta, quién es el Superior competente para otorgar la licencia para la enajenación y qué consejo debe darle su consentimiento al superior para poder conceder dicha licencia, que establecerá cómo ha de actuar.

Como señala Andrés,<sup>149</sup> la licencia del superior competente es un permiso que debe reunir tres requisitos para la validez del acto de enajenación: a) sin esa licencia el acto es inválido, b) la licencia debe darse por escrito, c) el superior que la concede debe tener competencia para el otorgamiento de esa licencia. También es requisito de validez el consentimiento del Consejo, puesto que ayuda al superior desempeñando las mismas funciones que le vendrían asignadas al consejo de asuntos económicos exigidos para toda persona jurídica pública, a tenor del canon 1280. En relación con estos consejos, para que su actuación no resulte inválida y proyecte sus consecuencias sobre la licencia que debía darse a tenor de su actuación, resulta imperioso recordar los requisitos de quórum y mayorías establecidos en el derecho propio del IVC o SVA y en el canon 127.<sup>150</sup>

---

la de U\$S 200.000, que contiene la *suma pecuniae per tabellam diversarum regionum ordinata, ultra quam requiritur beneplacitum apostolicum ad bona ecclesiastica religiosa alienda, aliosque contractus onerosos extraordinariae administrationis pergendos* (ver ОЧОА, X., *Leges Ecclesiae post Codicem Iuris Canonici Editae*, t. 6 [“Leges Annis 1979-1985”], Roma, Edurcla, 1987, p. 9045). Tal suma también es reseñada por AZNAR GIL, F., ob.cit. (cfr. nota 139), p. 352; aunque por el importe de U\$S 300.000. En reciente consulta efectuada por quienes suscriben a la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica, con la colaboración de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Argentina, hemos podido confirmar que la suma de U\$S 300.000 se mantiene como importe señalado por la Santa Sede para nuestro país.

147. CIC, c. 620: “Son Superiores mayores aquellos que gobiernan todo el instituto, una provincia de éste u otra parte equiparada a la misma, o una casa autónoma, así como sus vicarios. A éstos se añaden el Abad Primado y el Superior de una congregación monástica, los cuales, sin embargo, no tienen toda la potestad que el derecho universal atribuye a los Superiores mayores”. C. 621: “Se llama provincia al conjunto de varias casas erigido canónicamente por la autoridad legítima que forma parte inmediata de un instituto, bajo un mismo Superior”. C. 622: “El Superior general tiene potestad, que ha de ejercer según el derecho propio, sobre todas las provincias, casas y miembros del instituto; los demás Superiores la tienen dentro de los límites de su cargo”.

148. CONGREGACIÓN PARA LOS INSTITUTOS DE VIDA CONSAGRADA Y SOCIEDADES DE VIDA APOSTÓLICA, ob. cit. (cfr. nota 4-b), pp. 92-94.

149. ANDRÉS, D. J., *El derecho de los religiosos según el Código*, Madrid, Marcial, 1985, pp. 213-217.

150. El c. 127 es de importancia capital en cuestiones donde deben intervenir órganos colegiados. Su texto dispone: “§1. Cuando el derecho establece que, para realizar ciertos actos, el Superior necesita el consentimiento o consejo de algún colegio o grupo de personas, el colegio o grupo debe convocarse a tenor del c. 166, a no ser que, tratán-

Con respecto a los bienes divisibles, como podría acontecer con un predio que fuera objeto de subdivisión parcelaria o que fuera subdividido de manera horizontal, resulta aplicable el §3 del canon 1292, es decir que, si todavía no se ha hecho ninguna subdivisión, se deberá pedir la licencia por el valor total del inmueble, aun cuando la subdivisión provoque un aumento del mismo. Tal solución se deduce, *a contrario sensu*, del propio texto del canon, puesto que si la enajenación se hubiera efectuado sobre alguna de las partes que hubieran resultado de la división y no se hubiera hecho constar esta obrepción o subrepción de información, la licencia resultaría inválida. De esta manera, la norma busca evitar que un bien de valor elevado pueda ser enajenado por partes para eludir los controles establecidos.<sup>151</sup> A su vez, cuando el §4 menciona que se necesita el consentimiento escrito del Ordinario de lugar, no solo está haciendo referencia a los obispos diocesanos o sus equiparados (prelado territorial, abad territorial, prefecto apostólico, vicario apostólico) sino, también, a sus vicarios generales y episcopales.<sup>152</sup>

Por último, no queremos culminar este punto sin hacer al menos una mención al canon 1269. Esta norma dispone que “Las cosas sagradas [...] si pertenecen, en cambio, a una persona jurídica eclesiástica pública, sólo puede adquirirlas otra persona jurídica eclesiástica pública”.<sup>153</sup> Dicha norma debe ser interpretada a tenor del [texto oficial de promulgación del CIC](#), que es el latín, puesto que contiene la palabra “si”. De acuerdo con lo establecido por el canon 39, “*condiciones in actu administrativo tunc tantum ad validitatem censentur adiectae cum per partículas si, nisi, dum modo exprimuntur*”; es decir que, de la redacción del canon, por tener este vocablo, se deduce que la enajenación hecha en contradicción a sus disposiciones es inválida.<sup>154</sup>

---

dose tan sólo de pedir el consejo, dispongan otra cosa el derecho particular o propio; **para la validez de los actos, se requiere obtener el consentimiento de la mayoría absoluta de los presentes, o bien pedir el consejo de todos.** §2. Cuando el derecho establece que, para realizar ciertos actos, el Superior necesita el consentimiento o consejo de algunas personas individuales: 1) si se exige el consentimiento, **es inválido** el acto del Superior en caso de que no pida el consentimiento de esas personas, o actúe contra el parecer de las mismas o de alguna de ellas; 2) si se exige el consejo, **es inválido** el acto del Superior en caso de que no escuche a esas personas: el Superior, aunque no tenga ninguna obligación de seguir ese parecer, aun unánime, no debe sin embargo apartarse del dictamen, sobre todo si es concorde, sin una razón que, a su juicio, sea más poderosa. §3. Todos aquellos cuyo consentimiento o consejo se requiere están obligados a manifestar sinceramente su opinión, y también, si lo pide la gravedad de la materia, a guardar cuidadosamente secreto, obligación que el Superior puede urgir” (el resaltado es nuestro).

151. MANTECON, Joaquín, [comentario al c. 1292], en Marzoa, A., Miras, J. y Rodríguez-Ocaña, R. (dirs.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico del Instituto Marín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra*, t. IV-1, Pamplona, EUNSA, 3ª ed., p. 159.

152. A tenor del c. 475 y ss., se regula la función de los vicarios, es decir, de aquellos clérigos que auxilian al obispo en el gobierno de los asuntos diocesanos y que son designados y nombrados libremente por él. La diferencia entre los vicarios generales y episcopales radica en que los primeros tienen potestades generales, en tanto los segundos ejercen su potestad en un ámbito específicamente delimitado. Ambos tienen en común que no actúan en nombre propio sino en nombre y por la potestad propia del obispo diocesano, no como algo propio de la persona que lo desempeña, sino como una potestad que se tiene recibida mediante la desconcentración de funciones.

153. El texto en latín establece: “*Si vero ad personam iuridicam ecclesiasticam publican pertinent, tanto ab alia persona iuridica ecclesiastica publica adquiri possunt*” (el resaltado es nuestro).

154. Rodríguez Blanco advierte que “para el derecho canónico, tanto bajo la vigencia del Código anterior como en el régimen actual, las cosas sagradas son susceptibles de negocios jurídicos, siempre que se cumplan determinadas formalidades, destinadas, principalmente, a garantizar el destino cultural [...]. Centrándonos en el aspecto que aquí interesa resaltar, debe decirse en caso de ausencia de la preceptiva licencia canónica, el acto jurídico enajenatorio será radicalmente nulo. Ineficacia del negocio jurídico que se traslada al plano civil o estatal, al regirse los entes eclesiásticos por sus propias normas en orden a su capacidad de obrar” (RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, ob. cit. [cfr. nota 104], pp. 231 y ss.).

Debemos recordar que, en general, los antiguos edificios de propiedad de IVC o SVA tienen dentro un espacio destinado a la oración o a la celebración del culto divino.<sup>155</sup> Sin perjuicio de ello y teniendo en consideración que el carácter sagrado de un lugar debe ser objeto de un estudio más pormenorizado,<sup>156</sup> por las consecuencias jurídicas que acarrea esta condición,<sup>157</sup> recomendamos que la cuestión sea analizada tomando en consideración no solo los cánones 1269 y 39 sino también la Parte III del Libro IV del CIC, que regula los lugares y tiempos sagrados, específicamente el Título I, destinado a codificar el régimen de los lugares sagrados, que solo pierden tal carácter en caso de destrucción o de reducción al uso profano por decisión de la autoridad eclesiástica o de hecho.<sup>158</sup>

## 5.2. Normativa estatal aplicable

### 5.2.1. La Ley 24483

Como ya hemos visto, la sola inscripción de los IVC y SVA en el [Registro de Institutos de Vida Consagrada](#), dependiente de la Secretaría de Culto del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto,<sup>159</sup> trae aparejado el reconocimiento de su personalidad jurídica en el ámbito civil,<sup>160</sup> así como su carácter de entidades de bien público. De esta manera, con la inscripción, estas entidades no solo quedan equiparadas a las órdenes preconstitucio-

155. Aunque suelen ser identificadas en el lenguaje coloquial como la iglesia o capilla del convento, o la capilla del colegio, etc., en realidad nos estamos refiriendo a “oratorios”, es decir, a lugares que, según establece el c. 1223, están destinados al culto divino en beneficio de una comunidad y cuya dedicación, como lugar sagrado, proviene de la licencia del Ordinario competente.

156. Tirapu advierte que “son cosas sagradas aquellas cosas muebles o inmuebles que con la consagración o la bendición han sido destinadas al culto divino (c. 1171). No se trata de un tipo especial de bienes eclesiásticos [...] aunque están sujetos a un carácter especial por su carácter de sagrados. Señala Aznar Gil que la «la consagración o bendición imprimen a la cosa en sí misma un carácter espiritual y la colocan en una condición jurídica particular, distinguiéndola de las cosas profanas y apartándolas de usos profanos o impropios [...] Las cosas sagradas por su misma significación deben ser tratadas con reverencia y no deben emplearse para un uso profano o impropio independiente de su titular jurídico (cc. 1171, 1260)»” (TIRAPU, Daniel, [comentario al c. 1269], en Marzoa, A., Miras, J. y Rodríguez-Ocaña, R. [dirs.], *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico del Instituto Marín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra*, t. IV-1, Pamplona, EUNSA, 3ª ed., pp. 94 y 95).

157. Rodríguez Blanco señala que “el destino cultural de un bien [...] condiciona las facultades del propietario, que si bien puede enajenar el inmueble, quizá no pueda sustraerlo a su utilización religiosa; limitación que se puede extender, en su caso, al adquirente. El propietario ocupa aquí una posición parecida a la del titular de un bien gravado con una hipoteca o sobre la que un tercero tiene derecho de usufructo. No se cuestiona la titularidad ni la comercialidad del bien, pero éste se encuentra sujeto a determinadas obligaciones” (RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, ob. cit. [cfr. nota 104], pp. 232-233).

158. CIC, c. 1212.

159. Es el organismo competente como autoridad de aplicación del régimen previsto por la Ley 24483 (en adelante, “el Registro”).

160. *Ley 24483*, art. 1: “A los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica que gocen de personalidad jurídica pública en la Iglesia Católica, admitidos por la autoridad eclesiástica competente conforme al artículo V del Acuerdo entre la República Argentina y la Santa Sede aprobado por la Ley 17032, les será reconocida la personalidad jurídica civil por su sola inscripción en un registro que se llevará en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.- El mismo régimen se aplicará a las distintas provincias o casas que gocen de personalidad jurídica autónoma, conforme a sus reglas, constituciones o estatutos y lo pidan expresamente”.

nales, sino que aquellas que hubieran funcionado bajo otras formas jurídicas conservan todas las exenciones y beneficios de que gozaban con anterioridad.<sup>161</sup>

En cuanto al régimen interno, existe una remisión expresa al derecho canónico. Según el artículo 2° de la ley, su gobierno interno se llevará a cabo de acuerdo con el derecho canónico (universal y propio), siendo la inscripción de futuros cambios de sus constituciones, estatutos y autoridades, un requisito necesario solo para su oponibilidad a terceros.

Por último, la ley también ha previsto la posibilidad de que las entidades que hubieran funcionado bajo otra estructura jurídica diversa a la de los IVC y SVA, puedan transmitir los bienes a nombre del ente registrado bajo esta modalidad jurídico-canónica.<sup>162</sup>

### 5.2.2. El Decreto Reglamentario 491/1995

Este decreto, además de establecer cuál ha de ser la autoridad de aplicación competente para el registro de los IVC y SVA, también efectuó aclaraciones terminológicas extraídas de la legislación canónica.<sup>163</sup> De su texto, podemos extraer los requisitos para que el Registro pueda proceder a la inscripción de tales instituciones.<sup>164</sup>

Esta inscripción es sumamente relevante porque no solo permite acreditar la existencia del IVC o SVA en el ámbito eclesial sino que, culminado el proceso de inscripción mediante el dictado de la pertinente resolución administrativa, el IVC o SVA podrá actuar a través de sus representantes en el ámbito civil. Esta resolución no solo se extiende por escrito sino que su existencia puede ser corroborada a través de internet

161. Ley 24483, art. 4: "Los sujetos mencionados en el artículo 1, una vez inscriptos, serán a todos los efectos considerados entidades de bien público y equiparados a las órdenes religiosas existentes en el país antes de la sanción de la Constitución Nacional. Conservarán todas las exenciones y beneficios de que gozaban las asociaciones o personas jurídicas preexistentes, a las que se refiere el artículo anterior".

162. Ley 24483, art. 3: "Los sujetos a que se refiere el artículo 1, que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley gocen de personería jurídica bajo la forma de asociación civil u otra que no corresponda a su propia estructura canónica, y se inscriban en el registro, podrán transferir sus bienes registrables a nombre del Instituto de Vida Consagrada o Sociedad de Vida Apostólica inscrito, con exención de todas las tasas, impuestos y aranceles que graven la transmisión de bienes o su instrumentación y las actuaciones que ella origine, siempre que: a) La asociación o persona jurídica actualmente existente preste su expresa conformidad por medio de sus órganos facultados para disponer de tales bienes; y b) La transmisión se realice dentro del plazo de tres años a partir de la reglamentación de la presente ley. Cuando se haya optado por el procedimiento previsto en este artículo, la persona jurídica que reciba los bienes será solidariamente responsable con la persona transmitente por las deudas de ésta existentes a la fecha de la transmisión".

163. Ver Decreto 491/1995, art. 1.

164. Decreto 491/1995, art. 6: "Son requisitos para la inscripción en el Registro De Institutos De Vida Consagrada: a) Presentar copia del Decreto de erección dado por autoridad eclesiástica competente, de sus constituciones vigentes, y del acto de aprobación de ellas otorgado por la autoridad eclesiástica competente. b) Acreditar el consentimiento de la autoridad eclesiástica competente conforme al art. V del acuerdo aprobado por la Ley N° 17.032, para establecerse en la República Argentina. c) Presentar una memoria donde se detalle la estructura del instituto, su forma de gobierno, autoridad suprema y autoridades locales y competencia de cada una de ellas, procedimientos para la modificación de sus constituciones, fecha de instalación en el país, principales actividades que desarrolla, y casas o fundaciones actuales. d) Acreditar la elección o designación del superior mayor con sede en la REPUBLICA ARGENTINA, y el plazo de su mandato. e) Establecer una sede legal (domicilio) en el país, y constituir domicilio especial para notificaciones en el ámbito de la Capital Federal. f) Si hasta la fecha de presentación hubiese actuado bajo la forma de asociación civil u otra semejante, acompañar copia de los estatutos civiles y del acto de reconocimiento civil de esa persona; y del acto por el que hubiera sido reconocida como entidad de bien público en su caso, así como de toda otra inscripción vigente ante los poderes públicos".

(<http://www.infoleg.gob.ar>), en la sección correspondiente a resoluciones dictadas por la Secretaría de Culto de la Nación.<sup>165</sup>

Cada vez que se solicite la inscripción de un IVC o SVA ante el Registro competente, se labrará un expediente administrativo en el cual no solo quedará copia de toda la documentación presentada sino también el registro de la firma de quien desempeña el oficio de representante legal,<sup>166</sup> situación que permitirá comprobar la identidad del firmante y cotejar “a priori” la similitud gráfica de la signatura.

### 5.2.3. Resolución 448/1996 de la Secretaría de Culto

Esta resolución nos parece sumamente relevante, puesto que en su artículo 3° contempla la posibilidad de que los IVC y SVA presenten una versión sintetizada de sus constituciones, es decir, de su derecho propio. Tal “síntesis” debe contener los siguientes elementos: nombre y finalidad del instituto, estructura y régimen de gobierno, forma de elección de sus autoridades y personas cuya actuación obliga al instituto, normas para la disposición y administración de los bienes temporales, capacidad de sus provincias y/o casas, requisitos para la admisión o salida de sus miembros y destino de los bienes en caso de extinción o disolución.

La documentación que guarda el Registro de Institutos de Vida Consagrada es sumamente importante, puesto que permite a cualquier notario cotejar la verosimilitud de documentación habilitante oportunamente exhibida por el representante legal de un IVC o SVA (constituciones, estatutos, y actas de designación de autoridades). Asimismo, en caso de que las decisiones de los órganos de los IVC o SVA se hayan instrumentado en actas labradas en libros rubricados por el Registro, se podrá verificar la rúbrica expedida por el organismo público competente.

Si bien el artículo 3° de la Resolución 488/1996 es claro en cuanto a que la presentación de la “síntesis” de las constituciones no es obligatoria sino facultativa para los IVC y SVA, debemos advertir que en el tráfico moderno, donde tales entidades deben efectuar gestiones y trámites diversos ante organismos administrativos y fiscales, nacionales o locales<sup>167</sup>, entidades bancarias, etc., cumplir con este recaudo facilita su funcionamiento en el ámbito civil.

También nos parece importante hacer referencia a la dificultad que puede plantear la obligación de exhibir los libros originales en los cuales se haya instrumentado la auto-

165. A modo de ejemplo, citamos la [Resolución SC 317/2017](#) (11/12/2017, BO 29/12/2017), mediante la cual la Secretaría de Culto reconoció como persona jurídica al Instituto Hijas del Santísimo e Inmaculado Corazón de María o Filiación Cordimariana, con sede legal en la calle Tucumán N° 2207 de la ciudad y provincia de Córdoba, el que quedó inscripto bajo el 219/1 del Registro.

166. [Decreto 491/1995](#), art. 13: “El superior mayor o autoridad responsable de cada instituto inscripto, designada según el artículo 6°, deberá registrar su firma en el Registro de Institutos de Vida Consagrada. Podrá también pedir el registro de firma de otras personas autorizadas a representar al instituto ante la autoridad civil. El Registro de Institutos de Vida Consagrada **no dará curso a ninguna presentación de institutos inscriptos que no esté suscripta por alguna de las personas con firma registrada**” (el resaltado es nuestro). Esto es de suma importancia ya que permite tener actualizada la información de quiénes son las autoridades que representan estas personas jurídicas.

167. Pensemos en el caso de IVC y SVA que son titulares de instituciones educativas o sanitarias y que deben presentar documentación ante diversas reparticiones públicas del Estado Nacional o de las provincias, municipios o entes descentralizados.

rización al representante legal para que otorgue un acto jurídico, a tenor de lo dispuesto por el artículo 307 del CCCN.<sup>168</sup> Tales libros muchas veces pueden ser antiguos o de gran valor histórico, y a la vez contienen información sensible respecto de las vicisitudes internas acaecidas en el interior de estos institutos. Existe un temor fundado de pérdida o extravío de dicha documentación, o que trasciendan hechos delicados en ellos registrados. Por ello, si bien debemos remarcar la disposición expresa del CCCN, coincidimos con Acquarone en cuanto a que

... ante la imposibilidad de exhibir el documento original que acredite la representación se pueda suplir la exigencia de la exhibición de los mismos por la documentación certificada o constatada por otro notario que dé fe pública de haber visto el original...<sup>169</sup>

## 6. Conclusión

Luego de haber analizado el plexo normativo aplicable a las intervenciones que los IVC y SVA pueden tener en el tráfico inmobiliario, advertimos que en lo atinente a capacidad y legitimación de entidades que conforman la Iglesia Católica, así como respecto de los bienes que conforman su patrimonio, el derecho argentino ha efectuado una incorporación de normas canónicas de manera plena y literal, sin remisiones ambiguas o de dudosa comprensión.

A tenor de lo que disponen el Acuerdo de 1966 y la legislación estatal, general y específica, cualquier persona que contrate con personas jurídicas que integran la Iglesia Católica o que en el desempeño de su actividad profesional le toque intervenir en cuestiones en las cuales la Iglesia haya sido una de los sujetos negociales, debe conocer el derecho canónico universal (CIC y CCEO), la legislación particular (decretos de la Conferencia Episcopal Argentina) y el derecho propio de los IVC y SVA. En efecto, cualquier tercero que pretenda contratar con un IVC o SVA, o que advierta que en la cadena negocial intervino alguna de estas instituciones eclesásticas, no puede olvidar que al ordenamiento normativo estatal, se le suma la legislación canónica universal y particular.

La legislación canónica universal resulta de fácil acceso, conforme a las indicaciones que diéramos al inicio de este trabajo. En cuanto al ordenamiento canónico propio de estos institutos, se encuentra a disposición de los operadores jurídicos en el registro público estatal competente, que no solo acredita la existencia de los IVC y la identidad

168. CCCN, art. 307: "Documentos habilitantes. Si el otorgante de la escritura es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo, excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano. En caso de que los documentos habilitantes ya estén protocolizados en el registro del escribano interviniente, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año".

169. Acquarone, aunque circunscribiendo su presentación al ámbito de las sociedades extranjeras, expresa: "Creemos que hay situaciones en la representación orgánica en las que la documentación original no se puede presentar. Es el caso de las sociedades extranjeras que son representadas por su representante orgánico designado en actas de libros que se encuentran en otro país. Puede haber otras situaciones ya sea de distancia o por encontrarse en depósito forzoso en una jurisdicción distinta al que se hace la escritura donde debe acreditarse, en las que no se puede acompañar la documentación original" (ACQUARONE, María T., "Legitimación de los representantes. Documentación habilitante art. 307 Código Civil y Comercial", Buenos Aires, [s.e.], 2017 [ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil {La Plata, 2017}]; ver online [aquí](#) [última consulta: 7/11/2018]).

de sus representantes legales, sino que también guarda copia en sus respectivos archivos de las constituciones y estatutos que conforman este derecho propio.

Como señala Beneyto Berenguer, en palabras que hacemos propias “el problema quizá esté en un desconocimiento del derecho canónico y del derecho eclesiástico del Estado, en una ignorancia de estos registros y de la publicidad de los mismos”,<sup>170</sup> pero, precisamente, el objetivo de este trabajo ha sido el de tratar de arrojar luz sobre esta cuestión.

## 7. Bibliografía

- AA.VV., *Concilio Vaticano II. Comentarios sobre la constitución de la Iglesia*, Madrid, BAC, Madrid, 1986
- ACQUARONE, María T., “Legitimación de los representantes. Documentación habilitante art. 307 Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, [s.e.], 2017 [ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil {La Plata, 2017}].
- ALDONONDO, Isabel, “La enajenación de bienes de institutos de vida consagrada (a propósito de una sentencia del Tribunal Supremo de 27-11-99)”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, v. 56, N° 146, 1999.
- ANDRÉS, D. J., *El derecho de los religiosos según el Código*, Madrid, 1985.
- ARÁUZ CASTEX, Manuel, *Derecho civil. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974.
- AZNAR GIL, Federico, *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Salamanca, BAC, 1984.
- BARRA, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo. Organización y función pública. La Iglesia*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1998.
- BENEYTO BERENGUER, Remigio, *Enajenación de los bienes eclesiásticos y su eficacia civil*, Valencia, EDICER, 2006.
- BOGGIANO, Antonio, “La Corte Suprema y el derecho de los tratados internacionales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 31/3/2015, t. 2015-B.
- “Presentación al derecho internacional a.D. 2000 en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2000-B.
- BUSO, Ariel D., *La autoridad suprema de la Iglesia*, Buenos Aires, EDUCA, 1997.
- CASIELLO, Juan, “La personalidad de la Iglesia; su capacidad jurídico-económica. Posición del Estado ante la misma”, en AA. VV., *La doctrina católica en el desenvolvimiento constitucional argentino. 2<sup>as</sup> Jornadas Nacionales de Profesionales de A. C. Rosario 1957*, Buenos Aires, APAC, 1957.
- CONCILIO VATICANO II, [constitución apostólica “*Lumen Gentium*”], Vaticano, 1964.
- CONGREGACIÓN PARA LOS INSTITUTOS DE VIDA CONSAGRADA Y SOCIEDADES DE VIDA APOSTÓLICA, *Economía al servicio del carisma y de la misión. Boni dispensatores multiformis gratiae Dei*, Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2018.
- *Linee orientative per la gestione dei beni negli Istituti di vita consacrata e nelle Società di vita apostolica. Lettera circolare*, Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2014.
- CORECCO, E., “Aspetti della ricesione del Vaticano II nel Codice di Diritto Canonico”, en Alberigo, G. y Jossua, J. P. (eds.), *Il Vaticano II e la Chiesa*, Brescia, 1985.
- CORRAL SALVADOR, Carlos (dir.), *Diccionario de derecho canónico*, Madrid, Tecnos, 1989.
- CROVI, Daniel, [comentario a los arts. 146-148], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- DE FUENMAYOR Y CHAMPIN, Amadeo, *Derecho eclesiástico del Estado español* (colección “Religión, derecho y sociedad”), Granada, Comares, 2007.
- DE PAOLIS, Velasio, *Los bienes temporales de la Iglesia*, Madrid, BAC, 2012.
- DI MATTIA, Giuseppe, [comentario al c. 668], en Marzoa, A., Miras, J. y Rodríguez-Ocaña, R. [dirs.], *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico del Instituto Marín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra*, t. II-2, Pamplona, EUNSA, 3<sup>a</sup> ed.

170. Cf. BENEYTO BERENGUER, Remigio, ob. cit. (cfr. nota 5), p. 177.

- ÉRDO, Peter, "Chiesa e beni temporali: Principi fondamentali del Magisterio del Concilio Vaticano II", en Velasio de Paolis [coord.], *I beni temporali della Chiesa*, Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1999.
- ESPINOSA SPÍNOLA, G., "Las órdenes religiosas en la evangelización del Nuevo Mundo", en AA. VV., *España medieval y el legado de occidente*, México, SEACEX-CONACULTA, 2005.
- ESQUIVEL, Héctor D., *Régimen eclesiástico argentino*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1928.
- FERNÁNDEZ ARRUTY, José Á. y LARNA BELDARRAIN, Javier (dirs.), *Derecho eclesiástico*, Madrid, Dykinson, 2004.
- FERRER ORTIZ, Javier (coord.), *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, EUNSA, 2007 (6ª ed. renovada, a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta)
- FRANCISCO [papa], [discurso a los participantes del Congreso Internacional para los Vicarios Episcopales y los Delegados para la Vida Consagrada], Roma, 2018.
- FRUGONI REY, Guillermo F., "Condición de religioso, órdenes y congregaciones. Admisión, capacidad jurídica y modo de actuación", en AA. VV., *La doctrina católica en el desenvolvimiento constitucional argentino. 2as Jornadas Nacionales de Profesionales de A. C. Rosario 1957*, Buenos Aires, APAC, 1957.
- GARCERANTH RAMOS, Ismael A., "Los actos de administración ordinaria y extraordinaria de los bienes temporales de institutos religiosos. Del CIC17 al CIC83" [online], en *Revista Universitas Canónica*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, v. 33, N° 49, 2016.
- GARCÍA HERVAS, D. (coord.), *Manual de derecho eclesiástico del Estado*, Madrid, Colex, 1997.
- GARCÍA Y GARCÍA, Antonio, *Historia del derecho canónico. El primer milenio*, Salamanca, Instituto de Historia de la Teología Española - Subsidia, 1967.
- GHIRLANDA, Gianfranco, *El derecho en la Iglesia. Misterio de comunión. Compendio de derecho eclesial*, Madrid, Ediciones Paulinas, 1992.
- GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., *Instituciones jurídicas de la Iglesia Católica*, Madrid, Saeta, 1942.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, Juan M., *Derecho eclesiástico español*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1997.
- HEREDIA, Carlos I., *La naturaleza de los movimientos eclesiales en el derecho de la Iglesia. Excerpta ex dissertatione ad doctoratum in facultate iuris canonici pontificiae universitatis gregorianae*, Buenos Aires, EDUCA, 1994.
- IRIBARNE, Ramón, *Personalidad jurídica de las comunidades religiosas*, Córdoba, 1958.
- JUAN PABLO II (papa), [exhortación apostólica post sinodal "Vita consecrata" al episcopado y al clero, a las órdenes y congregaciones religiosas y las sociedades de vida apostólica y a todos los institutos seculares sobre la vida consagrada y su misión en la Iglesia y en el mundo {Roma, 25/3/1996}].
- [constitución apostólica "Pastor Bonus" sobre la Curia Romana], en *Acta Apostolicae Sedis*, Vaticano, N° 80, 1988.
- LAVALLE COBO, Jorge E., [comentario al art. 33], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1978.
- LEVAGGI, Abelardo, *Dalmacio Vélez Sársfield y el derecho eclesiástico*, Buenos Aires, Perrot, 1969.
- LLOVERAS DE RESK, María E., [comentario al art. 33], en Bueres, A. J. (dir.), y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1995.
- LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, "Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de las entidades eclesiásticas católicas", AA.VV., *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- MAGE, Diego M., "El derecho canónico, una alternativa de solución para la incapacidad del artículo 1160 del Código Civil", en AA. VV., *Jornadas Anuales. La Plata 28, 29 y 30 de octubre de 2009*, Buenos Aires, Sociedad Argentina de Derecho Canónico, 2010.
- MANTECON, Joaquín, [comentario al c. 1292], en Marzoa, A., Miras, J. y Rodríguez-Ocaña, R. (dirs.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico del Instituto Marín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra*, t. IV-1, Pamplona, EUNSA, 3ª ed.
- MINGUEZ SANZ, S. y Puente Prieto, J., "Consideraciones sobre el régimen jurídico-registral de las entidades religiosas", en AA. VV., *Ponencias y comunicaciones presentadas en el II Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. 2, Madrid, 1974.
- MONTILLA ZAVALÍA, Félix A., "La subjetividad de la Iglesia Católica en el derecho argentino conforme al Código Civil y Comercial. Breves consideraciones respecto de los arts. 146 y 148", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 259.
- "Conceptos sobre el derecho concordatario. Las relaciones convencionales internacionales entre la Iglesia Católica y las sociedades políticas", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2002-D.

- MORRISEY, F., [comentario al c. 638], en Marzoa, A., Miras, J. y Rodríguez-Ocaña, R. (dirs.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico del Instituto Marín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra*, t. II-2, Pamplona, EUNSA, 3ª ed.
- OCHOA, X., *Leges Ecclesiae post Codicem Iuris Canonici Editae*, t. 6 [“Leges Annis 1979-1985”], Roma, Eudurcla, 1987.
- PAULO VI [papa], [carta apostólica “Ecclesiae Sanctae”], 1966.
- PEÑA, David, *La materia religiosa en la política argentina*, Buenos Aires, Bases, 1960.
- PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, I., *Libro V del CIC. Bienes temporales de la Iglesia*, Valencia, Instituto Diocesano de Estudios Canónicos, 2002.
- RAFFO BENEGAS, Patricio y otros, [comentario al art. 33], en Llambías, J. J. (dir.), *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.
- RINCÓN-PÉREZ, Tomás, [comentario a la introducción de la Parte III del Libro II], en Marzoa, A., Miras, J. y Rodríguez-Ocaña, R. (dirs.), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico del Instituto Marín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra*, t. II-2, Pamplona, EUNSA, 3ª ed.
- RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000.
- RUANO ESPINA, Lourdes, *Régimen jurídico registral de los bienes de las confesiones religiosas y su tratamiento jurisprudencial*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005.
- TIRAPU, Daniel, [comentario al c. 1269], en Marzoa, A., Miras, J. y Rodríguez-Ocaña, R. [dirs.], *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico del Instituto Marín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra*, t. IV-1, Pamplona, EUNSA, 3ª ed.
- URBANEJA, Aldo E., [comentario al art. 148], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea-Fen, 2015.
- VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio, *Derecho público eclesiástico. Relaciones del Estado con la Iglesia en la Antigua América Española*, Buenos Aires, Centro Jurídico y de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1889.
- VILLAR PÉREZ, Andrés, “Naturaleza de la licencia canónica de enajenación y su eficacia civil”, en *Revista Española de Derecho Canónico*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, v. 53, N° 141, 1996.
- ZALBIDEA, Diego, *El control de las enajenaciones de bienes eclesiásticos. El patrimonio estable*, Pamplona, EUNSA, 2008.

# Límites de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción en relación a las donaciones de inmuebles\*

Néstor D. Lamber

## RESUMEN

La acción de reducción de donaciones en protección de la porción legítima hereditaria solo por excepción tiene efectos reipersecutorios si, y solo si, se dan los siguientes presupuestos: a) sea un bien registrables, b) el valor de la cuota legitimaria afectada supera la mitad del valor de lo donado, valuado según el estado de la cosa al momento de la donación, y c) la posesión de la cosa por el donatario –o subadquirente– sea inferior a diez años. En principio, la acción de reducción de instituciones testamentarias y donaciones en protección de la porción legítima hereditaria tiene por fin complementar el valor de tal porción cuando sea insuficiente para cubrir tal cuota. El donatario o subadquirente siempre puede impedir el efecto reipersecutorio satisfaciendo el valor insuficiente. Los bienes no registrables no son alcanzados por el efecto reipersecutorio de la reducción, y, en consecuencia, no es reducible a) lo adquirido por el donatario con el dinero donado, ni tampoco con el dinero producto de la venta de un bien registrable donado, b) la transmisión gratuita de la indivisión hereditaria o su cuota parte por contrato de cesión de herencia. Los límites de los eventuales efectos reipersecutorios en donaciones a legitimarios nos ponen en el necesario cuestionamiento de los excesos en la observabilidad de estos títulos, y su esencial diferencia con la donación a quien no son herederos legitimarios.

## PALABRAS CLAVE

Donación, acción de reducción, efecto reipersecutorio, donación de dinero, cesión de herencia.

## Fechas de recepción y aceptación

12/8/2018 - 27/8/2018

**Sumario:** **1.** La protección del valor de la cuota legitimaria. **2.** Primer límite al efecto reipersecutorio de la reducción de donaciones: los bienes registrables. **3.** Segundo límite al efecto reipersecutorio de la reducción de donaciones: condición resolutoria legal y dominio revocable eventual. **4.** Tercer límite al efecto reipersecutorio de la acción de reducción: el plazo de diez años de la posesión. **5.** Otros límites a las acciones de reducción. **6.** Reflexión final: las finalidades del orden jurídico. Principios de protección de la legítima, de la función social

\* El presente trabajo es una versión revisada del artículo presentado por el autor con el mismo título en la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2017), donde fue galardonado con el Primer Premio. El texto que se encuentra en esta edición de la *Revista del Notariado* cuenta, además, con una actualización jurisprudencial y acceso digital a textos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales.

de la propiedad y autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

## 1. La protección del valor de la cuota legitimaria

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCCN”) mantiene el principio de protección de la porción de los herederos legitimarios a través de la acción de complemento del art. 2451 CCCN, que establece que el heredero legitimario que ha recibido menos de su porción legítima “solo puede pedir su complemento”, norma que se ratifica en disposiciones particulares de pactos sobre herencia futura, como el del artículo 1010 segundo párrafo y en la partición por donación (art. 2417 CCCN). Sigue el mismo principio en la colación de lo donado en vida por el causante a alguno o algunos de los coherederos legitimarios que el artículo 2396 CCCN prevé, siendo el modo de realizarla atribuir el valor de lo donado en el lote del heredero-donatario.

El artículo 2452 CCCN enuncia claramente que, a fin de recibir o completar su porción, el heredero legitimario puede reducir las instituciones de herederos de cuota y los legados, y por el artículo 2453 CCCN, de no alcanzar ellos, también las donaciones hechas por el causante. La acción de reducción hace inoponibles a los herederos legitimarios los actos de disposición a título gratuito indicados, privándolos de sus efectos propios hasta el monto necesario para completar su porción disponible resultante del activo de la indivisión hereditaria. El bien protegido no son los bienes excluidos de la indivisión hereditaria por disposición gratuita en vida del causante, sino la cuota parte sobre la universalidad, que se determinará por el valor resultante de la liquidación del activo y pasivo, y el de los bienes que integran la masa partible (art. 2376 CCCN). El complemento es la relación aritmética de los valores a atribuirse, que incluso puede realizarse por la compensación de bienes ajenos tanto a la indivisión hereditaria como a los que componen la masa partible,<sup>1</sup> como ocurre en la partición por saldo reconocida en el artículo 2377 CCCN.

Este principio de la protección del valor de la cuota legitimaria se hace patente en los artículos 2454 CCCN (3° párrafo) y 2458 *in fine*, en que el donatario y el subadquirente del bien donado sujeto a reducción pueden impedir la resolución “entregando la suma dinero hasta completar el valor de su porción legítima”, en concordancia con la colación de donaciones (art. 2396 CCCN) y de las deudas (art. 2402 CCCN); así como en los casos de atribución preferencial en la partición (arts. 2380 y 2381 CCCN) en que el adjudicatario tiene el derecho a pagar la diferencia para compensar, evitando la entrega de los bienes de su lote.

La reducción –entre ellas de la donación de inmuebles– tiene como efecto y finalidad primera el complemento de este valor de la cuota, y por ello el artículo 2454 (2° párrafo) CCCN prevé que su objeto será el crédito en dinero contra el donatario en caso de ser parcial y la porción legítima afectada no alcance la mitad del valor del bien donado.

1. La indivisión hereditaria se integra por todos los bienes de los que el causante era titular al momento de su fallecimiento (art. 2280 CCCN) o los que se han subrogado a ellos –así como sus deudas (para quienes entendemos que se trata de un patrimonio especial y las deudas lo integran)–. En cambio, en la masa partible se computan bienes que ya no eran del causante y deben ser colacionados o están sujetos a reducción.

La acción de reducción de los artículos 2452 y 2453 CCCN es el medio jurídico para obtener el complemento determinable de la cuota legitimaria de cada heredero, que en principio se satisface en valores compensados o pagados por los beneficiarios en detrimento del heredero legitimario perjudicado, y solo en caso de no ser posible se debe recurrir a la reducción con efectos reipersecutorios del artículo 2458 CCCN.

Esta acción del heredero legitimario no tiene en principio efecto reipersecutorio sobre los bienes recibidos por legatario o donatario, sino es por excepción, y en consecuencia, es de interpretación restringida.

## **2. Primer límite al efecto reipersecutorio de la reducción de donaciones: los bienes registrables**

El primer límite al efecto reipersecutorio de la acción de reducción de las donaciones es que por el artículo 2458 CCCN solo lo tiene en aquellas que tuvieron por objeto bienes registrables; ergo, todo bien no registrable, trátase de cosas muebles, derechos o bienes de apreciación económica de cualquier naturaleza, será computado como sujeto a reducción en la masa partible según la parte final del artículo 2376 CCCN, pero no tiene el heredero legitimario derecho a perseguir la cosa o bien donado transmitido a terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso.<sup>2</sup>

### **2.1. Cesión gratuita de herencia**

La cesión de herencia gratuita se registrará por las normas del contrato de donación en tanto sea compatible por la expresa remisión del artículo 1614 CCCN, y asimismo se impone la consideración de las posibles acciones de protección de la legítima de los presuntos herederos del cedente y no ya del causante a la hora de la referencia de los títulos de inmuebles u otros bienes registrables una vez adjudicados en la sucesión del causante cuya herencia es el objeto de este contrato.

La primera distinción a realizar surge de la naturaleza de su objeto, la universalidad jurídica de la herencia o su parte alícuota sin consideración a los bienes en particular que la integran, en cuya adjudicación de los bienes resultantes de la masa está implícito el álea del contrato; se debe distinguir el título del derecho real a los bienes registrables –inmuebles en particular– del derecho a la titularidad de la indivisión hereditaria de heredero o cesionario de herencia.

En la cesión de herencia no se transmiten los bienes en particular, pero dado el valor económico del resultado del proceso sucesorio (art. 2335 CCCN), el cesionario recibe un beneficio del causante, que el artículo 2391 CCCN obliga a colacionar a los

2. Ver PÉREZ LASALA, José L., *Tratado de sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 270: “Tratándose de bienes muebles (no registrables), la posesión de buena fe del subadquirente que lo ha sido a título oneroso, es suficiente para adquirir la propiedad de la cosa, si ésta no ha sido hurtada o perdida. En estas condiciones el subadquirente podrá rechazar la acción reivindicatoria. Por lo tanto no hay reipersecutoriedad contra este subadquirente que lo sea a título oneroso y de buena fe. La doctrina en este sentido es unánime”.

descendientes y cónyuge en tanto que se refiere a todos los “beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas por el difunto que tuvieran por objeto procurarles una ventaja particular, excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con discapacidad en el art. 2488”, en el caso de cesión a un heredero del cedente.

La colación importará la atribución del valor de la herencia cedida en la hijuela del cesionario que la vez es uno de los herederos del cedente (art. 2369 CCCN), y de exceder la porción legítima podrá considerarse sujeta a la acción de reducción por el exceso conforme al artículo 2386 CCCN. Pero esta reducción no tendrá efecto reipersecutorio, dado que el objeto de la cesión de herencia no es un bien registrable como lo exige el artículo 2458 CCCN, que limita este efecto en la acción de reducción a la donación de bienes registrables, por más que esté en proceso de determinación la existencia de bienes de este carácter dentro del patrimonio hereditario.

La reducción solo tiene efecto reivindicatorio si el objeto son bienes registrables, que no es el caso. Tampoco cabe trazar analogía alguna con el contenido del patrimonio hereditario, que está compuesto no solo de bienes registrables, sino también con cosas muebles, derechos no registrables, deudas, y cargas, en que no se tiene estos efectos reipersecutorios, no habiendo norma que autorice a desmembrar la unidad del objeto universal distinguiendo efectos según la naturaleza de los bienes que la integran, porque la ley les da una consideración y tratamiento uniforme como bienes en comunidad de derecho.

El hecho de que el heredero del cedente, sujeto ajeno a la comunidad hereditaria, ejerciera acción sobre bienes en particular durante la indivisión implica un medio inapropiado por el cual pretendería partir anticipadamente y de un modo unilateral uno de los bienes en particular de la universalidad, sin la conformidad de los herederos y cesionarios de la herencia que se ha cedido, únicos titulares de la indivisión hereditaria. El tercero en la indivisión hereditaria (heredero del cedente) debe estar a la liquidación y remanente final de la masa.

El heredero del cedente no puede tampoco impedir el acto de disposición de todos los coherederos y cesionarios de la herencia cedida en un proceso de liquidación de un activo a los efectos de permitir su partición, donde el precio recibido integrará por subrogación la indivisión hereditaria (integrante de la universalidad cedida), sin caer en un ejercicio disfuncional de su derecho. El heredero del cedente, en protección de su eventual interés patrimonial, podrá pedir la partición judicial, a fin de determinar el resultado de la liquidación y partición, y la concreta integración del lote del cesionario.

El artículo 2403 CCCN prevé que cualquier otro acto que no sea partición, pero que provoque el cese de la indivisión total o parcialmente de la indivisión hereditaria tiene el efecto de partición, pero ello no implica la adjudicación al cesionario de la herencia de parte indivisa, sino que es el acto por el cual se liquida uno o más bienes del sucesorio, a fin de permitir la división en dinero u otros bienes divisibles a cada titular de la indivisión hereditaria.

El cesionario recibe como resultado de la partición la parte alícuota del precio en caso de compraventa, u otro bien en caso de permuta. El heredero legitimario del cedente de herencia ejercerá la acción para traer en colación el valor de ese dinero o bien permutado, que nunca tendrá acción de reducción con efecto reipersecutorio por no ser la universalidad un bien registrable, ni haberse siquiera adjudicado bienes registrales.

El derecho a la protección de la legítima hereditaria en la sucesión del cedente de herencia, no puede impedir o limitar los actos partitivos de la herencia del primer causante (cuya herencia se cedió), y deberá solicitar en los autos sucesorios de la herencia cedida las medidas cautelares para asegurar su derecho sobre los bienes resultantes de la partición y adjudicación (p. ej., en el caso de venta, la proporción de la alícuota cedida sobre el precio pactado), como un cualquier acreedor del herederos o cesionario.

Lo mismo cabe para el caso del cesionario no heredero legitimario del cedente. El heredero legitimario del cedente tendrá derecho a ser completado en el valor de la porción legítima afectada por la cesión gratuita de herencia (art. 2451 CCCN), situación ante la cual podrá ejercer las acciones de reducción o complemento dentro del plazo de prescripción de cinco años desde la muerte del cedente (art. 2560 CCCN) a efecto de pedir el complemento del valor, reduciendo el acto de cesión, pero sin efecto reipersecutorio por la naturaleza universal del bien objeto del beneficio.

La acción de reducción no siempre tiene efecto reivindicatorio, lo que no impide que exista un crédito a favor del heredero legitimario perjudicado, como surge claramente de la norma del artículo 2454 CCCN para la reducción de las donaciones, que establece que si la porción legítima afectada es inferior a la mitad del valor del bien donado (atribuido a título gratuito) solo tendrá derecho crédito por el valor de su derecho, y queda al donatario (cesionario en el caso) el bien (universalidad).

Del mismo modo, en los casos de atribución preferencial en la partición del establecimiento agrícola, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica, o de los derechos sociales sobre ellos (art. 2380 CCCN), y de la propiedad o locación de inmuebles sede de la vivienda o de su uso profesional o donde ejercía su actividad (art. 2381 CCCN), si su valor afecta la porción legítima de otros herederos, el valor del saldo a favor de ellos debe ser pagado de contado salvo acuerdo de partes.

Este derecho al valor como principio se ratifica en las previsiones legales de los artículos 2454 y 2458 CCCN en cuanto a que aún en los casos en que el dominio donado pueda ser susceptible de resolución legal, el beneficiario podrá impedirlo satisfaciendo el interés perjudicado pagando la suma de dinero para completar el valor de la parte legítima afectada.

Podemos ver en esta acción, la de complemento del artículo 2451 CCCN (anterior art. 3600 del Código Civil [en adelante, "CCIV"]) como autónoma, o negarla y sostener que se está ante una acción de reducción. Pero la falta de efecto reipersecutorio asimila a ambas en el caso, y no quita su efecto para reclamar el crédito por el valor.

La cesión de herencia a título gratuito a un tercero no heredero legitimario del causante, siempre se imputará en su porción disponible; por el exceso entendemos que tendrá derecho el perjudicado en su porción legítima al crédito por dicho valor, no requiriendo convención o disposición de última voluntad en particular.

En el caso de ser el o los cesionarios también herederos del cedente, se podrá dispensar la colación de este beneficio por el artículo 2391 CCCN, y además por el aplicación a las normas de las donaciones, del artículo 2385 CCCN, que también admite la cláusula de mejora expresa en el propio acto entre vivos sin necesidad de hacerlo por testamento, extensivo también a los supuestos de mejora estricta en beneficio de un descendiente o ascendiente con discapacidad en los términos del artículo 2448 CCCN.

El cesionario no debe ser instituido como heredero de cuota en la porción disponible a fin de ser mejorado entre sus posibles coherederos por el cedente al momento de su fallecimiento, sino que puede determinar la mejora del cesionario en la porción disponible de la sucesión del cedente por el propio acto inter vivos de cesión de herencia, sin necesidad de otorgar un acto de última voluntad por la imputación del bien objeto del contrato. Esta imputación en la mejora de la herencia del cedente también tendrá efecto en la adjudicación de los bienes como cesionario.

## **2.2. Adquisición de inmuebles con dinero donado: diferencia con la subrogación real de los bienes de la indivisión hereditaria**

Los bienes sujetos a reducción nunca integraron la indivisión hereditaria; son ajenos a este patrimonio especial hereditario que reciben los herederos por sucesión mortis causa.

Esta situación se ve claramente en la praxis en caso de colación de donaciones, en que atribuido el valor del bien en la hijuela del donatario (art. 2396 CCCN), el inmueble donado ya está en el patrimonio de éste a título de transmisión entre vivos, y no requiere una nueva transmisión mortis causa ni la inscripción de la adjudicación por partición de los bienes del causante. El coheredero que recibiría en menos tendrá una adjudicación compensación por la que toma más bienes del activo hasta cubrir su cuota. Incluso si los coherederos acordasen que el bien donado le sea atribuido a otro diferente al donatario en vez de cumplir con el modo previsto en la ley, ello importa colacionar en especie, por lo que se deberá hacer la transmisión entre vivos por compensación a título de colación –como en los supuestos del art. 2377 CCCN–, dando cumplimiento a los artículos 1892 primera parte y 1893 CCCN.<sup>3</sup>

Este diferente tratamiento de los bienes reducibles a los indivisos se pone de manifiesto en el artículo 2284 CCCN en que, pese a haber caducado la acción para excluir al heredero indigno, el demandado por reducción o colación puede invocar la indignidad en todo tiempo, así como el acápite del artículo 2303 CCCN expresamente incluye en el objeto de la cesión de herencia las ventajas que puedan resultar ulteriormente a ella por colación.

La indivisión hereditaria se integra por el activo de bienes de propiedad del causante al momento de la apertura de la sucesión; en consecuencia integran una masa, y como tal, la disposición de un bien de esta universalidad, sin hacer partición expresa o presunta (art. 2403 CCCN), genera que la masa se mantenga incólume y lo recibido en cambio pasa a integrar la masa por el principio de subrogación real.

A su vez, en los bienes sujetos a colación, como no integran la masa hereditaria sino que son bienes ajenos que se computan en la masa partible al efecto de determinar los valores de las hijuelas a adjudicarse, lo recibido en cambio por su disposición no integra la masa hereditaria ni la masa partible.

3. Ídem, p. 799: “Como las normas que regulan la colación son de carácter dispositivo y, además, tal colación consigue el fin propio de la institución, cual es la igualdad de los herederos forzosos, no vemos inconvenientes en aceptarla, aunque ello represente alterar los medios que la ley establece para llegar ese fin. En tal supuesto, la aportación material solo puede ser concebida como una dación en pago de la deuda de valor que surge de la donación colacionable (art. 779). Por eso, la forma de cumplimiento requiere el consentimiento del colacionante (deudor) y de los demás herederos forzosos (acreedores)”.

Ello tiene como efecto que si el causante donó dinero en vida, la reducción de la misma importa el cómputo de su valor en la masa partible pero no su incorporación a la indivisión hereditaria, y por ello si dispone de ese dinero donado, lo adquirido por él no importa la subrogación real para integrar la masa, porque lo donado no integraba la masa.<sup>4</sup> En este sentido es clara la literalidad del artículo 2376 CCCN al decir en su primera parte que se computan los bienes del causante al momento de la partición o los que se ha subrogados en ellos, en cambio en la segunda parte se refiere a los bienes sujetos reducción.

En estos no hay subrogación real. La reducción es solo del bien donado y la ley solo por excepción permite al heredero legitimario perseguir con efecto reipersecutorio el objeto de la donación, solo si:

- a) Es un bien registrable (art. 2458 CCCN).
- b) El valor de la cuota legitimaria afectada supera la mitad del valor de los donado (art. 2454 CCCN), valuado según el estado de la cosa al momento de la donación (arts. 2385 y 2445 CCCN).
- c) La posesión de la cosa por el donatario por este título o subadquirente sea inferior a diez años (art. 2459 CCCN).

La ley le confiere al heredero legitimario una especial prerrogativa jurídica con respecto a ciertos objetos donados, en determinadas circunstancias y en forma limitada en el tiempo, o trae el bien a la masa hereditaria y en consecuencia no hay subrogación real. Solo tiene este especial *ius persecundi* por imperio de la ley positiva.

Aun en los casos de donaciones de bienes registrables, la ley solo confiere este derecho con respecto al objeto donado, y no a los bienes que adquiera con la disposición de ellos. De lo contrario se caería en el absurdo jurídico que el heredero legitimario podría reclamar no solo el bien registrable donado, sino que también podría optar por perseguir todo otro bien registrable que adquiere con el producido de los donado, es decir, se permitiría que el legitimario escoja perseguir con efecto reipersecutorio no solo lo donado, sino también el bien adquirido por el donatario.

Solo puede compensar su porción legítima afectada con la ejecución de los bienes que estén en su patrimonio, y en caso de insuficiencia patrimonial con el bien registrable reducido. Pero en la reducción de la donación de bienes no registrables, al no integrar la indivisión hereditaria no opera la subrogación real de la primera parte del art. 2376 CCCN, y al carecer su reducción de efecto reipersecutorio, tampoco puede tenerlo los bienes adquiridos con ello ajenos la masa hereditaria.

En consecuencia, la adquisición con dinero donado de bienes registrables no hace pasible a este acto entre el donatario y tercero de la acción de reducción en protección de los herederos del donante que no son parte de este nuevo acto.

4. Concordante con esta conclusión, la CNCiv., Sala A, 3/6/2018, en autos “Q., D. A. c/ Q., G. F. s/ colación”, ha sostenido que, probado el *animus donandi* de quien entregó el dinero y “acreditada esta circunstancia, y calificada de ese modo la donación, no procederá la pretensión del donante de obtener la entrega de los bienes adquiridos, ni tampoco –en principio– la de recuperar la sumas de dinero que libremente entregó al donatario, a salvo los supuestos previstos por la ley (incumplimiento de los cargos, ingratitud del donatario, etc.)”; en consecuencia, a la hora de determinar el valor colacionable de una donación de dinero, “lo relevante no es el cuál fue el destino del objeto de la donación –esto es, la suma de [...]–, sino cuál es el valor que dichas sumas de dinero representan a los fines de la colación” (*Revista Código Civil y Comercial*, julio 2018, p. 198, y agosto 2018, p. 168; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2018-III; *Síntesis de Jurisprudencia Argentina*, 19/9/2018, p. 70; cita online AR/JUR/15317/2018 [Sistema de Información Legal de Thomson Reuters Argentina]).

### 3. Segundo límite al efecto reipersecutorio de la reducción de donaciones: condición resolutoria legal y dominio revocable eventual

Habíamos adherido en el régimen anterior a la interpretación que la acción de reducción tenía efectos personales entre otros argumentos sustentado que lo contrario importaba un impropio supuesto de dominio revocable sin que existiese condición resolutoria legal que así lo estableciese. El artículo 2454 (1º párrafo) CCCN establece una condición resolutoria legal al dominio, al decir que “si la reducción resolutoria es total, la donación queda resuelta”, pero a renglón seguido aclara que no siempre queda resuelta la donación, y por ende no existe condición resolutoria al dominio, cuando la porción legítima afectada no alcanza a la mitad del valor de lo donado, y el heredero legitimario se convierte en acreedor por el valor de su derecho.

No es que la acción de complemento o suplemento del artículo 2451 CCCN carezca de objeto y efectos, sino que tiene su efecto natural, reclamar al donatario el valor faltante para completar su porción, pero no afecta el derecho real de dominio del donatario, ni de los subadquirentes.

A la hora de analizar la perfección del dominio inmobiliario, la falta de este efecto resolutorio de la donación y del derecho donado hace que, ante la inexistencia de acción con efectos reales en el caso, el título no sea observable. Se convierte en una cuestión de hecho, en la que se suele invertir la presunción de buena fe del artículo 10 CCCN en general y 961 CCCN en contratos en particular, llegando así a un estado de sospecha como si toda conducta humana estuviera orientada a defraudar a los herederos presuntivos del autor del acto jurídico.

El donante y donatario pueden manifestar que este es el único descendiente y heredero presuntivo al momento de la donación, o que el primero es soltero, y así ratificarlo en el acto de donación, y pese a conocer la norma del artículo 2454 y ss. CCCN, como claramente faltan interesados legitimados a accionar y el presupuesto de la condición resolutoria, igualmente deciden hacerlo. Solo la arbitraria presunción de mala fe en la declaración es el sustento para la observación del título, porque la veraz situación manifestada describe uno de los límites del efecto reipersecutorios de la acción de reducción.

Asimismo, debe tenerse presente que tal cómputo de valores, si bien se hace al momento más próximo a la partición, lo que se valúa es el inmueble según su estado al momento de la donación; por ejemplo, si era baldío solo se valúa la tierra pero no las construcciones incorporadas por el donatario o subadquirentes (art. 2445 CCCN), cuestión de hecho que también puede determinar que la lesión a la porción legítima no alcance la mitad del bien, limitándose el efecto reipersecutorio en interés de los herederos legitimarios, a favor de quien usa, mejora y aprovecha el inmueble proveyendo a la finalidad o función social de propiedad jerarquizada en el actual CCCN.<sup>5</sup>

Los artículos 2454 y 2458 CCCN prevén que el donatario o subadquirente pueden impedir la ejecución de la condición resolutoria legal indicada cuando sea procedente entregando al heredero legitimario la suma de dinero para completar el valor de su por-

5. El mismo parámetro de valoración reiteran los arts. 2385 y 2418 CCCN.

ción, sin consentimiento de este, que no puede negarse a ser así satisfecho su derecho, estableciendo así otro límite al efecto reipersecutorio de la acción de reducción. La acción tampoco tendrá efecto reipersecutorio en caso de cubrirse la legítima con la reducción de los legados o instituciones de herederos de cuotas, o por la reipersecución de otros bienes donados por el causante con posterioridad (arts. 2453, 1456 y 2456 contrario sensu CCCN), de modo que aun cuando el posterior donatario haya enajenado lo donado el heredero forzoso debe reclamarle el valor de su porción legítima.

La acción de protección de la legítima, denomínese la de complemento, suplemento o reducción, subsiste, pero sin los efectos reipersecutorios del artículo 2454 y 2458 CCCN, siendo su objeto el crédito previsto en el propio artículo 2454 2º párrafo CCCN.

Esta acción personal tiene el plazo de prescripción de cinco años desde la muerte del causante, con independencia del plazo de diez años para posesión adquisitiva del artículo 2459 CCCN, que solo limita los efectos reipersecutorios a la cosa donada, pero no hace caducar las acciones de reducción en general sin el excepcional efecto real.

### 3.1. Inoficiosidad, condición resolutoria y donación a herederos legitimarios

El artículo 2386 *in fine* CCCN toma partido en el debate de la interpretación previa a la reforma sosteniendo que en las donaciones a legitimarios presuntivos, cuando el valor de lo donado excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario queda sujeta a reducción por el valor del exceso.<sup>6</sup> A primera vista, cambian los usos y costumbres inmobiliarios consolidados en el sistema civil anterior, donde no se observan estos títulos. Pero en verdad cabe preguntarse si tal acción de reducción tiene efectos reipersecutorios o solo al reclamo del crédito por el valor por el complemento de la porción disponible, lo que ocurriría solo si, una vez colacionado y computado en la hijuela del donatario, aún existiese un crédito por el valor para completar la porción legitimaria del coheredero no donatario.

De admitir este carácter se estará a la limitación del artículo 2454 CCCN comentada, es decir que el valor a completar de la porción legitimaria del actor deberá ser superior a la mitad de lo donado, con las mismas limitaciones para el efecto reipersecutorio antes señaladas.

### 3.2. Mejoras de porción disponible y estricta por acto entre vivos

Si bien el artículo 2386 CCCN se refiere a la reducción aunque haya dispensa de colación o mejora, ello está comprendido en el valor computable del donatario legitimario en la primera parte del artículo al referirse al exceso de la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario. Aquí empiezan a ser relevantes las nuevas posibilidades de mejoras expresas en el propio acto de donación, como lo prevé el artículo 2385 CCCN,

6. Ver argumentos del voto del juez Guardiola en C. Civ. y Com. de Junín, 26/5/2016, "B., A. J. y otros c/ B., B. C. s/ acción de colación" (expte. JU42892013) (en *elDial.com*, AA9727; *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, octubre 2016, p. 171, cita online AR/JUR/28938/2016; *El Derecho*, t. 269, p. 158 [N. del E.: acceda al fallo completo aquí; fuente *web del PJ de la PBA*; última consulta: 13/11/2018]).

imputando a la mejora de la porción disponible o a la mejora estricta de un tercio de la porción legítima a favor del descendiente o ascendiente con discapacidad (art. 2448 CCCN), en aras al principio de autonomía de voluntad del derecho sucesorio, de mayor extensión que en el régimen derogado.

En los hechos, el causante tiene la posibilidad, no solo por testamento, sino por acto entre vivos de otorgar estas mejoras y dispensas de colacionar que repercuten en la menor porción de los coherederos presuntivos no donatarios.

### **3.3. Consentimiento de coherederos presuntivos en la transmisión gratuita con reserva de usufructo, uso, habitación o renta vitalicia**

El artículo 2461 CCCN, en su primera parte, establece que en la transmisión de dominio del causante a alguno de sus legitimarios con reserva de usufructo, uso o habitación, o la contraprestación de renta vitalicia, aun cuando se lo exteriorice o cause como onerosos, son considerados sin admitir prueba en contrario gratuitos, imputando el valor de los bienes en la porción disponible, y colacionable el valor en exceso.

En su parte final, determina que en toda enajenación onerosa o gratuita en los términos indicados debemos decir expresada como en uno de ambos caracteres, dado que por la primera parte del artículo ambas son gratuitas los demás herederos legitimarios que consintieron no pueden demandar la colación ni falta de imputación a la porción disponible, constituyendo un pacto de herencia futura expresa admitido por la ley (art. 1010 1º párr. CCCN).

De esta norma, adquiere relevancia en la técnica notarial el expreso consentimiento de los demás coherederos legitimarios presuntivos en las donaciones en los términos indicados a la hora de apreciar la real posibilidad y alcance de los efectos reipersecutorios en cuanto a las acciones de reducción.

### **3.4. Atribución preferencial en la partición**

Los artículos 2380 y 2381 CCCN prevén las especiales circunstancias en que el o los herederos legitimarios tienen derecho a obtener la atribución preferencial de determinados bienes en su hijuela, sin que los demás puedan reclamar la cosa o bienes en sí, y están obligados a satisfacer su derecho mediante el pago del adjudicatario del valor de la cuota legitimaria en la medida que sea afectada. Es decir, rige el principio de compensación del valor y no el excepcional efecto reipersecutorio para garantizar o efectivizar su compensación.

El artículo 2380 CCCN trae el supuesto del heredero o cónyuge supérstite que participó en la formación del establecimiento agrícola, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica. La norma guarda relación con los artículos 2332 y 2333 CCCN que da el derecho a oponerse a la partición manteniendo la unidad económica en situación de explotación, caso en que basta para su solicitud el haber participado activamente en la explotación con independencia de haberlo hecho en su formación.

El artículo 2381 CCCN prevé dos supuestos en materia de derechos reales inmobiliarios:

- a) el inmueble en que el heredero tenía su residencia al tiempo de la muerte del causante.
- b) el inmueble con destino de uso profesional en que el heredero ejercía su actividad.

En la redacción de la donación del futuro causante, las partes podrán dejar constancia expresa de este motivo lícito tenido en cuenta por las partes al contratar (art. 281 *in fine* CCCN), que importarán otro límite al efecto reipersecutorio de la acción de reducción por el valor en exceso de porción legítima del donatario más la disponible (siempre merituando el valor de la mitad de lo donado según su estado al momento de la donación).

Esta brevísima relación de los límites de los eventuales efectos reipersecutorios en donaciones a legitimarios nos ponen en el necesario cuestionamiento de los excesos en la observación de estos títulos<sup>7</sup> y su esencial diferencia con la donación a quien no son herederos legitimarios.

#### **4. Tercer límite al efecto reipersecutorio de la acción de reducción: el plazo de diez años de la posesión**

El artículo 2459 CCCN, a continuación del artículo 2458 CCCN que establece los efectos reipersecutorios a objetos donados solo para la reducción de las donaciones de bienes registrables, se refiere a la perfección del derecho de dominio del donatario o subadquirente, y no a la caducidad de la acción de reducción de la donación. Señala que la reducción no procede contra el donatario ni el subadquirente que ha poseído la cosa donada durante diez años desde la adquisición de la posesión.

La norma no está dirigida a extinguir o provocar la caducidad de la reducción del acto donación, porque de ser así se hubiera referido al donatario parte del contrato y no también al subadquirente. Es un acto en la esfera de los efectos reipersecutorios del artículo 2458 CCCN y de la condición resolutoria legal del artículo 2454 CCCN. Es decir, no se extingue la acción de reducción que seguirá expedita para reclamar el crédito por el valor de la cuota parte afectada, desde la apertura de la sucesión y hasta su prescripción,

7. Ver conclusiones de la XXXIX Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015), tema 9, subtema "Títulos provenientes de donaciones", inciso a), §9: "La ampliación de la porción hereditaria disponible cuando existen descendientes (artículo 2445 del CCyCN), la limitación del efecto reivindicatorio de la resolución legal del artículo 2454 en cuanto al valor afectado y los supuestos legales que la impiden (artículos 2454, 2458, 2380, 2381 del CCyCN), y la limitación temporal del plazo de la acción de reducción con efectos reivindicatorios (artículo 2459 del CCyCN), obliga a analizar en cada caso la observabilidad o no del título sin incurrir en conductas de mala fe o abuso de derecho". [N. del E.: acceda a las conclusiones [aquí](#); fuente: [web del Col. Esc. de la PBA](#); última consulta: 13/11/2018].

El principio de buena fe no puede ser dejado de lado; así lo invoca la CNCiv., Sala G, el 30/12/2016, en "C., A. y otro c/ B., E. J. y otros s/ cobro de sumas dinero" (expte. 17425/15), para admitir la restitución de la seña ante la observación de la escribana designada al antecedente de donación de padre a hijos, por existir en ese entonces (2014) dos posturas y advertir la Cámara la ausencia de mala fe de los actores que no especulan con la operación en base el dictamen de la profesional y solo reclaman su devolución de la suma entregada y no otro tanto. [N. del E.: acceda al fallo completo [aquí](#); fuente: [web del CJJ](#); última consulta 13/11/2018].

aun cuando la donación hubiere sido celebrada con más de diez años antes del fallecimiento del donante/causante.

Esta interpretación se pone de manifiesto también en que solo se refiere a las cosas que se poseen, excluyéndose a aquellos bienes reducibles sobre los que no se tiene la típica relación de poder propia de los derechos reales sobre cosas, donde la acción nunca tiene efectos reipersecutorios y se mantiene siempre como tal (cobro del crédito).

Denota esto también el hecho que el artículo 2459 CCCN se titula “prescripción adquisitiva”, que se refiere solo a las cosas, de igual modo que el artículo 2311 CCCN admite el límite del efecto reipersecutorio de la acción de petición de herencia en el hecho que el heredero aparente ha poseído como dueño por el término de veinte años.

En concordancia con ello, la comisión redactora explica que se está ante un caso de prescripción adquisitiva breve, donde se tiene un justo título (con una mera eventual falta de legitimación sobreviniente), y la posesión es de buena fe (arts. 1917 y 1918 CCCN),<sup>8</sup> que se debería oponer por excepción, pero ante la inevitable resolución judicial a favor del donatario o subadquirente la norma ha optado en aras de la seguridad jurídica y el principio de la función social del dominio de imponer su perfección sin necesidad de sentencia alguna.

Este criterio de admitir la prescripción adquisitiva como medio de perfeccionar el dominio o subsanar el acto causal se reitera en el sistema del nuevo ordenamiento civil y comercial, tanto en caso del artículo 2311 CCCN citado como del artículo 2119 CCCN en materia del derecho real de superficie, al decir que este derecho real no se adquiere por prescripción adquisitiva, sin perjuicio de lo cual la prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título –coincidiendo con el título del artículo 2459 CCCN en cuestión–, donde el plazo de diez años sana el título de donación.

Estas normas guardan estrecha relación con la del artículo 1050 CCCN en materia de evicción que expresamente dice: “Prescripción adquisitiva. Cuando el derecho del adquirente se sana por el transcurso del plazo de prescripción adquisitiva, se extingue la responsabilidad por evicción”. Nótese que al igual que el artículo 2459 CCCN se sana el derecho solo por transcurso del plazo de prescripción adquisitiva, y no por la sentencia judicial que admite la acción o la excepción que oponga el titular del dominio cuestionado.

El fundamento en la explicación de los redactores no es una cuestión antojadiza para el caso particular en perjuicio de los herederos forzosos, sino que meritúa diversos intereses de orden público tan o más atendibles, como es la función social de la propiedad y permitir que después del plazo legal de ejercicio de la relación de poder posesoria por quien sea titular del derecho real o no (art. 1909 CCCN) tenga la certeza necesaria para invertir en el inmueble y darle su aprovechamiento usual y normal en la sociedad.<sup>9</sup>

Por nuestra parte, entendemos que el haber impuesto al artículo 2454 CCCN una condición resolutoria legal a toda donación de bienes registrables, consistente en que si resultase afectada la porción legitimaria de un heredero legitimario en un valor mayor a la mitad de lo donado valuado según su estado al momento de la donación, ello importa

8. La buena fe es de la posesión y no del título, al igual que en el art. 1902 CCCN.

9. No puede perderse de vista también que diez años desde la inscripción del acta de posesión es el estipulado para la consolidación del dominio inmobiliario por la regularización dominial de la Ley 24374.

un eventual dominio revocable en los términos del artículo 1965 CCCN, que textualmente dicen sus párrafos 2º y 3º:

La condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa o por la ley. 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.

El artículo 2459 CCCN desde la óptica de los derechos reales no es más que una directa aplicación del principio general del artículo 1965 CCCN, guardando así el respeto de una interpretación coherente y finalista con el resto del sistema. Como señalamos, se trata de un límite a la imperfección del dominio –como dice el propio art. 1965 CCCN–, a los efectos reipersecutorio, sin perjuicio que el heredero legitimario conservará la acción de reducción con el derecho a reclamar el valor de su porción al donatario o su sucesor que aprovecha ese beneficio gratuito.

#### 4.1. Aplicación de ley nueva a las relaciones jurídicas preexistentes

En la aplicación de la ley nueva a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas anteriores se debe hacer una primera distinción según se trata de una donación a herederos legitimarios o no.

El nuevo código pone en pie de igualdad y en un diálogo de fuentes del derecho tanto a la ley como los usos, prácticas y costumbres (art. 1º CCCN); durante el régimen anterior, más allá de las doctrinas sobre la procedencia o no del efecto reipersecutorio en la reducción de las donaciones, los usos y costumbres inmobiliarios, en especial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, habían consagrado esta distinción, admitiendo que en las donaciones a legitimarios la reducción se limitaba efectos personales (reclamo del valor), por lo cual este heredero adquiriría el dominio perfecto (doct. arts. 3477, 3600 y ss. *Código Civil* derogado); en cambio, en las donaciones a terceros, invocando una implícita cláusula resolutoria legal, el dominio era imperfecto.

A las consecuencias de la situación jurídica del dominio inmobiliario revocable se le aplican de modo inmediato la nuevas leyes (art. 7 inc. 1º CCCN), en tanto no afectan derechos amparados constitucionalmente de su titular como ocurre en el caso de las donaciones a terceros, y en consecuencia el plazo de diez años se computa desde la adquisición del dominio imperfecto, es decir, desde su título y modo.<sup>10</sup>

En cambio en las donaciones a legitimarios, ese diálogo de fuentes de la ley, los usos y costumbres inmobiliarios y la jurisprudencia específica de donaciones, determina que este donatario coheredero adquirió el dominio pleno, que no puede transformarse en imperfecto o revocable por la posterior condición resolutoria del artículo 2454 CCCN sin violentar elementales garantías constitucionales a la propiedad.<sup>11</sup>

10. A la misma solución se debe llegar si se lo considera un supuesto de prescripción adquisitiva breve, por ser también aplicación a las consecuencias de esta situación jurídica en curso de cumplimiento (art. 7 inc. 1 CCCN).

11. Véase un desarrollo más extenso en LAMBER, Néstor D., [comentario al art. 7], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 1. Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 2829.

## 5. Otros límites a las acciones de reducción

### 5.1. Heredero indigno aun después del término de caducidad de la acción de exclusión del heredero

El CCCN ha derogado el instituto de la desheredación por el testador, y ha ampliado las causales de indignidad (arts. 2281 CCCN) pero dejando la legitimación de acción a toda persona con interés que el indigno sea excluido como heredero. El artículo 2284 CCCN ha previsto el plazo de tres años desde la apertura de la sucesión para excluir al heredero en el caso legitimario, pero en su párrafo final hace expresa salvedad que el demandado por reducción, colación o petición de herencia puede invocar la indignidad en todo tiempo.

La norma permite rechazar con éxito la acción, incluso cuando se pretenda la restitución de bienes con efectos reipersecutorios, a consecuencia de normas como los artículos 2458 y 2312, por el donatario y sus subadquirentes, o heredero aparente y sus cesionarios de herencia.

La norma prevé un elemento más para afianzar la seguridad jurídica y establece de modo indirecto la flexibilización del orden público de la porción legítima que cede ante la justicia de no beneficiar a quien ha incurrido en una causal de indignidad, receptando las recomendaciones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil durante la vigencia del régimen derogado.<sup>12</sup>

Se trata de una cuestión de hecho que el donatario o su subadquirente podrán oponer por vía de excepción y que en este estudio importa un caso más de no observabilidad del título del derecho real de dominio inmobiliario por privar al heredero legitimario indigno no declarado de esta acción y en particular no habrá acción real que haga observable el título. Por ello, en la técnica de redacción escrituraria debe valorarse la incorporación de la manifestación del donante sobre la indignidad de uno o más de sus herederos legitimarios presuntivos y, en su caso, también la indicación de la pruebas que el requirente estime pertinentes, constituyendo así un elemento más para que se aprecie una justa valoración del acto en el estudio de título cuando el donatario o subadquirente pretenda disponer de su derecho.

### 5.2. Prescripción de la acción de reducción

La reforma legislativa al derogar el anterior artículo 3955 *Código Civil derogado* (CCIV) remite a la aplicación del plazo de prescripción de la acción de reducción al plazo genérico de los artículos 2554 y 2560 CCCN, cinco años desde el fallecimiento del causante.

La distinción de este plazo de prescripción de la acción de reducción con el plazo de sus efectos reipersecutorios del artículo 2459 CCCN implica que si el donante/causante fallece durante el transcurso del plazo de diez años de este artículo, y los cinco años de prescripción de la acción operan antes, importa un límite temporal al efecto

12. [N. del E.: acceda a las conclusiones completas de todas las Jornadas Nacionales de Derecho Civil [aquí](#); fuente: web oficial de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil; última consulta: 27/11/2018].

reipersecutorio, quedando perfeccionado el dominio del donatario a ese momento por falta de operatividad de acción de reducción.

Es decir el título del donatario no será observable una vez transcurrido el plazo de prescripción de la acción de reducción, o el de diez años de privación de efectos reipersecutorios de la acción, el que se cumpla primero.

### 5.2.1. Prescripción de la acción de reducción y la aplicación de la ley nueva

La reducción del plazo de prescripción por el nuevo [Código Civil y Comercial](#), a partir del 1 de agosto de 2015, hace aplicable las reglas de derecho temporal especial del artículo 2357 CCCN, por las que debe concluirse:

- a) plazo de prescripción en curso, por haber fallecido el causante en término mayor a los cinco años previos a la entrada en vigencia de la ley nueva, se computa cumplido a los diez años de la apertura de la sucesión según el derogado artículo 3955 (art. 2357 1º párr. CCCN).
- b) plazo de prescripción en curso por haber fallecido el causante durante los cinco años previos de entrada en vigencia de la ley nueva, se cumple a los cinco años contados desde el 1/8/2015, por aplicación de la ley nueva aun cuando no hubiere transcurrido el plazo del derogado artículo 3955 (art. 2357 2º párr. CCCN).

Este límite para la prescripción de la acción de reducción en curso iniciada con la vigencia de la ley anterior también implica el cese de los efectos reivindicatorios una vez cumplido el mismo.

## 6. Las finalidades del orden jurídico. Principios de protección de la legítima, de la función social de la propiedad y autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio

El artículo 2º CCCN impone la necesidad de interpretar las palabras de la ley de acuerdo a sus finalidades, los principios del derecho y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento.

La reforma ha cambiado paradigmas en los diversos subsistemas que lo integran y el derecho sucesorio no es ajeno a ello. En especial, el derecho del heredero ya no se estructura desde un concepto puramente individualista, sino que se debe armonizar con otros intereses como la función social de propiedad con el consecuente mejor aprovechamiento de la misma por quien la usa y el principio de autonomía de voluntad, que morigeran el orden público de la porción legítima.

La mayor trascendencia de la autonomía de voluntad de testador o donante, ante la que cede el orden público de la legítima y los límites al derecho del heredero la encontramos en:

- a) La ampliación de la porción disponible en caso de descendientes a 1/3 (art. 2444 CCCN).
- b) El reconocimiento de la mejora estricta, ampliando la porción disponible en caso de herederos con discapacidad (art. 2448 CCCN).

- c) La ampliación y flexibilidad de prueba de los supuestos de indignidad hereditaria (art. 2281 CCCN y ss.)
- d) La admisión del consentimiento a la donación por los coherederos presuntivos en los casos del artículo 2461 CCCN, como un pacto de herencia futura renunciativo expresamente regulado.
- e) El reconocimiento expreso de la dispensa de colación e imputación a la porción disponible por acto entre vivos (art. 2385 CCCN).

Asimismo, el derecho del heredero ahora también encuentra su límite en la función social de los bienes según la actividad o destino de ellos, y se concreta en:

- a) La atribución preferencial en los casos de unidad económica (art. 2380 CCCN) o inmuebles destinados vivienda (art. 2381 inc. a) CCCN) o actividad profesional (art. 2381 inc. b) CCCN).
- b) La flexibilización y menor rigor para otorgar el derecho real de habitación vitalicio y gratuito al cónyuge supérstite (art. 2383 CCCN) sin más requisito que haber sido el último domicilio conyugal y no estar en condominio con terceros.
- c) Las indivisiones que impiden la partición en casos de unidad económica de explotación o vivienda de cónyuges (arts. 2330/1 y 2332/33 CCCN).
- d) La admisión del pacto de herencia futura para salvaguardar la empresa y evitar conflictos del artículo 1010 2º párrafo CCCN.
- e) La limitación a diez años para optar por la herencia, y la imposición que, ante la falta de conductas que lo tengan por aceptante, la ley lo tiene por renunciante (art. 2288 CCCN) en aras del necesario aprovechamiento de la propiedad inmobiliaria, no solo por el interés individual sino social, en concordancia con el plazo de los artículos 1965 y 2459 CCCN para tener por perfecto el dominio.

Bajo la dirección de Lorenzetti se explica la política legislativa de la reforma al decir:

El legislador determina un plazo para que el sujeto del derecho lo ejerza. La estructura jurídica nacional posee una organización normativa tendiente a la protección de la circulación del tráfico jurídico. Se intenta con ello estimular la actividad comercial, se da firmeza a los actos y la redacción normativa establece con clara determinación un plazo desde el cual el derecho sobre los bienes se pierde para el desinteresado, naciendo así para otro sujeto el derecho a que pueda darle a los bienes un destino que satisfaga el interés social superior. La norma es contenedora de principios de mayor utilidad social, tiende a provocar la estabilidad útil de la propiedad, causa que al final de un cierto tiempo los derechos no pueden hacerse revivir, y responde a fines de interés social, convirtiéndose así en una institución de orden público.<sup>13</sup>

El nuevo sistema no se puede interpretar o pensar reiterando los antiguos paradigmas hoy modificados. La reforma legislativa importa un cambio que debe ser tenido en cuenta a la hora de analizar y valorar el sentido y alcance de sus normas; por ello, el estudio de las limitaciones al efecto reipersecutorio de la acción de reducción solo se entiende adecuadamente teniendo presente estos paradigmas, que no pueden verse vulnerados por el ahora inexistente sacrosanto principio del orden público de la legítima hereditaria.

13. CÓRDOBA, Marcos M., [comentario al art. 2288], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 10, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 447.

## 7. Conclusiones finales

- 1) La acción de reducción de instituciones testamentarias y donaciones en protección de la porción legítima hereditaria tiene por fin el complementar el valor de tal porción (arts. 2452, 2451 y ss. CCCN) cuando el valor de los bienes de la indivisión hereditaria una vez liquidada sea insuficiente para cubrir tal cuota.
- 2) La acción de reducción de donaciones en protección de la porción legítima hereditaria solo por excepción tiene efectos reipersecutorios, si, y solo si, se dan los siguientes presupuestos: a) Es un bien registrable (art. 2458 CCCN), b) el valor de la cuota legitimaria afectada supera la mitad del valor de los donado (art. 2454 CCCN), valuado según el estado de la cosa al momento de la donación (arts. 2385 y 2445 CCCN), y c) la posesión de la cosa por el donatario por este título –o subadquirente– sea inferior a diez años (art. 2459 CCCN).
- 3) El donatario o subadquirente siempre en forma unilateral puede impedir el efecto reipersecutorio de la acción: a) desinteresando al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a su porción legítima (art. 2454 3º párr. y 2458 *in fine* CCCN), b) en caso de donación a presuntivos herederos legitimarios, pagando en saldo por el valor de la cuota legítima afectada, en los casos de atribución preferencial en la partición (arts. 2380 y 2381 CCCN, c) oponiendo la excepción de indignidad al legitimario en todo momento (art. 2284).
- 4) El objeto de la donación no integra la indivisión hereditaria (art. 2280 CCCN), sino que se computa en la masa partible (art. 2376 *in fine* CCCN), por lo cual no existe subrogación de los adquiridos con el resultado de la disposición de los bienes recibidos en donación. No es reducible lo adquirido por el donatario con el dinero donado, ni tampoco con el dinero producto de la venta de un bien registrable donado.
- 5) La reducción de la transmisión gratuita de la indivisión hereditaria o su cuota parte por contrato de cesión de herencia no tiene efecto reipersecutorio por no ser un bien registrable.
- 6) Los límites de los eventuales efectos reipersecutorios en donaciones a legitimarios nos ponen en el necesario cuestionamiento de los excesos en la observabilidad de estos títulos, y su esencial diferencia con la donación a quien no son herederos legitimarios.

## 8. Bibliografía

- CÓRDOBA, Marcos M., [comentario al art. 2288], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 10, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- LAMBER, Néstor D., [comentario al art. 7], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- PÉREZ LASALA, José L., *Tratado de sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.

# La persistente presencia de los procedimientos sucesorios notariales en el nuevo Código Civil y Comercial y su proyección al futuro

Esteban M. Picasso

---

## RESUMEN

Se explica que el único obstáculo legal para la plena intervención de los escribanos en los trámites sucesorios se encuentra en las normas registrales, y, por ello, se recomienda la modificación del artículo 2337 del Código Civil y Comercial, para superar este escollo. La comprensión de la cuestión se encuentra condicionada por las equivocadas interpretaciones y creencias en torno a los procesos sucesorios. Como el autor considera que los mismos problemas interpretativos que inhibieron la actuación notarial en los procedimientos sucesorios durante la vigencia del anterior Código Civil se presentan en el nuevo Código Civil y Comercial, se realiza una revisión de los antecedentes históricos del tema.

---

## PALABRAS CLAVE

Procedimientos sucesorios, actuación notarial, inscripción registral, declaratoria de herederos.

---

*Fechas de recepción y aceptación*

3/7/2018 - 18/7/2018

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La solución elegante. 3. Una discusión centenaria. 4. ¿Una solución criticable? 5. La declaratoria de herederos y la cuestión registral. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

## 1. Introducción

El nombramiento de una comisión reformatora del recientemente sancionado **Código Civil y Comercial** (en adelante, “la Comisión” y “el CCCN”)<sup>1</sup> brinda una inmejorable oportunidad al notariado para insistir en que se remueva el único obstáculo legal que impide nuestra intervención en la gran mayoría de los procedimientos sucesorios que,

1. [N. del E.: El **Decreto PEN 182/2018**, del 7/3/2018, creó en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la Comisión para la Modificación Parcial del Código Civil y Comercial de la Nación, integrada por los doctores Julio César Rivera, Ramón Daniel Pizarro, Diego Botana y Agustina Díaz Cordero].

como veremos, se reduce a las disposiciones registrales. Este objetivo solamente se podrá alcanzar si se puede presentar y defender ante la Comisión y la sociedad en su conjunto una solución rápida, sencilla y económica al *tramiterío* sucesorio; una alternativa a nuestros arcaicos procesos judiciales que –en un abrir y cerrar de ojos– descongestione los tribunales, aliviando la tarea de innumerables jueces que podrán abocarse a temas más importantes que el papeleo burocrático, y libere a los herederos de trámites engorrosos y de costos exorbitantes. En este sentido, es indiscutible que para las sucesiones en que todos los herederos sean capaces y no exista conflicto entre ellos la solución más extraordinaria sigue siendo la que surgía de nuestro viejo Código Civil y que aún se encuentra claramente establecida en el nuevo, aunque –curiosamente– no la podemos ver.

## 1.2. La actuación notarial en los procedimientos sucesorios en el Código Civil y Comercial

Lamentablemente, hemos profundizado poco en la correcta interpretación y aplicación del Código Velezano que simplificaban extraordinariamente los trámites sucesorios, y casi cien años nos separan de las últimas escrituras extendidas a tenor de una correcta interpretación de su normativa. Nuestro conocimiento y percepción sobre el valor jurídico de sus disposiciones descansan básicamente sobre lo afirmado por las sólidas legiones conformadas por sus detractores. No es tarea sencilla refutar todas las interpretaciones erróneas, las creencias infundadas, las afirmaciones aventuradas, los razonamientos inconsistentes y hasta las falsedades aviesas y malintencionadas que se realizan en torno a nuestro viejo *Código Civil* (en adelante, “CCIV”) y su modo de proveer a la transmisión sucesoria. Es por eso que de todas las maneras posibles de presentar el tema de manera sencilla, elegimos una inspirada en el “pensamiento lateral”, que, según sus impulsores, nos debería llevar a romper patrones rígidos de pensamientos, desarrollando así ideas más creativas e innovadoras. Se supone que, de esta manera, podremos encontrar respuestas diferentes, nuevas e ingeniosas para problemas ya conocidos. Y es indudable que esto es lo que necesitamos para dar un poco de aire fresco al replanteo de esta antigua cuestión.

Entonces, abordaremos el problema enfrentándonos a un sencillo mandato de administración. Los otorgantes son la viuda de un señor recientemente fallecido y sus dos hijos: pretenden dar un poder a un tercero para administrar algunos bienes de la sucesión, entre ellos un inmueble cuya locación hay que renovar, para lo cual es necesario adicionar al mandato facultades especiales. El tema, como se ve, no es nada complejo, pues se encuentra legislado específicamente en el artículo 2325 *CCCN*.

*Actos de administración y de disposición.* Los actos de administración y de disposición requieren el consentimiento de todos los coherederos, quienes pueden dar a uno o varios de ellos o a terceros un mandato general de administración.

Son necesarias facultades expresas para todo acto que excede la explotación normal de los bienes indivisos y para la contratación y renovación de locaciones.

Si uno de los coherederos toma a su cargo la administración con conocimiento de los otros y sin oposición de ellos, se considera que hay un mandato tácito para los actos de administración que no requieren facultades expresas en los términos del párrafo anterior.

El inconveniente es que –como el causante falleció hace dos días– estos requirentes no tienen declaratoria de herederos a su favor. ¿Será menester solicitarla? Nosotros razonamos que el artículo 2325 CCCN pertenece a un título encabezado por el artículo 2323, que advierte que sus disposiciones se aplican “desde la muerte del causante hasta la partición”. Y todos sabemos que una declaratoria no se consigue de un día para el otro. Asimismo, el capítulo al cual pertenece el artículo se llama “Administración extrajudicial”, y no parece muy coherente pensar que frente a un encabezado así deba contarse con un pronunciamiento judicial, más aún cuando el proceso sucesorio se contempla en el CCCN en un título distinto, el 7. Por otro lado, sabemos que nuestros requirentes tienen la investidura hereditaria de pleno derecho y la declaratoria solo se requiere para la transferencia de bienes registrables (art. 2337 CCCN), y aquí –como tenemos dicho– se trata de un sencillo poder de administración.

Estamos advertidos de que es facultad del juez –aun sin abrirse el proceso judicial– autorizar el otorgamiento de actos para los cuales es necesario el consentimiento de todos los sucesores si la negativa de uno de ellos pone en riesgo el bien común (art. 2327 CCCN). Pero no es el supuesto que nos ocupa: estos coherederos se llevan maravillosamente bien y no tienen ningún problema en suscribir el poder, por lo cual tampoco están reunidos los requisitos para la actuación judicial.

¿Es necesario que exhiban las actas de matrimonio y de nacimiento al escribano? Es de muy buena práctica. Si bien no son documentos habilitantes –ya que los herederos lo son por derecho propio–, son instrumentos legitimantes que establecen la relación con el derecho que se ejerce. Además, razonar de otro modo llevaría al apoderado a tener que exhibir, cada vez que se los requieran, los documentos que demuestren que los otorgantes eran parientes del causante.

Pero el problema importante es otro...: estos poderes requieren el consentimiento de **todos** los herederos (art. 2325 CCCN), y la pregunta importante es quién dice quiénes son *todos*. Descartemos hipótesis: a) No lo dirá el juez pues, por las razones que explicamos, no corresponde el dictado de una declaratoria. b) Con toda seguridad, no lo dirá el escribano, ya que jamás de los jamases podrá asegurarlo.<sup>2</sup> Entonces solo nos queda: c) Serán los mismos herederos quienes manifiesten que los presentes en el acto son todos los herederos y cargarán con las responsabilidades civiles y penales que les pudieran corresponder en caso de incurrir en falsedad.

Hasta aquí el razonamiento parece inexpugnable. Es que cualquier objeción a esta cadena de explicaciones convierte en papel mojado las normas apuntadas, haciendo fracasar toda una construcción del CCCN y convirtiendo en “judicial” aquello que el código denomina “extrajudicial”, y privaría a los herederos de una herramienta ágil para estas situaciones que son cotidianas. Por último, flaco favor le haría el notariado a la comunidad si se rehusara en base a escrúpulos infundados a extender los documentos con la rapidez y economía que el Código establece. Más cuando –reiteramos– la declaratoria de herederos solo se establece para la inscripción de bienes registrables.

Analicemos dos cuestiones más. La primera, sencilla, es que cae de su peso que los herederos pueden realizar estos actos por sí; no está obligados a hacerse representar por

2. Como tampoco puede hacerlo el juez. Por ello, ha sido siempre criticada la fórmula contenida en las declaratorias de “únicos y universales herederos”. Ver MAFFÍA, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 278.

uno de ellos o un tercero. El otro punto es que el mismo artículo 2325 CCCN habilita a que los herederos realicen actos de disposición y, por ende, abre la puerta a una innumerable cantidad de actos que pueden efectuar los sucesores:

- **Disponer** de todos los bienes muebles que componen la herencia, incluyendo el derecho de percibir todas las sumas de dinero que correspondan al causante (incluye cualquier clase de depósitos bancarios).
- **Enajenar** títulos valores, ya que los mismos no son bienes registrables (art. 1815 CCCN).
- **Transferir** acciones nominativas no endosables y las no cartulares.
- **Vender** la participación en todo tipo de sociedades como de establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios (ya que tampoco se pueden considerar bienes registrables; art. 470 CCCN).
- Todo esto sin contar con disponer plenamente de todos los derechos personales que pudieran tener contra terceros.
- Además, pueden si lo desean realizar partición de estos bienes (art. 2369 CCC),

Tomaremos una última hipótesis para seguir razonando. El causante adquirió tres fastuosos pisos a construir en la más importante avenida de Buenos Aires. Los boletos se extendieron en escritura pública. Fallece cuando los departamentos estaban terminados y a punto de serles escriturado. Su cónyuge e hijos necesitan transferir urgentemente los boletos. Y urgente es ya: dos días después del fallecimiento. Los distintos cesionarios no tienen inconveniente. Confían plenamente en el asesoramiento notarial y, además, saben que sus derechos están protegidos por el artículo 2315 CCCN. Pero hay que hacer la cesión por escritura pública (art. 1017 inc. c)... ¿sin declaratoria? ¿Cuál es la recomendación que da el lector?

Y esta es la pregunta insidiosa cuya respuesta ha dividido a la doctrina en general y al notariado en especial durante fines del siglo XIX y principios del XX. En esta cuestión naufragaron las incumbencias sucesorias del notariado y esta la causa por la cual es altamente probable que la administración extrajudicial de los bienes sucesorios se convierta en letra muerta en los años venideros. Es que aunque la posibilidad de legitimar al heredero *ab intestato* en ausencia de un pronunciamiento judicial fue el gran acierto de Vélez que –inicialmente aprobado por la doctrina– fue resistido por parte del notariado y luego por normas registrales y ha sido desterrado casi completamente de nuestra práctica profesional y de nuestra manera de razonar: el heredero lo es en cuanto pueda mostrar una declaratoria judicial, digan lo digan los textos legales.

En el nuevo CCCN, la posibilidad de los herederos de administrar y disponer de los bienes sucesorios se encuentra más claramente expuesta que en el ordenamiento anterior. La contradicción está ahí, interpelándonos. Si los herederos pueden –sin una declaratoria– ceder los derechos emanados de un boleto de compraventa sobre un importante inmueble, ¿a título de qué lo necesitan para transferir el dominio del mismo inmueble? Si logramos resolver la contradicción, podremos exigir una incumbencia que hemos perdido a lo largo de los años. De no ser así, ni siquiera nos animaremos a realizar –en ausencia de una declaratoria– los poderes de administración contemplados en el artículo 2325 CCCN.

## 2. La solución elegante

En las matemáticas se utiliza el concepto de “elegancia” para distinguir la solución de un problema que sorprende por su simpleza sin perder por ello eficacia. No sabemos si alguien ha aplicado concepto parecido al mundo del derecho, pero es indudable que, frente al mismo problema, la solución de Vélez Sarsfield muestra una elegancia que nuestros procesos sucesorios jamás tendrán.

El anterior Código funcionaba exactamente igual que las normas insertas en el nuevo y que recién analizamos. Por eso, una partición extendida según sus disposiciones era de este tenor:

... *comparecen Elena ROMAK (datos personales) viuda de sus primeras nupcias con Alfredo García, Primo GARCÍA (datos personales) y Segundo GARCÍA, (datos personales) de mi conocimiento [...] y EXPRESAN: a) Que la primera es la cónyuge supérstite y los restantes hijos legítimos de quien fuera Alfredo García, fallecido el [...] 2) Que lo acreditan con las siguientes actas y partidas [...] 3) Que son los únicos herederos del causante 4) Que vienen a liquidar la sociedad conyugal y el acervo sucesorio de la siguiente manera...*<sup>3</sup>

¿Nada más? Nada más. ¿Declaratoria de herederos? ¡Obviamente, no! ¿Cómo iba a pedir el escribano una declaratoria que el Código no contemplaba y, por el contrario, predicaba su inutilidad, ya que “el heredero entra en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces” (art. 3410 CCIV) y es propietario de los bienes desde ese momento (art. 3417 CCIV) y no existía ninguna limitación para que los enajenara? ¿Testigos? No más que los que pudiera necesitar cualquier otra escritura. ¿Edictos? ¿Comunicación al registro de juicios universales? ¿Registro de testamentos? ¿Patrocinio letrado? Nada de eso contemplaba el Código. ¿El escribano no “declara” que son herederos? Tampoco lo pedía el Código.

¿Nada más? Nada más.

¡Esta es una solución elegante! No más complicada que cualquier compraventa sencilla. Entonces, ¿por qué tenemos unos procesos judiciales interminables, complejos y horrorosamente ineficientes?

En nuestro país, es indudable que colisionaron dos concepciones distintas sobre la transmisión sucesoria. Una de ellas, habilitada en el Código de Vélez Sarsfield, permitía a los herederos actuar sin contar con una declaratoria de herederos judicial que los reconociera como tales. La otra<sup>4</sup> requería como *conditio sine qua non* la existencia del reconocimiento judicial. Este último paradigma es en el cual hemos sido educados y adoctrinados con tal eficacia que a la mayoría de los profesionales del derecho (abogados, jueces, escribanos y registradores) les parece casi ociosa cualquier discusión sobre este punto. Y este paradigma es el cual tenemos que poner en crisis para entender lo

3. No es creación nuestra. Es una síntesis de modelos similares que se encuentran en: BALDANA, Juan, *Teoría y práctica notarial*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1913, p. 13; CASTILLO, José, *Estudio teórico práctico para el oficio de escribano público*, Buenos Aires, Pedro Igon y Cía. Editores, 1893, p. 563; CALVO, Juan L., *Actas de notoriedad, notariales y extraprotocolares*, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1969, p. 169.

4. Originariamente fundada en una práctica *contra legem*, posteriormente afianzada por normas tributarias y registrales a los cuales se sumaron doctrinas y fallos *ad hoc*.

brillante del código derogado. Nuestro intento de hacerlo fue mostrando cómo, frente a un nuevo CCCN que indudablemente permite la disposición de bienes por parte de los sucesores sin una declaratoria, nuestros hábitos mentales son mucho más fuertes que la normativa legal.

### 3. Una discusión centenaria

El discurso jurídico dominante, aun dentro del notariado, nos enseña que la declaratoria de herederos es una institución que tiene su origen en el derecho indiano, que hunde sus raíces en las leyes de partidas, y que, por eso, la posesión de pleno derecho, legislada por Vélez Sarsfield, no pudo hacer pie en nuestro derecho. La historia es más complicada que eso...

¡Viva la Federación!

[Hay un sello que dice: “Vivan los federales, mueran los unitarios”]

En la Ciudad de Buenos Ayres, a quince de septiembre de mil ochocientos treinta y siete, Año veinte y ocho de la libertad. Veintidós de la Independencia y octavo de la Confederación Argentina. Ante mí el infrascripto Escribano Público del numero de ella y testigos don [...] y la esposa de este, doña [...], todos vecinos de esta ciudad a los que doy fé, conozco y dixerón: Que por muerte de sus padres, don [...] y doña [...] ellos como sus hijos legítimos y únicos herederos con su otro hermano don..., mayores de edad, han practicado división y partición de sus bienes, extrajudicialmente, correspondiéndoles la casa mortuoria sita en el cuartel [...], calle de Cuyo numero [...], edificada en terreno de [...] que hubo su finado padre por compra que hizo a doña [...] según escritura que le otorgo el [...] por ante el escribano publico numerario don [...] hoy finado, la cantidad de pesos [...] reales a doña [...] todo en moneda corriente. En el día han acordado vender los exponentes a don Fabián Gomez ya citado la acción de ambos que queda detallada e importa [...] pesos [...] En su testimonio así lo otorgaron y firmaron siendo testigos don [...], don [...] y don [...] Sigue a la obligación que otorgo don Geronimo Márquez a favor de doña [...] en catorce de dicho mes y año al folio cincuenta y seis. Firmados. Sebastiana Gomez, Manuel Gomez, Marcelo Ignés. [testigo {...}], [testigo {...}], [testigo {...}], y [testigo {...}]. Ante mí: N. N. escribano publico y de numero. Concuerta con la matriz.

Este es un extracto de una escritura de partición y posterior venta de bienes sucesorios transcrita por Baldana.<sup>5</sup> Tiene casi dos siglos de antigüedad<sup>6</sup> y es un indicio importante para desvirtuar las afirmaciones de quienes consideran que la partición judicial era extraña a nuestras costumbres.<sup>7</sup>

Este indicio, asimismo, es corroborado en 1884 por el entonces fiscal de la Cámara de Apelaciones de Capital Federal, Cortés, en una causa en la cual se cuestionaba un título de propiedad por no constar en él la declaratoria de herederos a favor de los dispo-

5. BALDANA, Juan, *Tratado de derecho notarial argentino*, Buenos Aires, Compañía General Fabril Financiera, 1946, p. 1375.

6. Podemos decir que tenemos una larga tradición de elegancia.

7. Cómo ya hemos visto, Baldana tiene formularios de partición extrajudicial en su libro de 1913, de lo cual se deduce inmediatamente que la institución estaba en uso aún en aquel entonces. Ver BALDANA, Juan, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 13.

entes. Aunque la parte demandada adujera que la ausencia de la declaración se debía al poco valor de la finca, el fiscal afirmó en su dictamen que

... la verdadera explicación de aquella práctica debe buscarse y se encuentra en el derecho especial establecido para la América Española, conforme al cual la posesión hereditaria de los bienes entre ascendientes y descendientes legítimos, se transmitía *ipso iure*, sin necesidad por parte de los herederos, para poder disponer de dichos bienes, de intervención judicial, ni declaración alguna. Este mismo derecho es el que ahora nos rige y tampoco en la actualidad, los ascendientes y descendientes legítimos para entrar en posesión de los bienes hereditarios y disponer libremente de ellos, siendo todos mayores de edad, no necesitan la intervención judicial [...] tal es [...] la verdadera explicación del supuesto defecto notado en los títulos de que se trata, en los cuales sin embargo de aludirse a diversas herencias entre padres e hijos legítimos no se contiene la declaratoria de herederos que hoy mismo no podría considerarse necesaria aunque ciertamente, no dejaría de ser útil.<sup>8</sup>

Nuestros primeros tratadistas estaban de acuerdo con tan encumbrado funcionario y critican la costumbre que empieza a establecerse de pedir una inútil declaratoria. Así, al tratar el artículo 3410, Llerena dice:

Es decir, sin necesidad de ningún acto de posesión material y sin necesidad de que el Juez le mande dar la posesión judicial, pues entra de pleno derecho por el sólo hecho de la muerte del autor de la sucesión. Con esta posesión puede [el heredero], desde luego, ejercer actos materiales sobre los bienes. Puede también vender y hacer tradición [...] En la práctica de los tribunales de la Capital, como en la mayor parte de las provincias argentinas, se ha establecido como necesario, la declaratoria del heredero por el Juez de la sucesión, aun cuando se trate de descendientes o ascendientes. Esta declaratoria, que en realidad no puede dar ni quitar á los herederos a favor de los cuales se hace, puesto que siempre se declara en ella que es sin perjuicio de terceros, es inútil tratándose de herederos descendientes ó ascendientes; es inútil porque, con arreglo al artículo que estudiamos, ellos entran en posesión de la herencia y pueden disponer libremente de los bienes sin necesidad de declaración alguna por parte del Juez.<sup>9</sup>

Y dice en forma contundente

Desde que el que pretende la posesión de la herencia pruebe que está en grado sucesible, no necesita establecer la prueba negativa de que no hay otros herederos más próximos, puesto que, como hemos dicho, esa declaratoria no da ni quita derechos á los herederos.<sup>10</sup>

También Machado disparaba munición gruesa contra quienes abogaban por la declaratoria:

¿Cómo es que vino a introducirse entre nosotros la costumbre de la declaratoria de herederos, tratándose de ascendientes y descendientes legítimos? Sin duda, los escribanos que vinieron de España, donde regían las leyes de Partidas y Recopiladas que ordenaban esa

8. Ver CORTÉS, Gerónimo, *Vistas fiscales expedidas en el carácter de fiscal de la Cámara de Apelaciones de la Capital*, t. 1, Buenos Aires, Imprenta Europea, 1887, p. 271.

9. LLERENA, Baldomero, [comentario al art. 3410], en *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, t. 9, Buenos Aires, Peuser, 1902, 2ª ed., pp. 228-229. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente biblioteca digital de [Infojus-SAI](#); última consulta: 16/11/2018].

10. Ídem, p. 231. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente biblioteca digital de [Infojus-SAI](#); última consulta: 16/11/2018].

formalidad, sin conocer las leyes de Indias exigieron para la transmisión de la propiedad esa declaratoria de herederos, como una condición necesaria de validez, y he aquí porqué se ha considerado la supresión como un defecto en los títulos. ¿Pero qué valor puede tener su falta para los descendientes legítimos residentes en la República, que la ley supone tan conocidos que no se dude del parentesco? La declaración del juez de únicos y universales herederos se hace, sin perjuicio de terceros, y con la calidad de, en cuanto hubiere lugar por derecho; en estas condiciones, la resolución no agrega valor alguno a la calidad de heredero descendiente o ascendiente que se atribuye al enajenante. Pero toda práctica inveterada crea en el espíritu de los funcionarios acostumbrados a cumplirla, un elemento de juicio que con la continuidad de su aplicación, viene a llenar el mismo lugar que debería ocupar una disposición expresa, y suprimiéndola deja una especie de vacío que no sabe cómo llenar.<sup>11</sup> [...] No hay, pues, necesidad de declaratoria de herederos desde que la ley pone en posesión de la herencia a los descendientes y ascendientes legítimos por la muerte del causante [...] La hijuela es el verdadero y único título, pues se manda registrar como tal en el registro de la propiedad.<sup>12</sup>

### 3.1. Las posiciones notariales

No le faltaba razón a Machado al considerar que una parte del notariado se resiste a la aplicación de las soluciones establecidas por Vélez Sarsfield, ya que así queda reflejado en la *Revista Notarial* de la Provincia de Buenos Aires y la *Revista del Notariado* de Capital Federal desde sus primeros números. Así, en 1898, Gil considera que el fiscal Cortés confunde la posesión hereditaria con la demostración escrita y formal del título sucesorio. Para este escribano la declaratoria judicial se torna indispensable, pues constituye un documento habilitante, y su falta de inserción torna nula la escritura.<sup>13</sup> Dos años después, el colega González evacua una consulta diciendo:

... conceptuamos el caso de sumo interés para el notariado: Una persona murió intestada, dejando hijos legítimos, todos mayores de edad, están estos en la más perfecta armonía y desean privadamente liquidar la testamentaria por medio de escritura pública: ¿puede hacerse sin establecer previamente el título hereditario? se nos ha preguntado y hemos contestado lo siguiente: [...] En estos casos, lo regular y legal es que a la división de la herencia preceda la justificación del título hereditario y la competente declaratoria judicial para que los herederos no toquen inconveniente alguno cuando deseen transmitir a terceros el todo o parte de sus respectivas porciones hereditarias: pero si –no obstante esto– se empeñan los interesados en prescindir de tal formalidad, conceptuamos que el Escribano de Registro podría hacer el acto escriturario de división y adjudicación, siempre que le conste los hechos de una manera indubitable y consigne la falta de dicho requisito, para salvar no su responsabilidad –que no tiene ninguna– sino su competencia profesional. Escusamos decir que el caso explicado es excepcional y sólo de aplicación entre descendientes y ascendientes legítimos o entre estos y aquellos [sic] pues la regla general es que deben intervenir

11. ¿Se advierte que el mismo *horror vacui* nos perturba frente al capítulo de la administración judicial?

12. MACHADO, José O., [comentario al art. 3410], en *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. 8, Buenos Aires, Lajouane, 1901, pp. 597-599. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente biblioteca digital de [Infojus-SAI](#); última consulta: 16/11/2018].

13. Ver GIL, Antonio L., “Posesión hereditaria. ¿Requiere actos materiales ó basta el título legal?”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, 1898, N° 5, pp. 73-77. [N. del E.: ver texto completo [aquí](#)].

previamente los jueces, como resulta claramente de los art. 3411, 3412, 3413 y siguientes del Código citado.<sup>14</sup>

Es evidente que la melindrosa posición del colega es un abrazo de oso a la partición extrajudicial de la herencia. En 1901, Insúa, teniendo en consideración los argumentos de Machado sobre el artículo 3410 CCIV y las expresiones del fiscal Cortés, afirma que dicha doctrina:

... se conforma indudablemente con el espíritu del artículo citado, y por lo tanto, puede afirmarse que en los casos que caen bajo aquella disposición legal, la declaratoria de herederos no es necesaria para la adquisición eficiente de la posesión ni se precisa para la enajenación de los bienes de la herencia. No creo, por otra parte, que la declaratoria constituya un documento habilitante que, conforme al art. 1004, deba transcribirse en las escrituras [...] Pero de que una cosa no sea indispensable no se sigue que no pueda ser útil, y en esto disiento de la opinión del distinguido tratadista que no reconoce ventaja alguna a las declaratorias. Ante todo es necesario hacer notar que los Escribanos han creado al aplicar su ministerio, una serie de prácticas que si bien no son indispensables para la validez de los actos notariales son de verdadero interés público porque fijan y garantizan los derechos de las partes.<sup>15</sup>

Es interesante la posición de Insúa en el sentido de que respalda –sin vacilación– un trámite innecesario, sin preocuparse de los costos que aquellos involucran para los interesados. Afortunadamente, nunca faltaron colegas que defienden la doctrina correcta. El escribano Jonas escribe un excelente artículo en que, luego de abogar por la intervención notarial, expresa:

“... se me dirá ¿y si los que comparecen ante el Escribano y se dicen únicos herederos no fuere ni herederos ni únicos ¿qué sucedería? –Que si no eran herederos todo lo hecho sería nulo, y que si lo eran, sería nula la división, que habría que reformar, y en uno y otro caso, serían responsables civilmente por el valor de los bienes si hubieran recibido de más y criminalmente por la falsedad cometida. Pero eso pasa todos los días en los juicios sucesorios, y aún en testamentarios [...] porque el juez no es adivino y puede ser engañado como cualquier escribano. En la división hecha por escritura pública si está debidamente hecha, hay dos ventajas sobre el juicio sucesorio o testamentario: una evidente que salta a la vista, y es la economía de tiempo y dinero; otra improbable, y es la de que conociendo el Escribano a los causantes, a los herederos y sus negocios, con un trato bastante íntimo, frecuente y antiguo, tenga más seguridad que el juez, que por regla general no ha conocido a los causantes, no conoce a los herederos y no sabe nada de los intereses de familia.”<sup>16</sup>

14. Ver GONZÁLEZ, Leandro M., “Miscelánea. I. Pueden liquidarse sucesiones intestadas sin establecer el título hereditario”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, N° 32, 1900, p. 248. [*N. del E.*: ver completo [aquí](#)]. Se advierte claramente que si lo “regular y legal” es tramitar la declaratoria, es obvio que no hacerlo debería ser considerado “irregular e ilegal”; nuestro autor no nota la contradicción. Por otro lado, los arts. 3411-3413 CCIV no instituyen una regla general de la cual el 3410 sea una excepción; son supuestos diferentes. En todo caso, la regla general sería el art. 3410, ya que lo más habitual es que la herencia pase a los herederos forzosos.

15. Ver INSÚA, José, “Declaratoria de herederos”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 85, 1901, p. 156.

16. JONAS, E. R., “Herencias. Partición extrajudicial”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, N° 83, 1904, p. 356.

En 1908, la *Revista Notarial* lanza una consulta sobre este tema: “La división de la herencia que se otorgue de conformidad a lo dispuesto en los artículos 3410 y 3462 del Código Civil, ¿puede hacerse válidamente sin justificar judicialmente la calidad de heredero?”. Recoge el guante el colega J. González, quien afirma, haciendo base en el artículo 3410:

En presencia de este artículo no cabe a mi juicio ninguna duda para afirmar que al adquirir el heredero por efecto exclusivo de la Ley la posesión de la herencia queda habilitado para disponer de los bienes que la constituyen, como propietario que es de ellos y puede en consecuencia ejercer cualquier acto de disposición relativo a los mismos sin más restricciones que las que surjan de su capacidad legal. Y si así no fuera ¿Qué objeto tendrían las disposiciones legales citadas, especialmente las de art. 3410? Decididamente ninguno. Si el heredero a que se refiere ese artículo tuviere necesidad de justificar su título a la herencia, como en los casos de los artículos 3411, 3412 y 3413 para obtener la facultad de disponer de ella como dueño absoluto, forzoso sería concluir en que tal art. 3410 no tendría razón de ser.<sup>17</sup>

Cuatro años después, en 1911, el tema se sigue discutiendo. La redacción de la *Revista Notarial*<sup>18</sup> contesta una consulta realizada en el número anterior, donde un escribano plantea si se necesita o no la declaratoria para otorgar la división de herencia. La respuesta es muy breve y, como aclaran sus autores, se basa en un caso práctico resuelto y publicado en 1904.<sup>19</sup> Se trata de una partición realizada por un escribano sin contar con la declaratoria. Llevada a inscribir al Registro Inmobiliario de Dolores, le contestan: “Señor Escribano: No puede inscribirse, por cuanto los que realizan la división no tienen inscripto a su nombre adjudicación que solo puede tener lugar por testamento o declaratoria judicial”. Elevado el asunto al director general del Registro se expide:

Julio, 7 de 1904, Hágase saber al Señor Gerente del Registro de la Propiedad de Dolores que las observaciones que formula no tienen razón de ser y que lo resuelto por esta Dirección en casos de división de condominio no es aplicable a la escritura que presenta el Escribano Estévez Cambra que es de división de herencia...<sup>20</sup>

Concluye la consulta afirmando:

En resumen, cuando la sucesión tiene lugar con arreglo a lo establecido en el art. 3410 del Código Civil, los herederos mayores de edad pueden proceder a la división de sus bienes, sin necesidad de gestionar previamente la declaratoria de herederos. La innovación provocada por el señor Estévez Cambra mereció en ese entonces ser aplaudida, pues ella, además de facilitar en casos especiales la transmisión de los bienes beneficia grandemente a los interesados cuando, como en el presente caso, la exigüidad del valor de los bienes a

17. Ver GONZÁLEZ, J., “Divisiones de herencia”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 169, 1908, pp. 809-847. Por extraña razón, el autor, en forma sistemática, cita erróneamente los números de los artículos del Código Civil; hemos corregido ese detalle en la transcripción.

18. Ver [anónimo], en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 204, 1911, p. 2125 [sección “Correspondencia, Preguntas, Pedidos y Contestaciones”].

19. Ver [anónimo] “La herencia de padres a hijos. El artículo 3410 del Código Civil”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 120, 1904, p. 382.

20. Ídem, p. 2126. Igualmente la inscripción no prospera por constar en la escritura que los herederos se encontraban domiciliados en distinta provincia que los bienes.

dividirse, apenas sería suficiente para satisfacer, en su importe, los gastos que demandaría el obtener la declaratoria de herederos.<sup>21</sup>

Mas en seguida contestan los partidarios de la declaratoria. Así, en el número siguiente, Rodríguez, luego de reconocer que la opinión notarial no es uniforme y que ambas posiciones son defendidas por escribanos bien preparados, brinda sus argumentos, que sintetiza en estas conclusiones:

1° Que el título de herederos *ab intestato*, en el caso del art. 3410 CC solo puede ser reconocido y declarado por el juez de la sucesión, previos los trámites y formalidades legales. 2° Que la posesión de la herencia no importa la prueba del título de heredero y que, por lo tanto, para dividir enajenar o constituir derechos reales sobre bienes hereditarios, es necesaria la declaratoria judicial que reconozca tal carácter en favor de quienes pretendan celebrar actos de esa naturaleza. 3° Que la facultad que acuerda el art. 3462 del CC a los herederos mayores de edad, es a condición de justificar antes por los medios expresados el título de herederos.<sup>22</sup>

Enseguida, corre en apoyo de Rodríguez un colega que firma T. L. y P. Entre sus argumentos, desarrolla la idea de que el juicio testamentario como el intestado son instituciones de la ley procesal de orden público e irrenunciable porque no se han presentado sino en favor del ausente, como una garantía de sus derechos y a favor del fisco. El autor se destaca por ser el primero que trae en auxilio de sus ideas al derecho registral, lo cual es, en definitiva, el camino que ha seguido el CCCN.<sup>23</sup>

Sumamente destacable es que, en 1925, la oficina de consultas del Colegio de Escribanos de la Capital Federal se expide frente al caso de una observación a una partición realizada por un hijo y nieto de la causante, acreditando el deceso con la partida de defunción y su derecho con el testamento. Una síntesis de sus fundamentos se transcribe a continuación:

1° El heredero forzoso tiene su derecho a la herencia por la ley [...] 2° El art. 3430 del Código Civil confiere a los ascendientes y descendientes la posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión «sin ninguna formalidad ni intervención de los jueces». [...] 3° El testamento otorgado ante Escribano Público es y siempre ha sido considerado como un acto que hace fe absoluta, en tanto no sea impugnado. No sólo está equiparado a los demás instrumentos públicos, sino que se le juzga más solemne como ley del testador [...] de cumplimiento sagrado en tanto haya dispuesto dentro de la órbita de la ley [...] no conoce esta oficina que ese ni ningún otro acto notarial otorgado en el país esté sujeto para su eficacia, como instrumento probatorio, a la aprobación o revalidación judicial [...] 5° [...] En la escritura a dictamen, se reúnen todas las circunstancias que hacen la partición inobjetable; testamento con institución de herederos, que prueba acabadamente quienes son estos, transmisión legal por ser esos herederos descendientes legítimos del testador y por lo tanto sus herederos forzosos, propiedad y posesión de la

21. *Ibidem*.

22. Cfr. RODRÍGUEZ, Jacinto F., "División de bienes hereditarios entre ascendientes o descendientes legítimos, mayores de edad", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 205, 1911, p. 2135. [*N. del E.*: ver completo [aquí](#)].

23. T. L. y P. [seudónimo], "Partición extrajudicial. Requisitos de validez", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 206, 1911, p. 2184.

herencia por ministerio de la ley, sin necesidad de intervención judicial, autorización legal para hacer la partición por escritura pública, en razón de ser esos herederos mayores de edad \*\*\* el informe de... si bien admite que la partición puede hacerse privadamente entre herederos mayores de edad, afirma que para proceder a ella es necesario que previamente se les reconozca judicialmente como tales, sea aprobado las disposiciones del testamento o a falta de ellas dictando la declaratoria de herederos. He dicho ya que no conozco disposición alguna en que pueda basarse esta tesis, con relación al caso, ni el informe la cita. Y sería dar demasiada extensión a mi dictamen entrar en consideraciones al respecto...<sup>24</sup>

Todavía en 1926, encontramos en la *Revista del Notariado* un artículo que exalta las virtudes de la tramitación notarial del sucesorio:

Después de la vigencia del Código, los herederos mayores de edad, dividían la herencia de sus padres, generalmente por escritura pública y de acuerdo con lo establecido en art. 3462 del Código Civil [...] para llevar a efecto esto, se le entregaba al escribano el testamento del causante y la partida de defunción, con el fin de justificar el carácter hereditario y el fallecimiento. Con estas piezas y las escrituras de las fincas, se procedía a practicar la división de la herencia, adjudicándose a cada heredero, la porción que correspondía previo pago del Impuesto Fiscal, que consistía en un sello que se agregaba al protocolo. Después se inscriben los testimonios en el Registro de la Propiedad y todo quedaba concluido. Otras particiones se hacían sin testamento ni declaratorias [...] Nadie ha puesto dificultades a esos procedimientos, puesto que son de acuerdo con el Código Civil y no alteran la esencia de la partición como él dice. No hay nulidad alguna que oponer, de manera que cualquier transmisión que se funda en ellas es perfecta [...] sin embargo se exige por algunas sociedades de préstamos, la iniciación del juicio sucesorio, con el propósito de que el juez declare la validez del testamento, según la costumbre de hoy, lo que es a mi juicio innecesario. [...] Si hay algún artículo práctico en nuestros Códigos, es el comentamos, por cuanto ha seguido en parte el procedimiento antiguo, cuando las testamentarias se liquidaban en forma sencilla, y sin las tramitaciones, que tanto abultan los expedientes y cuestan a los interesados. Cada día vamos complicando más la vida con estas cosas nuevas, que se inventan para alterar los hechos consumados y la estabilidad de la propiedad, creándose desconfianzas, propias de espíritu cavilosos, cuando no hay peligros remotos ni nada que pueda presumirlos.<sup>25</sup>

Podemos decir que aquí se cierra toda una época en la cual el notariado debate en torno a la aplicación práctica del artículo 3410 del Código Velezano. En tiempos más cercanos, aquel abandonará la defensa de estas sencillas particiones, para abogar por un procedimiento más o menos parecido al judicial que concluya en una declaratoria de herederos notarial.

A nuestro entender, es Pondé quien se constituye en el punto de inflexión entre estas dos épocas, ya que claramente reconoce que los herederos legitimarios no necesitan hacer un trámite judicial ni obtener una declaratoria de herederos para hacer valer en plenitud sus derechos:

24. INSÚA, José, "Partición de herencia por escritura pública", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, N° 308, 1924, pp. 230-231. [N. del E.: ver completo [aquí](#)].

25. GIMÉNEZ, Eusebio G., "Partición de herencia entre herederos mayores de edad", en *Revista del Notariado*, N° 327-328, 1926, p. 7.

Deducción inmediata de la lectura del art. 3410 es la afirmación de que la intervención procesal de la justicia es innecesaria, con la fuerza y la drasticidad expresa devenida del «sin ninguna formalidad o intervención de los jueces» [...] no hay correlación entre la simplicidad del texto del artículo 3410 y la complicada gestión que requiere el trámite sucesorio [...] es llamativo cómo la costumbre ha logrado imponerse –con la aceptación expresa de los tratadistas y la aquiescencia también expresa de los poderes públicos– a las disposiciones terminantes del Código Civil. Mas, una resolución judicial, cual es el auto de declaratoria de herederos, no contemplado en nuestro Código Civil, se ha popularizado en desmedro del instituto jurídico base de la transmisión hereditaria entre nosotros que es el de la posesión de la herencia.<sup>26</sup>

Y más adelante, en referencia a la declaratoria judicial, afirma:

Nosotros creemos que es un infeliz sistema que recarga la tarea de los tribunales de justicia, congestionándolos con un quehacer impropio y dañando a la comunidad con la inevitable consecuencia del atraso en la administración de justicia.<sup>27</sup>

Pese a la contundencia de sus afirmaciones, termina rindiéndose al sistema consuetudinario y aboga por que los escribanos sean quienes dicten la declaratoria de herederos en reemplazo de los jueces. ¡Realpolitik en estado puro! Pero Pondé entiende claramente que está poniendo muletas a un sistema que caminaría mucho más ágilmente sin ellas.

#### 4. ¿Una solución criticable?

Cuando se confrontan los sencillos trámites notariales con los pesados procesos sucesorios, aparece, entre la mayoría de los colegas, un cierto escalofrío y posterior negación de la conveniencia de los mismos, que no es más que la manifestación del *horroris vacui* producido por la ausencia de la declaratoria. Y este es el principal problema que existe para defender la solución esbozada por Vélez Sarsfield: a los notarios no les gusta que alguien o un grupo de personas se presenten afirmando que son los únicos herederos del causante sin un documento que así lo certifique. Es inútil o no discutir sobre tal o cual texto legal si en definitiva a lo que nos estamos enfrentando es a un prejuicio recubierto de argumentos legales, prejuicio que descansa sobre la desproporcionada confianza en la declaratoria de herederos.

Por eso, lo primero que habrá que tener en claro es la inutilidad intrínseca del procedimiento sucesorio *ab intestato*, que, en su quintaesencia, se reduce a investir como herederos a aquellos que se presentaron ante el juez diciendo que son los herederos. Para eso, es imprescindible refutar a Bibiloni –paradigma de los defensores de la declaratoria de herederos–, quien criticaba el sistema del Código –como hemos expuesto– diciendo:

Todo este sistema que el derecho nacional no conocía hasta el Código, no puede coexistir con un sistema racional de estabilidad jurídica. Se ha formado o desarrollado en el derecho feudal. Se apoya en la notoriedad del parentesco. Esa notoriedad no puede existir sino por

26. PONDÉ, Eduardo B., “Posesión hereditaria y declaratoria de herederos en el supuesto del artículo 3410 del Código Civil”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 759, 1965, pp. 400-401. [N. del E.: ver completo [aquí](#)].

27. Ídem, p. 406. [N. del E.: ver completo [aquí](#)].

la cohabitación en la aldea. El señor la conoce. Los aldeanos saben que tal persona tenía uno, dos, diez hijos. Que deja viuda. Que no tenía más herederos que sus padres. Que ambos viven. Que uno había fallecido, etc. E importa poco que al tercero se le pruebe el parentesco alegado con documentos directos. Siempre quedará la grave cuestión de la existencia de herederos concurrentes o preferentes: art. 3416. Si se reflexiona que en las ciudades las gentes no se conocen, o aunque se conozca al causante, poco o nada se sabe de sus herederos; que puede no ser legítimo el que se dice tal, y pretenda muerto al que está vivo, o ausente, o distanciado de su familia; que en el extranjero, el comerciante, el fabricante, tiene bienes y que allí nada se conoce de su situación de familia, si el parentesco, en definitiva, contra lo que presupone el art. 3410, no prueba nada sobre la existencia de herederos que tienen derecho a los bienes, ¿qué sistema de crédito puede fundarse sobre bases tan inseguras? Mucho más prudente era el derecho español, que exigía la intervención judicial para declarar herederos a quienes tienen título para recoger los bienes...<sup>28</sup>

Analícemos el problema desapasionadamente.

#### 4.1. La notoriedad del vínculo

Cuando Bibiloni desarrolla su argumentación, ya estaba más que establecido el uso de partidas de nacimientos donde constaba el vínculo entre el causante y los herederos que se presentaban ante el notario (o de matrimonios en el caso del cónyuge).<sup>29</sup> Podemos convenir, al menos, que es un sistema actualmente por demás consolidado. Mi acta de nacimiento –con varias décadas de antigüedad– se encuentra resguardada en el Registro Civil y cualquiera puede ir a consultarla. Además, por otro lado, el juez no hace más que mirar las partidas, nada distinto a lo que podrían hacer los escribanos. De hecho, los escribanos nos pasamos la vida mirando partidas de nacimiento y estableciendo –en base a ellas– la existencia del parentesco entre distintas personas. Así que es hora ya de abandonar la crítica sobre la supuesta “notoriedad” del vínculo.

#### 4.2. El interés del tercero

Otro sonado yerro conceptual de Bibiloni. Es obvio que existe un conflicto de intereses entre un tercero que contrata con el heredero aparente y el vero heredero, si llega a aparecer. ¿Corresponde mantener el contrato entre el heredero aparente y el tercero? ¿O, por el contrario, hay que resguardar el interés del tercero adquirente? Dilema al cual la doctrina comparada le dio varias respuestas (no viene al caso desarrollarlas aquí).

Vélez Sarsfield dilucidó el problema en el artículo 3430 CCIV, con una redacción de ardua interpretación pero que no mencionaba para nada una declaratoria de herederos (ni notarial o judicial) que sirviera como elemento constituyente de la buena fe del tercero. Ese paso lo da la reforma de 1968, que, al decir de Belluscio, introduce subrepticamente la declaratoria en el artículo 3430 CCIV.<sup>30</sup> Recordemos su texto:

28. BIBILONI, Juan A., *Anteproyecto de reforma al Código Civil*, t. 3, Buenos Aires, 1940, p. 401.

29. Ver modelos mencionados en las fuentes bibliográficas citadas en nota 3.

30. Ver BELLUSCIO, Augusto C., “La reforma del derecho sucesorio en Francia”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2002-A, p. 1359, cita online AR/DOC/15324/2001.

Artículo 3430: Los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento y siempre que el tercero con quien hubiese contratado fuere de buena fe [...] Será considerado tercero de buena fe quien ignorase la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos.

Si leemos atentamente, entenderemos que, siendo el tercero adquirente de mala fe, la declaratoria que haya podido obtener el heredero aparente no le sirve de nada frente al verdadero heredero. Es, por tanto, un elemento absolutamente superfluo, ya que lo definitorio es la buena fe del tercero, y no la declaratoria. Sin embargo, fue reiteradamente agitado por los críticos de los trámites sucesorios notariales como argumento para impedirlos. Ahora, en su nueva redacción, el CCCN nos brinda la solución correcta:

Artículo 2315: *Actos del heredero aparente*. Son válidos los actos de administración del heredero aparente realizados hasta la notificación de la demanda de petición de herencia, excepto que haya habido mala fe suya y del tercero con quien contrató.

Son también válidos los actos de disposición a título oneroso en favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos.

Vemos así que ni la aprobación judicial del testamento, ni la declaratoria de herederos, ni el proceso sucesión per se sirven para configurar la buena fe del tercero. La base segura del crédito, que pretendía Bibiloni, queda así constituida sin ninguna necesidad de apelar a un proceso judicial.

### 4.3. El interés de los herederos ignorados y acreedores

Otro argumento esgrimido para defender los procesos sucesorios judiciales es su utilidad para la defensa de las acreencias de los acreedores y los derechos de algunos herederos que podrían ser postergados por el rápido accionar de otros sucesores que dispusieran de los bienes a espaldas de ellos. Es así que algunos autores sostienen que el proceso sucesorio brinda seguridad a estos interesados. Obviamente, quienes así razonan siempre han visto la realidad con una mirada sesgada.

Veamos a vuelo de pájaro nuestro tradicional proceso sucesorio testamentario. El heredero lleva su testamento al juez, quien, luego de una consulta al Registro de Juicios Universales –por si hubiera otro proceso sobre el mismo causante–, lo declara válido en cuanto sus formas, y, a partir de ahí, el heredero declarado puede disponer de los bienes. ¿Sirvió el proceso para anotarlos a posibles herederos de la existencia del proceso sucesorio? No, para nada. ¿Sirvió para anotarlos a los acreedores? Tampoco.

Es que la apelación a los intereses de los acreedores y de eventuales terceros siempre fue un argumento oportunista, centrado en el poder mágico –no podemos considerarlo de otra manera– de los edictos. En nuestros tradicionales procesos testamentarios –y el CCCN paga tributo a esa tradición– no se publican, los cuales quedan reservados a las sucesiones *ab intestato*. Las razones de esta distinción es que nuestros primeros códigos

de procedimientos, siguiendo el Código de Enjuiciamiento Español, legislaban en forma conjunta la sucesión vacante con la intestada. Por eso, al heredero legitimario –que bien podía acreditar con su partida de nacimiento su condición– se lo obligaba a realizar una publicación de edictos a la cual el heredero testamentario no estaba sometido. Por ello, pretender justificar los procesos sucesorios en virtudes que la mitad de ellos no tienen carece de sentido alguno. Por otro lado, solo una mentalidad parroquial puede darle algún valor a los edictos sucesorios –que han sido reiteradamente criticados por su inutilidad–, más cuando el nuevo CCCN los ha reducido a su mínima expresión. En realidad, nadie puede contestar coherentemente qué valor tiene un edicto publicado en la ciudad de Formosa si el resto de los coherederos viven en Santiago del Estero, Asunción, Berlín y Kamtchatka.

Toda indagación que pretenda ubicar a otro heredero además de los que se presentan ante el notario o el juez es una pérdida de tiempo, casi una curiosidad malsana, y con ello solo se pretende justificar la percepción de ingentes sumas de dinero para solventar tan inútil investigación. La máxima expresión de este desaguisado es la publicación de edictos, pero de esa matriz salen otras costumbres ya institucionalizadas, como los registros de juicios universales y de actos de última voluntad, los cuales, en nuestra práctica procesal, deben ser consultados antes del dictado de una declaratoria de herederos.

Razonemos: Pedro desea vender un inmueble, pedimos los certificados de dominio e inhibición correspondientes. ¿Le pedimos constancia de que no haya un pedido de quiebra u otro juicio en su contra del cual pudiera surgir una posible limitación a su posibilidad de enajenar? Obviamente, no. Entonces, si los hijos de Pedro vienen a vender el mismo inmueble y acreditan su derecho, ¿a título de qué deberíamos solicitar que acrediten la inexistencia de alguien que pretenda controvertir su título? Si ese alguien existiera, tiene todo el derecho de trabar las medidas cautelares que considere convenientes, las cuales se verán plasmadas en el Registro de la Propiedad Inmueble, pero lo que no es aceptable –aunque lo aceptemos– es que alguien tenga que hacer un proceso judicial para demostrar la inexistencia de alguien con mejor derecho sobre sus bienes. Menos aún cuando ese proceso ni siquiera sirve para demostrar eso.

## 5. La declaratoria de herederos y la cuestión registral

Hemos dicho al principio de estas líneas que los argumentos desarrollados por la doctrina dominante para intentar socavar los procedimientos notariales “a la velezana” son infinitos, pero son nada más que eso: vanas argumentaciones. Lo que importa, en definitiva, es cuáles son los obstáculos legales a los actos realizados por los herederos en ausencia de una declaratoria. Afortunadamente, para quienes creemos firmemente en la inutilidad de los procesos sucesorios, el CCCN ha tenido a bien clarificar el punto, recalcando que la declaratoria solo es imprescindible para la transferencia de los bienes registrables y al solo efecto de cumplimentar el tracto abreviado establecido en la legislación registral (art. 2337 CCCN y los [fundamentos del anteproyecto](#)):

Se prevé que los herederos designados en el testamento aprobado o en la declaratoria tienen la libre disposición de los bienes de la herencia, pero que, a los fines de la transferencia de

los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos, a los fines del cumplimiento del tracto abreviado en la legislación registral.<sup>31</sup>

A nuestro entender, esta solución está basada en los razonamientos de Zannoni que ya hemos tenido oportunidad de criticar desde nuestra ponencia en el XIV Congreso Nacional de Derecho Registral (Villa Carlos Paz, 2006).<sup>32</sup> Zannoni dice algo muy importante a lo que poca consideración y aplicación se da: “los acuerdos sobre la partición pueden concluirse entre los herederos, incluso con anterioridad a la declaratoria de herederos”;<sup>33</sup> aunque a continuación afirma: “sin perjuicio de que su oponibilidad exija, por razones de publicidad registral, el reconocimiento posterior del carácter hereditario”.<sup>34</sup> Y amplía esta contraposición afirmando:

Decíamos [...] que los herederos que gozan de la posesión hereditaria de pleno derecho, no necesitaban estrictamente esa declaratoria. Ocurre, reiteramos, que antes de ella, los regímenes de publicidad registral no permiten inscribir, es decir, registrar, la adquisición del dominio u otros derechos reales sin un previo control de legalidad y en su caso de mérito, judicial. La declaratoria de herederos ha venido a constituirse así mediante las normas de publicidad registral, en el título requerido para acreditar, frente a terceros, la adquisición de los derechos registrables.<sup>35</sup>

Se advierte claramente cómo entre la contradicción entre el derecho civil y un derecho meramente adjetivo como es el registral, el autor –como ahora el mismo legislador– le dan preeminencia al segundo.

Sin embargo, el criterio jurídicamente correcto es exactamente el inverso. Así lo explica Falbo:

3° Toda otra reglamentación que no sea necesaria para ejecutar la ley 17.801 no debe alterar su espíritu, procurando que el Registro sea el reflejo fiel e inmediato de la realidad extrarregistralmente constituida, facilitando y simplificando el trámite de la registración y ampliando, aún en caso de duda, los supuestos en que ella ha de considerarse procedente.

4° **En ningún caso una reglamentación puede restringir, limitar o condicionar la inscripción del documento, con exigencias no requeridas por la legislación de fondo, que impliquen la necesidad de modificar o ampliar las declaraciones de sus otorgantes.** El sistema registral, y más aún su reglamentación, deben estar al servicio de la relación comercial, y no a la inversa.<sup>36</sup>

Y también indican el camino interpretativo correcto Moisset de Espanés y Ventura:

Las normas registrales deben considerarse una herramienta al servicio de las prerrogativas sustanciales generadas por las leyes que regulan la constitución, modificación o extinción

31. LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión creada por Decreto PEN 191/2011], “Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, [s. e.], 2012, p. 219.

32. PICASSO, Esteban M., “La partición de bienes hereditarios por acto notarial y su inscripción registral (art. 3462 del Código Civil, art. 16 de la ley 17.801). ¿Es posible prescindir de la declaratoria de herederos?”, La Plata, Universidad Notarial Argentina, 2006. [N. del E.: ver conclusiones del Congreso [aquí](#); fuente: web de la [Universidad Notarial Argentina Virtual](#); última consulta 21/11/2018].

33. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 669.

34. *Ibidem*.

35. *Ídem*, p. 464.

36. FALBO, Marcelo N., “Principio de irrestricción”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 786, 1982, pp. 1653-1656 (el destacado es nuestro). [N. del E.: ver completo [aquí](#)].

de derechos reales sobre inmuebles. Por ello, una interpretación armónica del sistema jurídico positivo, no puede hacerlas aparecer como obstáculo para la plena realización de dichas prerrogativas [...] En consecuencia con lo antedicho debe prevalecer la idea de que en cualquier supuesto en que las normas sustanciales confieren facultades dispositivas a los titulares de derechos, éstos tendrán también legitimación registral para realizarlos, caso contrario las normas registrales serían un obstáculo para su ejercicio y, como expresáramos, no es esa la función que deben cumplir en un sistema jurídico.<sup>37</sup>

Pero justamente la función de la imposición de una declaratoria de herederos en la parte final del artículo 2337 CCCN es culminar un proceso de convertir a las normas registrables en un obstáculo difuso, más psicológico que real, para el ejercicio de derechos sustanciales que, en teoría, permanecen incólumes, ya que la declaratoria solo juega para inhibir la registración de los actos de disposición de los herederos y no para su realización. Así, por ejemplo, seguirá siendo de aplicación el artículo 20 de la *Ley 17801*:

Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado. En caso contrario, quedarán sujetos a las responsabilidades civiles y sanciones penales que pudieran corresponder.

## 6. Conclusión

Corolario de todo lo expuesto es que el único obstáculo legal que existe para una activa intervención de los escribanos en los procedimientos sucesorios son las distintas normas registrales. Por eso, lo único que habría que solicitarle a la comisión reformadora es la modificación de la frase final del artículo 2337 del Código Civil y Comercial:

*Investidura de pleno derecho.* Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Puede ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían al causante. **Los registros de bienes no podrán solicitar una orden judicial para que los herederos dispongan de los bienes que fueran del causante.**

Con una sencilla redacción se cortan de cuajo todas las pretensiones registrales para oponerse a la plena vigencia de la posesión –hoy investidura– de pleno derecho y se recobran todas las incumbencias notariales hoy perdidas.

Al explicar el tracto abreviado, dice el maestro Falbo:

... el acto o negocio dispositivo puede realizarse extrarregistralmente por quien se encuentre legitimado para otorgarlo, aunque no sea el titular registral pero, para que proceda la inscripción del documento en el Registro, será necesario justificar plenamente el enlace o conexión del derecho del disponente con el que tenía el titular inscripto. Dicho enlace o conexión del derecho puede resultar [...] de un mismo documento, si él expresa el eslabo-

37. MOISSET DE ESPANÉS, Luis y VENTURA, Gabriel B., “Aplicación amplia del tracto sucesivo abreviado” [ponencia presentada en el XIV Congreso Nacional de Derecho Registral {Villa Carlos Paz, 2006}], [s. e.], 2006. [N. del E.: ver completo [aquí](#); fuente: web de la *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*; última consulta: 20/11/2018].

namiento de tales causas transmisivas a partir del titular inscripto, en cuyo caso procede la inscripción sin necesidad de ninguna espera.<sup>38</sup>

En la escritura de partición que esbozamos páginas atrás surge perfectamente el encadenamiento entre el titular registral y los sujetos disponentes.

Nada más necesita la técnica registral para proceder a la inscripción.

Nada más necesita el notariado para recuperar incumbencias abandonadas.

## 7. Bibliografía

- [Anónimo], en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 204, 1911, p. 2125 [sección “Correspondencia, Preguntas, Pedidos y Contestaciones”].
- “La herencia de padres a hijos. El artículo 3410 del Código Civil”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 120, 1904.
- BALDANA, Juan, *Teoría y práctica notarial*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1913.
- *Tratado de derecho notarial argentino*, Buenos Aires, Compañía General Fabril Financiera, 1946.
- BELLUSCIO, Augusto C., “La reforma del derecho sucesorio en Francia”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2002-A, p. 1359, cita online AR/DOC/15324/2001.
- BIBILONI, Juan A., *Anteproyecto de reforma al Código Civil*, Buenos Aires, [editorial?], 1940.
- CALVO, Juan L., *Actas de notoriedad, notariales y extraprotocolares*, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1969.
- CASTILLO, José, *Estudio teórico práctico para el oficio de escribano público*, Buenos Aires, Pedro Igon y Cía. Editores, 1893.
- CORTÉS, Gerónimo, *Vistas fiscales expedidas en el carácter de fiscal de la Cámara de Apelaciones de la Capital*, t. 1, Buenos Aires, Imprenta Europea, 1887.
- FALBO, Marcelo N., “Principio de irrestricción”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 786, 1982.
- FALBO, Miguel N., “Doctrina general del tracto sucesivo en el derecho inmobiliario registral argentino”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 854, 1981.
- GIL, Antonio L., “Posesión hereditaria. ¿Requiere actos materiales ó basta el título legal?”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, 1898, N° 5.
- GIMÉNEZ, Eusebio G., “Partición de herencia entre herederos mayores de edad”, en *Revista del Notariado*, N° 327-328, 1926.
- GONZÁLEZ, Leandro M., “Miscelánea I. Pueden liquidarse sucesiones intestadas sin establecer el título hereditario”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, N° 32, 1900.
- GONZÁLEZ, J., “Divisiones de herencia”, en *Revista Notarial*, La Plata, N° 169, 1908.
- INSÚA, José, “Declaratoria de herederos” en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 85, 1901.
- “Partición de herencia por escritura pública”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, N° 308, 1924.
- JONAS, E. R., “Herencias. Partición extrajudicial”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, N° 83, 1904.
- LLERENA, Baldomero, en *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, t. 9, Buenos Aires, Peuser, 1902, 2ª ed.
- LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión creada por Decreto PEN 191/2011], “Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, [s. e.], 2012.
- MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. 8, Buenos Aires, Lajouane, 1901.
- MAFFÍA, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis y VENTURA, Gabriel B., “Aplicación amplia del tracto sucesivo abreviado” [ponencia presentada en el XIV Congreso Nacional de Derecho Registral {Villa Carlos Paz, 2006}], [s. e.], 2006.

38. FALBO, Miguel N., “Doctrina general del tracto sucesivo en el derecho inmobiliario registral argentino”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 854, 1981, p. 79. [N. del E.: ver completo [aquí](#)].

- PICASSO, Esteban M., “La partición de bienes hereditarios por acto notarial y su inscripción registral (art. 3462 del Código Civil, art. 16 de la ley 17.801). ¿Es posible prescindir de la declaratoria de herederos?”, La Plata, Universidad Notarial Argentina, 2006.
- PONDÉ, Eduardo B., “Posesión hereditaria y declaratoria de herederos en el supuesto del artículo 3410 del Código Civil”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 759, 1965.
- RODRÍGUEZ, Jacinto F., “División de bienes hereditarios entre ascendientes o descendientes legítimos, mayores de edad”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 205, 1911.
- T. L. y P. [seudónimo], “Partición extrajudicial. Requisitos de validez”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 206, 1911.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1983.

# Cuestiones sobre la calificación de bienes en el régimen patrimonial del matrimonio

Natalia E. Torres Santomé

## RESUMEN

En el presente trabajo se aborda la problemática referida a la calificación de bienes en el régimen patrimonial del matrimonio. El tema se proyecta tanto en la relación de los cónyuges entre sí, como respecto a la relación entre cada uno de los cónyuges y los terceros, y responde a la pregunta acerca de a qué patrimonio deberán incorporarse los bienes que ingresan durante la comunidad. El régimen patrimonial de comunidad de ganancias presenta en el Código Civil y Comercial algunas innovaciones respecto del cuerpo normativo anterior, por ello se analizan los lineamientos clásicos y algunos supuestos específicos que en virtud de su complejidad requieren un análisis detallado. En ese sentido se abordan los casos de bienes adquiridos con dinero ganancial y con dinero propio, la cuestión referida a la adquisición de partes indivisas y lo relativo a las indemnizaciones.

## PALABRAS CLAVE

Régimen de bienes, comunidad de ganancias, calificación de bienes, matrimonio, régimen patrimonial.

## Fechas de recepción y aceptación

30/5/2018 - 25/6/2018

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Los lineamientos tradicionales. 3. La presunción de ganancialidad. El problema de la conformidad. 4. El ámbito de aplicación de los artículos 464 y 465. 5. Tres supuestos específicos: mayores aportes, partes indivisas, indemnizaciones. 6. A modo de conclusión. 7. Bibliografía.

## 1. Introducción

El régimen patrimonial del matrimonio hace referencia a dos grandes universos de relaciones. Por un lado las relaciones de los cónyuges entre sí y, por otro, las relaciones de los cónyuges con los terceros.

En nuestro ordenamiento, cuando hacemos referencia a la cuestión de la calificación, inevitablemente estamos en el ámbito del régimen de comunidad –o que antes llamábamos “sociedad conyugal”– y ello es así ya que es el único régimen donde los bienes podrán tener calificaciones diferentes. En efecto, recordando que nuestro Código solo

admite dos regímenes patrimoniales –el de comunidad y el de separación de bienes–, la calificación solo opera respecto del primero, ya que en el segundo todos los bienes serán de carácter personal.

Lo referente a la calificación de los bienes incorporados durante la vigencia de la comunidad afecta a su vez a ambos universos, el interno y el externo. Afecta al ámbito interno, es decir, las relaciones entre los cónyuges, ya que traerá como consecuencias que bienes se integran a la masa a liquidar a la finalización de la comunidad, y cuáles quedan afuera, abriendo además las puertas a las cuentas de las recompensas.

Respecto del ámbito externo, la calificación de bienes determinará el ingreso o no del bien al patrimonio del cónyuge deudor y, con ello, la ampliación (o no) de la masa sobre la que el acreedor puede cobrarse.

Durante la vigencia del matrimonio, la calificación del bien resultará trascendente respecto de los cónyuges pero no trascenderá hacia los terceros, frente a los que cada cónyuge responderá con los bienes de su titularidad, sean estos propios o gananciales. Ello en virtud del principio de responsabilidad separada del artículo 467 con su excepción. Decimos que afectará en el ámbito interno, ya que durante la vigencia de la comunidad, la calificación determinará, respecto de los cónyuges, la administración y disposición del bien, y, asimismo, conformará la masa de garantía común de los acreedores del cónyuge titular.

La calificación de los bienes, al igual que todo lo referido a la regulación del régimen patrimonial del matrimonio es de orden público.<sup>1</sup> Es decir, no importa la voluntad de los cónyuges para integrar o no el bien a la masa de gananciales o propios; la calificación del mismo dependerá de lo establecido por la ley en los artículos 464, 465 y 466 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”).

En este trabajo, abordaremos lo referente a los lineamientos tradicionales para determinar la calificación, a la presunción de ganancialidad, a los ámbitos de aplicación de los artículos 464 y 465 CCCN, y a algunos de los supuestos novedosos incorporados por el nuevo cuerpo legal.

## 2. Los lineamientos tradicionales

Cuando nos referimos a calificar bienes dentro de un régimen patrimonial matrimonial, partimos de tres lineamientos básicos, que nos permiten, en la mayoría de los casos, determinar *a priori* si un bien se califica como propio o como ganancial. Los lineamientos deben entrecruzarse a los fines de analizar la situación específica. Estos lineamientos pueden resumirse en tres:

- a) La fecha de adquisición
- b) el carácter de la adquisición
- c) el carácter de los fondos

1. Ver TORRES SANTOMÉ, Natalia E., “El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial” [online y versión descargable], en [DPI Cuántico. Derecho para innovar](#) [portal web], sección “Diario Civil y Obligaciones”, edición N° 97, 7/12/2016. (Última consulta: 23/11/2018).

El primero de ellos refiere al momento temporal en que el bien fue adquirido. Ello significa que los bienes adquiridos antes del inicio de la comunidad, o una vez finalizada la misma son, a priori, propios; en tanto que los bienes adquiridos durante la vigencia de la comunidad son, también a priori, gananciales.

El segundo lineamiento refiere al carácter de la adquisición, esto es si la misma fue realizada de forma gratuita u onerosa. La adquisición gratuita es aquella que nace de una herencia, de un legado o de una donación u otro acto a título gratuito. Ello implica que aun cuando el bien fuera incorporado durante la vigencia de la comunidad –lo que por imperio del primer lineamiento sería ganancial–, si esta incorporación fue gratuita, el bien reviste el carácter de propio.

El tercero y último refiere al carácter de los fondos, y a la situación de la inversión o reinversión de fondos. Para determinar el carácter de un bien, es necesario determinar si el mismo fue adquirido utilizando fondos propios o gananciales. Esto significa que aun dentro de la comunidad puede darse el supuesto de la adquisición onerosa de un bien, que aun así sea propio, o que un bien adquirido luego de extinguida la comunidad deba calificarse como ganancial.

Con estos tres parámetros es posible resolver buena parte de los supuestos. Sin embargo, existen situaciones que no pueden ser resueltas por su intermedio. Algunas, porque la propia ley las califica de manera expresa y otras por las circunstancias dudosas que puede presentar la adquisición. Para el primer supuesto, el CCCN incorpora dos artículos en particular, el 464 y el 465. Para el segundo supuesto, se mantiene vigente la presunción de ganancialidad. Empecemos por esta última.

### 3. La presunción de ganancialidad. El problema de la conformidad

El artículo 466 CCCN establece:

Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Respecto de terceros, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges.

Para que sea oponible a terceros, el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. En caso de no poderse la obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.

La presunción de ganancialidad implica que al momento de finalizar la comunidad se asumirán como gananciales todos aquellos bienes de los que no se puede acreditar el carácter de propios. El CCCN titula este artículo como “prueba del carácter propio o ganancial”, lo que mantiene la calidad de presunción en materia exclusivamente probatoria.

Ello ya había sido señalado por la doctrina desde antaño, que, en referencia al artículo 1271 del Código Civil anterior (en adelante, “CCIV”), sostenía:

Probada fehacientemente la manera en que fue adquirido el bien, la presunción del 1271 cesa de producir efectos, ya que ha sido reemplazada por otros medios de prueba. Y se tratará, atento a los que estos arrojen, de determinar qué dispositivo legal es aplicable para calificar el bien. Agregaremos entonces que es un sustituto de la prueba, cuando de ésta no resulte que se trata de un bien propio o ganancial. En el supuesto la presunción legal lo agrupa entre los gananciales.<sup>2</sup>

Ocurre entonces que la manifestación o declaración del carácter del bien realizada por los cónyuges puede operar en términos de prueba respecto de la relación interna, y siempre y cuando se corresponda con lo establecido por el ordenamiento. Como señala Kemelmajer, el reconocimiento espontáneo respecto de las circunstancias de tiempo y lugar existentes al momento de adquirir un bien –y con ello la calificación que él mismo recibía– pueden ser admitidas en tanto no se advierta falsedad en los dichos ni intención de perjudicar a un tercero.<sup>3</sup>

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe<sup>4</sup> señaló que

Cuando lo que se pretende es la recalificación de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, debe estarse a la realidad de los fondos aportados para la adquisición del inmueble, con independencia de lo afirmado por las partes, ya que así lo exige el orden público comprometido en el régimen patrimonial matrimonial, insusceptible de verse modificado por convenciones entre los cónyuges.<sup>5</sup>

Ya en la primera mitad del siglo pasado, la jurisprudencia sostenía que la confesión de los cónyuges respecto del carácter del bien solo conservaba su valor cuando se trataba de litigios entre ellos.<sup>6</sup> Por otra parte, la ineficacia de la confesión cuando podía perjudicar a terceros, surgía en el CCIV expresamente en el artículo 1260.<sup>7</sup>

Todo ello da cuenta del imperio del orden público respecto a la calificación de los bienes, sin perjuicio de lo que puede ocurrir respecto de la prueba del carácter de un bien determinado. El CCCN no alteró esta situación,<sup>8</sup> sino que la reguló de manera particular. En efecto, las manifestaciones respecto del carácter del bien al momento de

2. Ver BOSSERT, Gustavo A. y FASSI, Santiago C., *Sociedad conyugal*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1977, p. 329.

3. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”, en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* [online], Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], 2014, p. 30. (Última consulta: 27/11/2018).

4. SC Santa Fe, 5/9/2006, “Cocca, Rubén Eduardo c/ Ajo, María Delia –incidente de liquidación sociedad conyugal– s/ recurso de inconstitucionalidad” (expte. 95/2015). [N. del E.: acceda al fallo completo [aquí](#); fuente; PJ de Santa Fe; última consulta: 27/11/2018].

5. Del sumario en *AbeledoPerrot*, cita online: 70035088 (ver también en *Doctrina Judicial*, t. 2007-1, p. 914). [N. del E.: acceda al fallo completo [aquí](#); fuente; PJ de Santa Fe; última consulta: 27/11/2018].

6. Ver C. Civ. 1ª de Capital Federal, 15/11/1944, “García Soage, Saturnino (suc.)” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1945-I, p. 316); C. Civ. y Com. de Rosario, Sala II, 5/5/1966, “P., H. A. c/ F., T.” (*El Derecho*, t. 16, p. 71).

7. Art. 1260 CCIV: “La mujer puede probar el crédito que tenga contra los bienes del marido o de la sociedad conyugal, por todos los medios que pueden hacerlo los terceros acreedores personales, con excepción de la confesión del marido cuando concurren otros acreedores”.

8. Ver Cám. Civ. y Com. de Mercedes, Sala II, 6/5/2015, “Díaz, Alejandra Ángela E. c/ Chanfalloni, Sergio Oscar y otros s/ nulidad de escritura pública” (*El Derecho*, t. 264, p. 109; cita online Thomson Reuters: AR/JUR/29304/2015): “Las manifestaciones de los cónyuges no pueden desvirtuar el carácter propio o ganancial de los bienes, que surge de la ley y no de la voluntad de las partes”; citado por SOLARI, Néstor, *Derecho de las familias*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 180.

la adquisición, tanto por parte del cónyuge adquirente como por parte del no adquirente fueron específicamente previstas en el CCCN, determinando qué ocurre respecto de la confesión y también cuáles son los requisitos para que esas manifestaciones sean oponibles a terceros.

Ya durante la vigencia del CCIV, la cuestión de la manifestación del carácter propio del bien en la escritura de adquisición traía algunas dificultades.<sup>9</sup> La doctrina, con algunas diferencias de criterios en lo particular, acordaba en lo general que

... puede abrigarse un criterio más amplio o más restringido en cuanto a los alcances que debe tener la manifestación escrituraria [...] Se trata de una *justificación* que permita rodear la declaración de una cierta seriedad que motive la inversión de la carga de la prueba. La declaración debe ser completa y suficiente...<sup>10</sup>

Respecto de la manifestación del cónyuge no adquirente se señalaba que la misma no resultaba exigible, aunque sí recomendable, a los fines de invertir la carga de la prueba.

El artículo 466 del CCCN determina que, respecto de terceros, no resulta suficiente la manifestación de los cónyuges. Para que sea oponible, se establece en primer lugar la obligatoriedad de acreditar el origen de los fondos al momento de la adquisición. Esto facilita en gran medida la cuestión y alcanzaría para dar cuenta de la calificación del bien. Sin embargo, la normativa da un paso más y exige que se acompañe de la conformidad del cónyuge no adquirente.

El CCCN comentado por el equipo de Lorenzetti sostiene:

Resulta altamente auspicioso que el CCyC haya especificado, en forma completa y en una sola norma, los recaudos legales que debe contener el instrumento de adquisición de un bien propio por subrogación para quedar excluido de la presunción de ganancialidad, incluyendo entre ellos la conformidad del cónyuge no adquirente, así como el mecanismo para obtenerla.<sup>11</sup>

Sin embargo, atento al imperio del orden público en la materia y el carácter *iuris tantum* de la presunción, no parece tener sustento la exigencia de una conformidad prestada por quien en ninguna otra circunstancia –salvando el supuesto de la vivienda familiar– deberá dar conformidad, asentimiento o consentimiento alguno al momento de disponer ese bien. Pero además, esta conformidad solicitada, que no es asentimiento ni consentimiento, no se reduce a una “buena práctica” o alguna recomendación. Es exigida con tal firmeza que si la misma faltara debe suplírsela con una declaración judicial.

La sanción impuesta ante la ausencia es que el carácter alegado no será oponible a los terceros. Sin embargo, si se prueba efectivamente el carácter de propio, esta calificación surgirá del orden público y no de la conformidad del otro cónyuge. Por el con-

9. Ver SC de Buenos Aires, 24/6/1986, “Bernabé, Eduardo H. c/ Ambrosetto, Edda A. s/ calificación de un bien como ganancial” (Ac. 36111) (*Acuerdos y Sentencias*, t. 1986-II, pp. 126-129. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente web del *PJ de la PBA*; última consulta: 27/11/2018]).

10. SABENE, Sebastián, “Reflexiones civiles y notariales de la reinversión de dinero propio en el régimen patrimonial del matrimonio”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, t. 2013-IV, p. 169 (cita online AP/DOC/1453/2013).

11. HERRERA, Marisa, [comentario al art. 466], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 114.

trario, si aun existiendo la conformidad el acreedor demuestra que el bien es ganancial, por imperio del orden público se impone su pertenencia a la masa de la comunidad. Lo contrario implicaría que la conformidad transformara la presunción en *iure et de iure*.

No obstante, la redacción del artículo ha ido incluso un poco más lejos al establecer que, ante la ausencia o la negativa de la conformidad en el acto, debe suplirse con una declaración judicial. Ello también resulta un tanto excesivo y en ese sentido se expidió el fallo “Pugliese”,<sup>12</sup> apenas el CCCN entró en vigencia. En efecto, la petición judicial, que se hizo en virtud de no haber incorporado oportunamente la conformidad, tramitó por vía de acción declarativa. Las acciones meramente declarativas o declarativas de certeza son un instituto proveniente del derecho procesal tendientes a, tal como señala el artículo 322 del **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**:

... hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor, y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

Efectivamente, el camino procesal incoado era el correcto, ya que la ausencia de la conformidad señalaba un estado de incertidumbre sobre el alcance de una relación jurídica. Sin embargo, la acción fue rechazada *in limine*, sosteniéndose que

... nada impide que ambos cónyuges efectúen una declaración notarial complementaria del acto escriturario en cuestión [...] y su consecuente inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Esta posibilidad constituye, en sí misma, un serio valladar para la procedencia de la vía elegida.<sup>13</sup>

En definitiva, la exigencia de la conformidad del cónyuge no adquirente y, ante su negativa o ausencia, la realización de una declaración judicial, no aparecen como la solución a la que se aspiraba.

#### 4. El ámbito de aplicación de los artículos 464 y 465

La sistematización en materia de bienes del CCCN se destaca como un aporte sustancial y clarificador, en particular en la comparación con el cuerpo codificado anterior. La redacción y el orden del articulado permiten abordar el tema de forma clara y sencilla. En efecto, la segunda sección correspondiente al capítulo del régimen de comunidad refiere puntualmente a la situación de los bienes en el mismo y está compuesta por tres artículos. El primero (464) refiere a los bienes propios de los cónyuges; el segundo (465) refiere a los gananciales y el tercero, como ya hemos visto, a la presunción de ganancialidad (466).

12. Juzg. Nac. Civ. Cap. Fed. N° 63, 22/12/2015, “Pugliese, Rosana s/ acción declarativa (Art. 322 CPCC)” (expte. 89310/2015). [N. del E.: ver completo [aquí](#); fuente: web del CEPBA; última consulta: 27/11/2018]. Es para destacar que la cita que hace el juzgador refiere a la posibilidad de redireccionar el trámite por el camino más adecuado, pero en referencia al artículo 555 (legitimados respecto del derecho de comunicación personal).

13. Ídem, p. 2. [N. del E.: ver completo [aquí](#); fuente: web del CEPBA; última consulta: 27/11/2018].

Cuando comenzamos el trabajo señalamos los tres lineamientos básicos que permiten calificar los bienes en una gran cantidad de casos. Estos lineamientos surgían en el CCIV de los artículos 1266 (subrogación real), 1267 (adquisición anterior) y 1271 (adquisición a título gratuito), y fueron incorporados al CCCN en los incisos c), a) y b) del artículo 464 y en los incisos f) y a) del 465.

Para abordar la cuestión, podemos plantearla en estos términos: si en el artículo 464 están enumerados los bienes propios, y en virtud de la propia comunidad y de la presunción de ganancialidad, los bienes que no sean propios serán gananciales. Entonces, ¿por qué es necesaria la enumeración del artículo 465? La respuesta a esta pregunta surge del ámbito de aplicación en la línea temporal de cada uno de estos artículos.

Imaginemos una línea de tiempo que se extiende desde antes de la comunidad y hasta luego de extinguida. Esta línea se dividirá en tres tramos: el primero, anterior a la comunidad; el segundo se extenderá durante la vigencia de la misma, y el tercero, ocupará el período que va desde la extinción y hasta la partición. Durante el primer tramo, claramente todos los bienes serán propios, ya que no existe la comunidad que obligue a la calificación, de forma tal que carece de importancia cualquier circunstancia relativa a la adquisición del bien. Este tramo solo cobrará relevancia respecto a la calificación de los bienes, cuando reframos a la fecha de adquisición del bien o el inicio del derecho sobre el mismo. En el segundo tramo –la vigencia de la comunidad– aparece con todo su poderío la presunción de ganancialidad.

Como ya hemos explicado, la incorporación de bienes se asume dentro de la masa de gananciales, excepto que se acredite alguna de las circunstancias que permitan abstraerlos de esta masa. Es allí donde el artículo 464 adquiere toda su virtualidad. En tanto un bien responda a algunos de los incisos del artículo 464, será propio, aun siendo adquirido durante la vigencia de la comunidad. Asimismo, el artículo 465 operará respecto de supuestos específicos, a los que la propia ley califica de gananciales, por ejemplo los adquiridos por hechos de azar. El 465 en este período refiere a aquellos bienes “sobre los cuales los esposos tienen un derecho en expectativa al momento de la extinción”.<sup>14</sup>

El último tramo está conformado por el período de tiempo que va desde la extinción de la comunidad hasta la efectiva partición. Aquí no opera la presunción de ganancialidad en tanto ya no existe la comunidad. El principio general que rige en este período es que los bienes que ingresan al patrimonio de cada uno de los cónyuges que conformaron esa comunidad son propios. Sin embargo, este principio tiene excepciones ya que puede ocurrir que aun luego de extinguida la comunidad, ingresen al patrimonio bienes que le pertenezcan. Es aquí donde el artículo 465 aparece para regular estos supuestos. Si el bien fue incorporado luego de la extinción de la comunidad, de todas formas será ganancial en tanto responda a alguno de los supuestos del artículo 465.

Identificar el ámbito de aplicación de cada uno de estos artículos en la línea temporal permite abordar la cuestión de la calificación de forma sencilla, algo que no ocurría en el CCIV.

14. HERRERA, Marisa, [comentario al art. 465], en Lorenzetti, R. L. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 11), p. 96.

## 5. Tres supuestos específicos: mayores aportes, partes indivisas, indemnizaciones

En la enumeración realizada en los artículos 464 y 465 se han incorporado algunos supuestos específicos, que ya se habían presentado en jurisprudencia durante la vigencia del CCIV y que generaban debates y posturas encontradas. Abordaremos tres de ellos: el supuesto de adquisición de un bien, realizado con aportes propios y gananciales; el supuesto de adquisición de partes indivisas y en tercer lugar, lo referido a las indemnizaciones.

### 5.1. Los mayores aportes

No resulta extraño a la vida cotidiana matrimonial que un bien se adquiriera por la inversión conjunta de fondos propios y gananciales. Resultaba entonces necesario clarificar qué calificación tendría ese bien ya que el CCIV no lo preveía de manera expresa.

El artículo 464 en el inciso c), y el artículo 465 en el inciso f), abordan específicamente estos supuestos, conjuntamente con el concepto de subrogación. En ambos, luego de determinar el carácter del bien de acuerdo al origen de los fondos con que fue adquirido, se agrega un párrafo especial que sostiene, *mutatis mutandi*, “Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad”.

Frente a estos supuestos durante la vigencia del CCIV, Solari sostenía:

En la hipótesis que nos ocupa –subrogación real– se toma como elemento determinante el origen de los fondos empleados para la adquisición del bien. En cambio, no es decisivo que para la subrogación real los precios sean exactamente iguales o la exacta equivalencia entre lo recibido en la enajenación del bien propio y lo empleado en la nueva adquisición. En realidad, el mayor valor de los fondos –gananciales o propios– determinará si estamos en presencia de una subrogación real. Así, cuando un inmueble es adquirido en parte con dinero propio y en parte con ganancial, el bien será propio o ganancial según quien sea el que haya integrado el importe mayor; todo ello, sin perjuicio del derecho de crédito por los fondos gananciales que se hubiere utilizado.<sup>15</sup>

En igual sentido se expedía la jurisprudencia.<sup>16</sup> Por ejemplo, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo en 2007 que, habiéndose acreditado que el actor había comprado un bien empleando dinero en parte propio y en parte ganancial, y siendo la proporción del capital propio muy superior al ganancial, correspondía calificar dicho bien como propio del actor, sin perjuicio de la recompensa que la contraria pudiera reclamar en la oportunidad de liquidarse los bienes de la sociedad conyugal.<sup>17</sup>

15. SOLARI, Néstor, “Calificación de un bien adquirido con fondos propios y fondos gananciales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 20/4/2007 (t. 2007-B, p.785, cita online AR/DOC/1517/2007).

16. Ver CNCiv., Sala B, 28/4/1981, “Talotti, Ángel G.” (*La Ley*, t. 1981-D, p. 412, cita online AR/JUR/3488/1981); Sala D, 23/12/1981, “D., B. J. (suc.)” (*El Derecho*, 100-175); CNCiv., Sala E, 28/4/1961 (*El Derecho*, 2-790); CNCiv., Sala E, 28/12/1962, “G. de D., C. c/ D., J.” (*El Derecho*, 4-33; *La Ley*, 110-465); SC Buenos Aires, 7/3/1994, “R. de E., M. A. c/ E., O. A.” (*La Ley Buenos Aires*, 1995-488). Jurisprudencia citada por SOLARI, Néstor, ob. cit. (cfr. nota 15).

17. CNCiv., Sala I, 23/11/2006, “S., R. A. c/ L. A., C.”, (*La Ley*, 13/2/2007 y 20/4/2007 [t. 2007-A, p. 477 y t. 2007-B, p. 785, con nota: SOLARI, Néstor, ob. cit. {cfr. nota 15}; cita online AR/JUR/8126/2006]).

El problema que se genera respecto de esta solución se presenta cuando el bien es adquirido en igual proporción con bienes propios y gananciales. Frente a este supuesto, aparecen dos respuestas posibles. Por un lado, aquella que entiende que, durante la vigencia de la comunidad, se impone la presunción de ganancialidad, en tanto no puede acreditarse un mayor aporte del patrimonio propio. En segundo lugar, encontramos la postura que sostiene que de la redacción del inciso c) del artículo 464 se desprende la preeminencia del carácter propio del nuevo bien adquirido.<sup>18</sup> Aún no existe una tendencia judicial sostenida que nos permita visualizar cuál será la solución adoptada.

## 5.2. Las partes indivisas

Las nuevas partes indivisas adquiridas sobre un bien del cual alguno de los cónyuges era propietario previamente, ya fuera en carácter propio o ganancial, revisten la misma calificación que revistiera la adquisición originaria. La solución prevista en el inc. k) del artículo 464 y en el inc. n) del artículo 465 continúa la solución adoptada por la Cámara Nacional Civil en el plenario “Sanz”.<sup>19</sup> El fallo que dio lugar al plenario se originó ante el requerimiento por parte del Registro de la Propiedad Inmueble acerca de que el cónyuge del vendedor prestara su asentimiento –en ese entonces en virtud del artículo 1277 CCIV– para disponer de la transmisión de una porción indivisa a la que entendía, le correspondía el carácter de ganancial.

El plenario contó con muy fuertes argumentos, tanto en la mayoría como en la minoría, y dio lugar al debate acerca de la existencia o inexistencia de bienes duales en nuestro régimen. La postura mayoritaria entendió que la adquisición de porciones indivisas en diferentes circunstancias temporales no modificaba el carácter de la adquisición original, en tanto en derecho de condominio lleva ontológicamente incorporada la vocación al todo.

Si bien los supuestos fácticos del plenario no son exactamente los mismos que los presupuestos de la norma actual, la solución resulta idéntica, con base en el carácter declarativo de la partición. Este carácter declarativo da cuenta que la cuota parte originaria no constituye el objeto de la relación jurídica, sino que constituye la medida de un derecho que se ejerce sobre la universalidad, es decir sobre la totalidad de la cosa –con las limitaciones propias del condominio– de forma tal que las adquisiciones posteriores solo varían la extensión del derecho, pero no su origen o título.<sup>20</sup> Ello, claramente sin perjuicio del derecho de recompensa debido al patrimonio que aportara los fondos subsiguientes.

18. SOLARI, Néstor, ob. cit. (cfr. nota 15), p. 183.

19. CNCiv., en pleno, 15/7/1992, “Sanz, Gregorio O.” (*La Ley*, 1992-D-260).

20. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 472.

### 5.3. Las indemnizaciones

Mazzinghi<sup>21</sup> señalaba, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1266 CCIV, que el principio de la subrogación real si bien no estaba establecido con una formulación especialmente clara, permitía generalizar el criterio que inspiraba los supuestos contemplados y aplicarlos a otros casos. Si bien se partía del término “real”, el concepto era amplio y extensivo a derechos y créditos. Borda<sup>22</sup> aplicaba esta idea a las indemnizaciones por daños sufridos en un bien propio y a las indemnizaciones por expropiación.

El artículo 464 CCCN, en el inciso n), mantiene esta tesitura, refiriendo específicamente a las indemnizaciones “por consecuencias no patrimoniales y por daño físico”. El mismo inciso excluye de manera expresa el rubro del lucro cesante cuando correspondiere a ingresos que hubieran sido gananciales. Por su parte, el inciso g) del artículo 465 refiere que son gananciales los créditos e indemnizaciones que subrogan a un bien ganancial. Es decir que para saber la calificación de una indemnización será necesario determinar qué carácter tenía el bien que está siendo indemnizado. Esta situación aparece como equitativa y responde a los lineamientos planteados por la doctrina y jurisprudencia anterior al nuevo cuerpo legal.

La particularidad que presenta en la práctica esta calificación es que la indemnización podrá presentar en la liquidación rubros que sean de carácter propio y rubros que sean de carácter ganancial. Un ejemplo al respecto es el caso de una indemnización por despido discriminatorio. Los rubros correspondientes al lucro cesante tendrán el carácter ganancial, en tanto que el rubro correspondiente al daño moral será de carácter propio.

Algo similar ocurre con los intereses devengados, ya que solo serán gananciales aquellos que nazcan durante la vigencia de la comunidad, y solo hasta su extinción. Es que tanto el lucro cesante como los intereses presentan el carácter de frutos, de forma tal que serán gananciales o propios en virtud de su circunstancia temporal.

La jurisprudencia actual ha dicho al respecto:

Este precepto mantiene una redacción semejante a la del quinto párrafo del art. 1272 del CCIV, del cual parte el criterio mayoritariamente aceptado, que establece que la indemnización por despido injustificado es ganancial si el distrato se produjo con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, y que es un bien propio si se produjo con posterioridad, porque el perjuicio de la falta de trabajo recaerá solamente sobre el cónyuge despedido.<sup>23</sup>

Un supuesto especial está previsto en el artículo 465 *in fine*:

No son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio, en este caso, de la recompensa debida a la comunidad por las primas pagadas con dinero de ésta.

21. MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 182.

22. BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 235.

23. Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala III, 12/11/2015, “B., A. N. c/ A., G. E. s/ medidas precautorias (cuadernillo art. 250 CPCC)” (*El Derecho*, t. 266, p. 567; *La Ley Buenos Aires*, diciembre 2015, p. 1242 y marzo 2016, p. 221; *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, abril 2016, p. 63; cita online AR/JUR/48785/2015; disponible completo [aquí](#); fuente: web [Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación](#); última consulta: 27/11/2018).

Las indemnizaciones por muerte de unos de los cónyuges ingresan al patrimonio del supérstite como propias. Ello permite una protección mayor del viudo o viuda, en virtud de las concurrencias sucesorias. Estas indemnizaciones no formarán parte de la comunidad hereditaria del causante, ya que son propios del supérstite.

El carácter de la indemnización no suplanta ni cancela la recompensa debida a la comunidad ganancial por las primas aportadas por esta en el caso de las indemnizaciones que se derivan de un contrato de seguro. En este supuesto la comunidad ganancial –que debe liquidarse entre el supérstite y los herederos del causante– deberá recibir la recompensa que, entonces, formará parte del acervo de la comunidad hereditaria.

A lo largo del articulado del CCCN se puede observar que si bien se aleja indefectiblemente de la postura que propugnaba la existencia de bienes duales en el ordenamiento, dentro del ítem indemnizaciones podemos encontrar cierta dualidad.

## 6. A modo de conclusión

La regulación del régimen matrimonial de comunidad en el Código Civil y Comercial ha traído respuestas a muchos de los conflictos que hasta su sanción requerían soluciones pretorianas. No obstante ello, presenta también algunas regulaciones que parecen complejizar aún más algunos supuestos.

Actualmente, la jurisprudencia aún se presenta muy limitada en la materia, lo que no permite inferir una línea clara acerca de cómo se interpretarán o cargarán de contenido estas normas.

La conformidad del cónyuge no adquirente en el instrumento de adquisición de un bien propio resulta pasible de una mirada crítica, en tanto la regulación de los supuestos de mayores aportes y de partes indivisas se presentan como clarificadores y oportunos.

El régimen patrimonial matrimonial mantiene en el nuevo cuerpo legal el imperio casi absoluto del orden público, limitando la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la elección de alguno de los dos regímenes propuestos. Una vez optado por uno de ellos, el mismo será regido por las normas que lo regulan, y la autonomía de la voluntad solo tendrá la extensión que el ordenamiento expresamente le acuerde. En el régimen de comunidad, esto aparece de forma aún más palmaria.

La calificación de los bienes es uno de los supuestos donde este imperio se observa en todo su esplendor.

## 7. Bibliografía

- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- BOSSERT, Gustavo A. y FASSI, Santiago C., *Sociedad conyugal*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1977.
- HERRERA, Marisa, [comentario a los arts. 465 y 466], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino”, en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* [online], Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], 2014.
- MAZZINGHI, Jorge A., *Derecho de familia*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1996.

- SABENE, Sebastián, “Reflexiones civiles y notariales de la reinversión de dinero propio en el régimen patrimonial del matrimonio”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, t. 2013-IV (cita online AP/DOC/1453/2013).
- SOLARI, Néstor, “Calificación de un bien adquirido con fondos propios y fondos gananciales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 20/4/2007 (t. 2007-B; cita online AR/DOC/1517/2007).
- *Derecho de las familias*, Buenos Aires, La Ley, 2017.
- TORRES SANTOMÉ, Natalia E., “El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial” [[online](#) y [versión descargable](#)], en *DPI Cuántico. Derecho para innovar* [portal web], sección “Diario Civil y Obligaciones”, edición N° 97, 7/12/2016.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 2006.

# Poder especial para vender

## Validez *post mortem*\*

María Cesaretti

### RESUMEN

En 2017, una persona otorga poder especial a favor de otra para que venda un inmueble. En diciembre de ese mismo año, se celebra boleto de compraventa entre dos cónyuges, representado uno de ellos por la mencionada apoderada, en relación con el inmueble referido en aquel poder. El poderdante fallece antes de que se formalice la escritura traslativa de dominio. Se presenta el consultante, designado para autorizar la venta del inmueble, manifestando que el poder se encuentra extinto por la muerte del mandante. Se concluirá que al no surgir la conexión del apoderamiento con el negocio causal justificativo, no puede considerarse viable la utilización de dicho poder.

### PALABRAS CLAVE

Poder, *post mortem*, validez, interés legítimo.

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

**Sumario:** 1. Doctrina. 2. Antecedentes. 3. Considerando. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

### 1. Doctrina

- Para la validez *post mortem* de un poder deben darse dos requisitos:
  - 1) que haya sido conferido para un acto especialmente determinado;
  - 2) la existencia de un interés legítimo tanto del representante como del representante y representado o en relación a un tercero.
- De no surgir la conexión del apoderamiento con el negocio causal justificativo, acaecido el fallecimiento del poderdante, no puede considerarse viable la utilización de dicho poder.

\* 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 17/5/2018 (expediente interno: 16-00761-18).

## 2. Antecedentes

Con fecha 5 de diciembre de 2017, el señor J. M. R. S. otorga poder especial a favor de A. T. S.:

... para que en su nombre y representación, VENDA Y ESCRITURA a favor de quien o quienes resulte compradores una UNIDAD FUNCIONAL ubicada [...] A tal efecto, la facultada para que otorgue y firme el boleto de compraventa, la escritura traslativa de dominio y todos los documentos públicos y privados que sean necesarios [...] Asimismo, la autoriza para que cobre, perciba y otorgue los recibos y cartas de pago sobre el precio de la operación...

Con fecha 15 de diciembre de 2017, se celebró boleto de compraventa entre los cónyuges en primeras nupcias A. J. R. de S. y J. M. R. S., representado este último por su apoderada, A. T. S., de conformidad con el poder antes mencionado, como parte vendedora, y el señor L. A. B. como parte compradora, en relación con el inmueble referido. Al momento de la celebración del boleto, se pagó parte (USD 23.000) del precio total de la operación (USD 98.000), conviniendo las partes abonar el saldo restante al momento de la firma de la escritura.

En la cláusula octava de dicho boleto se establece que

En caso de fallecimiento o incapacidad física o legal de alguna de las partes, sus herederos o representantes legales se obligan a comunicar este hecho a la otra parte dentro de los cinco días de producido el hecho y a iniciar el correspondiente juicio sucesorio o trámite judicial que corresponda según el tipo de incapacidad, dentro de los 30 días siguientes a la notificación anterior, a los fines de obtener orden para otorgar la respectiva escritura traslativa de dominio, de no ser así, la parte que no cumpliera con esta obligación caerá automáticamente en mora de pleno derecho, sin que sea necesario ningún tipo de interpelación judicial y/o extrajudicial, debiendo abonar a la otra parte, que estuviera en cumplimiento, una multa diaria de [...] por cada día de atraso.

Con fecha 3 de abril de 2018, a través del servicio de acceso a la información del Registro Nacional de las Personas (Renaper), dicho organismo informa el **fallecimiento de J. M. R. S.**, ocurrido el 21 de enero de 2018.

El escribano consultante ha sido designado para la autorización de la venta del inmueble mencionado y sostiene que el poder otorgado se encuentra extinto por la muerte del mandante.

## 3. Considerando

Que el poder de representación es “una declaración unilateral y recepticia –dirigida a otra parte– por la cual se autoriza un acto ajeno, recabando anticipadamente para sí las consecuencias que hayan de derivarse de ello”,<sup>1</sup> y que “la actuación del representante será eficaz y comprometerá al representado, vinculándolo con el tercero, si se obra dentro

1. ETCHEGARAY, Natalio P., “Mandato y representación”, en *Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino*, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, N° 58, 2016, p. 10. [N. del E.: ver [aquí](#)]

de las facultades conferidas”.<sup>2</sup> Asimismo, el *Código Civil y Comercial de la Nación* (en adelante, CCCN) establece en su artículo 380 (inc. b):

*Extinción.* El poder se extingue: [...] b) por la muerte del representante o del representado; sin embargo subsiste en caso de muerte del representado siempre que haya sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero...

El CCCN, en cuanto a la extinción del poder, toma el esquema del *Código velezano* (en adelante, CCIV), reorganizando en una única norma las reglas generales y sus excepciones. En relación con la vigencia *post mortem*, se modifica lo que establecía el artículo 1982 CCIV en la forma en la que ya era interpretada doctrinariamente. Así, se establece como principio general que frente al fallecimiento del representante o el representado, se producirá la extinción del poder, y se regula la posibilidad de su subsistencia luego de acaecida la muerte del representado en el caso de que se verifique que el mismo **haya sido conferido para un acto especialmente determinado y la existencia de un interés legítimo** tanto del representante como del representante y representado o en relación a un tercero. Y, además, agrega como requisito la determinación especial del negocio de que se trate. Es decir que para la validez *post mortem* de un poder deben darse dos requisitos:

- 1) que haya sido conferido para un acto especialmente determinado;
- 2) la existencia de un interés legítimo tanto del representante como del representado y representado o en relación a un tercero.

Cabe entonces interpretar a qué se refiere el legislador por “**interés legítimo**” de los contratantes o de un tercero. Para esto, podemos remitirnos al análisis que se ha hecho sobre esta materia en relación a la irrevocabilidad y lo establecido en el artículo 1977 CCIV. Al respecto, Etchegaray ha expresado que la irrevocabilidad debe entenderse como referida a los sujetos de un negocio especial y no a los sujetos de un contrato de mandato.<sup>3</sup> Debe existir un contrato-base origen de dicho poder, cuyo cumplimiento se quiere asegurar; es decir, el interés debe surgir del negocio que justifica el poder, no del propio mandato.<sup>4</sup> Dicho contrato-base –manifiesta Etchegaray– debe encontrarse concluido como tal, lo que no implica que el mismo deba estar cumplido, ya que para asegurar su cumplimiento es que se otorga el poder.<sup>5</sup>

En definitiva, la vinculación con el interés de los contratantes supone que la concreción y ejecución del mandato implique ser el medio de cumplimiento de un contrato o alguna obligación, que fundamente la existencia del poder.<sup>6</sup>

La vocación de validez *post mortem* debe surgir como consecuencia de un negocio jurídico anterior o simultáneo a su otorgamiento.

2. *Ibidem.*

3. ETCHEGARAY, Natalio P., *Esquemas de técnica notarial*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Ergon, 1982, p. 53.

4. *Ibidem.*

5. *Ídem*, pp. 53-54.

6. BENSEÑOR, Norberto R., [comentario al art. 1977], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 399.

Por último, cabe destacar que la sola mención en el instrumento de que este tendrá validez después de la muerte del mandante no será suficiente si no se cumplen los requisitos mencionados. Por otro lado, si se encontraran cumplidos los requisitos del artículo 380 inciso b), no sería óbice para la validez *post mortem* que del texto no surgiera expresamente previsto.

En concreto, interesa analizar si el poder en consulta cumple con los requisitos de vigencia *post mortem* enunciados anteriormente. El poder mencionado faculta a la apoderada para que “venta y escritura a favor de quién o quiénes resulte compradores” una unidad funcional especificada. Puede entenderse de dicha redacción que ha sido conferido para un acto especialmente determinado: la venta de la unidad funcional referida, dándose cumplimiento al primero de los requisitos. Sin embargo, de la redacción del poder y de la documentación acompañada no surge que al momento del otorgamiento de dicho poder existiera el negocio causal que justifique el interés legítimo al que hace referencia el artículo 380. En efecto, el poder no menciona a favor de quién debe realizarse la venta ni hace mención a un negocio ya existente, tanto así que el negocio de venta acaeció luego del otorgamiento del poder, ya que el boleto de compraventa en virtud del cual se pretende otorgar la escritura traslativa de la propiedad horizontal fue firmado con posterioridad al otorgamiento del poder.

#### 4. Conclusión

Al no surgir la conexión del apoderamiento con el negocio causal justificativo, **acido el fallecimiento del poderdante, no puede considerarse viable la utilización de dicho poder.**

#### 5. Bibliografía

- BENSEÑOR, Norberto R., [comentario al art. 1977], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- ETCHEGARAY, Natalio P., *Esquemas de técnica notarial*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Ergon, 1982.
- “Mandato y representación”, en *Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino*, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, N° 58, 2016.

# Poder especial irrevocable para donar y vender

## Revocabilidad y validez *post mortem*\*

María Cesaretti

### RESUMEN

En 1985, una persona confiere poder especial irrevocable a su cónyuge por diez años para que, aun en caso de muerte, done o venda a sus hijas dos inmuebles. Fallecido el poderdante, su viuda dona a sus hijas una finca. Se presenta el consultante, designado para autorizar la venta de ese inmueble, manifestando que el poder no cumple con las condiciones de irrevocabilidad necesarias y que dicho instrumento podría ser entendido como una oferta de donación y la escritura posterior de donación, su respectiva aceptación. Se concluirá que no puede considerarse viable la utilización de dicho poder pero que, asimismo, se está ante la presencia de justo título y posesión por treinta y tres años por parte de las actuales titulares de dominio, por lo que ha cesado la observabilidad relativa a la falta de legitimación del transmitente.

### PALABRAS CLAVE

Poder irrevocable, donación, *post mortem*, validez.

Sesión del Consejo Directivo que dispone publicación: 17/7/2018, acta N° 4056.

**Sumario:** 1. Doctrina. 2. Antecedentes. 3. Considerando. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

### 1. Doctrina

- De no surgir la conexión del apoderamiento con el negocio causal justificativo, acaecido el fallecimiento del poderdante, no puede considerarse viable la utilización de dicho poder.
- No pueden darse las condiciones para que un poder para donar un inmueble cumpla el requisito necesario para su irrevocabilidad, porque la oferta de donación es intrínsecamente revocable y porque la donación de inmueble es un contrato solemne de solemnidad absoluta, no existiendo en consecuencia la posibilidad del otorgamiento de un “boleto de donación” que fuera la causa base que justifique la irrevocabilidad.

\* 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 5/7/2018 (expediente interno: 16-00569-18).

- Contando las actuales titulares registrales con justo título y posesión por 33 años, puede sostenerse que ha cesado la observabilidad relativa a la falta de legitimación del transmitente.

## 2. Antecedentes

Con fecha 24 de mayo de 1985, el señor V. C., casado en primeras nupcias con M. R. A. P., confiere **poder especial irrevocable** por el término de diez años, aun en caso de fallecimiento, en virtud del artículo 1977 y concordantes del **Código Civil** (en adelante, CCIV), a favor de doña M. R. A. P., para que en su nombre y representación proceda a formalizar las escrituras de **donación o venta** a favor de sus dos hijas respecto de dos inmuebles ubicados en la Capital Federal.

Con fecha 12 de junio de 1985, la señora M. R. A. P., **viuda de sus primeras nupcias de don V. C.**, actuando “en nombre y representación de su cónyuge don [V. C.] [...] a mérito del Poder Especial Irrevocable que éste le otorgara [...] con fecha 24 de mayo de 1985,” **don**a a sus hijas una finca ubicada en la Capital Federal.

El consultante ha sido designado para la autorización de la venta del inmueble mencionado y sostiene, entendiendo que el poder no cumple con las condiciones de irrevocabilidad, que dicho instrumento podría ser entendido como una oferta de donación y la escritura posterior de donación, su respectiva aceptación.

## 3. Considerando

Que, atento a las fechas en las que las escrituras fueron otorgadas, corresponde el análisis y aplicación de las normas previstas en el Código Civil previo a su reforma.

Que corresponde analizar en forma separada: si el poder en análisis reúne la cualidad de irrevocable, la posibilidad de su validez una vez acaecida la muerte del mandante, si puede ser interpretado como una oferta de donación, y si puede ser subsanado en otra forma.

### 3.1. Irrevocabilidad

El artículo 1977 **CCIV** establecía: “El mandato puede ser irrevocable siempre que sea para negocios especiales, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o un tercero. Mediando justa causa podrá revocarse”. El legislador establece tres requisitos para la irrevocabilidad: que se trate de un negocio especial, que tenga limitación en el tiempo y que sea otorgado en razón de un interés legítimo de los contratantes o un tercero.

En el caso en análisis, se ha establecido el plazo de la irrevocabilidad (“confiere poder especial irrevocable por el término de diez años”), encontrándose en consecuencia, cumplido dicho requisito. Corresponde establecer si se ha dado cumplimiento a las restantes exigencias del artículo 1977 **CCIV**, debiendo interpretarse a qué se refiere el legislador por un negocio especial e interés legítimo de los contratantes o de un tercero.

Al respecto, ha expresado Etchegaray que el interés legítimo de los contratantes debe entenderse como referido a los sujetos de un negocio especial y no a los sujetos del contrato de mandato.<sup>1</sup> Debe existir un contrato-base origen de dicho poder, cuyo cumplimiento se quiere asegurar; es decir, el interés debe surgir del negocio que justifica el poder, no del propio mandato.<sup>2</sup> Dicho contrato-base –manifiesta Etchegaray– debe encontrarse concluido como tal, lo que no implica que el mismo deba estar cumplido, ya que para asegurar su cumplimiento es que se otorga el poder:<sup>3</sup>

En definitiva, la vinculación con el interés de los contratantes supone que la concreción y ejecución del mandato implique ser el medio de cumplimiento de un contrato o alguna obligación, que fundamente la existencia del poder.<sup>4</sup>

En el caso en análisis, se faculta a la apoderada a **vender o donar**. Al dejar el mandante en potestad de la mandataria la decisión de cuál es el negocio jurídico que se concretará con las hijas de ambos, queda evidenciado que no solo no se trata un poder otorgado para un negocio especial, sino que no ha existido un negocio base concretado entre las partes.

Más allá de lo analizado en forma general hasta aquí, corresponde analizar en este punto la posibilidad del otorgamiento de un poder especial irrevocable para donar. La promesa de donación no obliga al que la hace, pudiendo retirarla conforme las reglas de la oferta hasta tanto no sea aceptada. La revocabilidad de la oferta de donación es consecuencia de lo dispuesto por el artículo 1789 CCIV en tanto en cuanto quien dona actúa “de su libre voluntad”, lo que implica que no puede quedar forzado por una promesa. Por otro lado, de conformidad con lo que establecía el artículo 1810 CCIV, la donación de inmueble es contrato solemne de solemnidad absoluta, no existiendo en consecuencia la posibilidad del otorgamiento de un “boleto de donación”.<sup>5</sup> En consecuencia, no pueden darse las condiciones para que un poder para donar un inmueble cumpla el requisito necesario para su irrevocabilidad, porque la oferta de donación es **intrínsecamente revocable** y porque la donación de inmueble es **un contrato solemne de solemnidad absoluta**, no existiendo en consecuencia la posibilidad del otorgamiento de un “boleto de donación” que fuera la causa base que justifique la irrevocabilidad.

**El poder traído a consulta no cumple con los requisitos establecidos por el CCIV para ser considerado un poder irrevocable.**

### 3.2. Validez *post mortem*

El CCIV establecía en su artículo 1963: “El mandato **se acaba**: 1º) por la revocación del mandante; 2º) por la renuncia del mandatario; 3º) **por el fallecimiento del mandante o del mandatario**; 4º) por incapacidad sobreviniente al mandante o mandatario”. Y en el

1. ETCHEGARAY, Natalio P., *Esquemas de técnica notarial*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Ergon, 1982, p. 53.

2. *Ibidem*.

3. *Ídem*, pp. 53-54.

4. BENSEÑOR, Norberto R., [comentario al art. 1977], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 399.

5. Ver BELLUSCIO, Augusto C., [comentario al art. 1810], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *ob. cit.*, pp. 60-63.

artículo 1982 CCIV se disponía que “El mandato continúa subsistiendo aun después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario, o en el interés de un tercero”.

Los artículos transcriptos deben interpretarse entendiendo como principio general que frente al fallecimiento del representante o el representado, se producirá la extinción del poder, y se regula la posibilidad de su subsistencia luego de acaecida la muerte del representado en el caso de que se verifique **la existencia de un interés legítimo** del representante y del representado o en relación a un tercero.

En lo relativo a la existencia del interés legítimo de las partes o un tercero, nos remitimos al análisis realizado en el punto anterior en relación a la irrevocabilidad, reproduciendo dichas conclusiones. En consecuencia, **el poder en consulta no reúne las características exigidas por el CCIV para ser considerado con validez *post mortem*, por lo que la donación en consulta fue otorgada mediando la utilización de un poder que se encontraba extinto.**

### 3.3. Oferta de donación

El **CCIV** establecía:

*Artículo 1789:* Habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa.

*Artículo 1792:* Para que la donación tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario, expresa o tácitamente, recibiendo la cosa donada.

*Artículo 1795:* Si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donación, puede éste, sin embargo, aceptarla, y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa dada.

Resulta un elemento esencial para la existencia de un contrato de donación el *animus donandi*, es decir, la intención de enriquecer a la parte donataria, aunque no sea necesario un fin altruista.

El consultante plantea la posibilidad de interpretar el poder especial irrevocable como una oferta de donación y la posterior escritura de donación como su aceptación. El poder en análisis ha sido conferido a favor de doña M. R. A. P. para que en su nombre y representación proceda a formalizar las escrituras de **donación o venta** a favor de sus dos hijas respecto de dos inmuebles ubicados en la Capital Federal. Tal como se ha resaltado *ut supra*, **la ambigüedad de las facultades otorgadas a la mandataria hace imposible inferir una inequívoca voluntad de donar por parte del mandante a los efectos de inferir la existencia de una oferta de donación.**

### 3.4. Subsanción

De lo analizado hasta aquí podemos concluir que en la escritura en estudio **se ha realizado la transferencia de un inmueble por quien no tenía facultades suficientes para realizarla.**

El artículo 4010 CCIV establecía

El justo título para la prescripción es todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la condición de la persona de quien emana.

En relación al justo título, ha escrito Highton:

El título no es suficiente si no proviene del propietario legitimado para transferir o si, proviniendo de él, no es capaz de disponer de sus bienes. En estos supuestos, faltando las condiciones de fondo referidas a la persona de quien emana, no tiene el efecto de transferir el dominio. Es menos que un título suficiente para transferir el dominio: es un justo título que sirve para usucapir contra el verdadero propietario o contra el propietario incapaz. Este título cumple en cambio con las condiciones de forma. Se trata de un título que es de tal naturaleza como para transferir la propiedad por la tradición que se hace en consecuencia del mismo; de manera que si la propiedad no se transmite, no es por defecto del título en consecuencia de que se hace la tradición, sino por defecto en el derecho en la persona de quien emana...<sup>6</sup>

Podemos concluir entonces que la donación realizada por la señora M. R. A. P. a sus dos hijas, en representación de su cónyuge ya fallecido, **cumple con los requisitos para ser considerado un justo título.**

Desde la escritura de donación a la fecha, han transcurrido treinta y tres años, correspondiendo entonces analizar si puede considerarse subsanado el título por el transcurso del tiempo. En primer lugar, debe descartarse la aplicación del instituto de la prescripción decenal, aunque se trate de un justo título, por no contar las adquirentes con buena fe: no solo el titular dominial era su padre, sino que surge del propio título que había fallecido.

Rezaba el artículo 4015 CCIV:

Prescribese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, sin necesidad de título y buena fe por parte del poseedor, salvo lo dispuesto respecto a las servidumbres para cuya prescripción se necesita título.

Y el artículo 4016 CCIV: “Al que ha poseído durante veinte años sin interrupción alguna no puede oponérsele ni la falta de título ni su nulidad, ni la mala fe en la posesión”.

De la consulta en análisis, parece desprenderse que las donatarias han poseído continuamente a título de dueñas por treinta y tres años. En consecuencia, contando las actuales titulares registrales con justo título y posesión por treinta y tres años, puede sostenerse que **ha cesado la observabilidad relativa a la falta de legitimación del transmitente.**

Por último, de haberse tramitado juicios sucesorios del donante y su cónyuge y haber sido declaradas como únicas herederas las donatarias, **se encontraría subsanado el título por vía hereditaria.**

6. HIGHTON, Elena I., *Derechos reales*, v. 2 (“Dominio y usucapición”), t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, pp. 105-106. Ver CERÁVOLO, Ángel F., “La prescripción como figura jurídica con efectos subsanatorios de ineficacias escriturarias”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 24/12/2007 (t. 2008-A, p. 692, cita online AR/DOC/3934/2007).

#### 4. Conclusión

- Al no surgir la conexión del apoderamiento con el negocio causal justificativo y tratándose de una donación de un bien inmueble, acaecido el fallecimiento del poderdante, no puede considerarse viable la utilización de dicho poder.
- Contando las actuales titulares registrales con justo título y posesión por treinta y tres años, puede sostenerse que ha cesado la observabilidad relativa a la falta de legitimación del transmitente.

#### 5. Bibliografía

- BELLUSCIO, Augusto C., [comentario al art. 1810], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- BENSEÑOR, Norberto R., [comentario al art. 1977], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- CERÁVOLO, Ángel F., “La prescripción como figura jurídica con efectos subsanatorios de ineficacias escriturarias”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 24/12/2007 (t. 2008-A, p. 692, cita online AR/DOC/3934/2007).
- ETCHEGARAY, Natalio P., *Esquemas de técnica notarial*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Ergon, 1982.
- HIGHTON, Elena I., *Derechos reales*, v. 2 (“Dominio y usucapión”), t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.