

julio | septiembre 2018

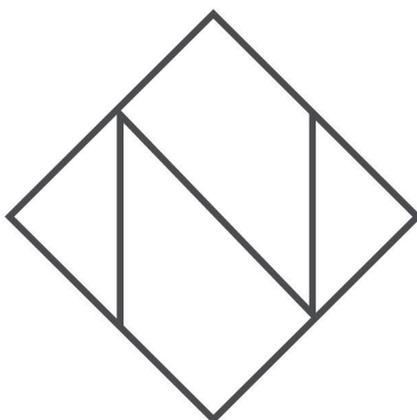
933

REVISTA DEL
NOTARIADO

Director: Diego M. Martí

julio | septiembre 2018

933



REVISTA DEL
NOTARIADO

Director: Diego M. Martí

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

ISSN 2362-6186

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

Propietario: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Director: Diego Maximiliano Martí

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

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Corrección y edición: Juan Pablo Álvarez y Agustín Rodríguez

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

Buenos Aires - República Argentina

+ 54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

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

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

Nº de Registro DNDA: 5353496

ISSN: 2362-6186

Diseño de tapa: Florencia Cardoso

Diseño de interior: Liliana Chouza

Todos los derechos reservados.

Consejo Directivo

Ejercicio 2017-2019

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

Editorial | 6

Doctrina

La concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal, por *Pablo R. Barreiro* | 11

Dominio revocable, por *Inés García Hamilton* | 32

Eficacia subsanatoria de la prescripción adquisitiva en los títulos inmobiliarios, por *Néstor D. Lamber* | 42

Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. ¿Hasta cuándo?... ¿todo cambió para que nada cambiara?, por *Martha Linares de Urrutigoity* | 57

Del orden cronológico en las escrituras públicas, por *Sonia Lukaszewicz* | 84

Marco legal de los conjuntos inmobiliarios. Adecuación, por *Silvia M. Massiccioni* | 91

La inscripción de la declaratoria de herederos, del testamento y la partición. Su justa medida, por *Bernardo Mihura de Estrada* y *Santiago J. E. Pano* | 104

La causa, los considerandos y la fuerza vinculante del contrato, por *Alfredo L. Rovira* | 118

Estimados lectores:

Cerrábamos el editorial al número anterior de la *Revista* diciendo que *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.* Y agregamos ahora que, muy por el contrario de lo que en ocasiones –aunque no sean tantas– se quiere hacer creer, nunca hemos sido parte del problema, ni tan siquiera en el marco de esas visiones apocalípticas en las que organismos internacionales ponen al notariado latino en el centro de la escena en función de costos y plazos sin reparar en que el anonimato de la sociedad de masas y el uso extendido de la tecnología nos ponen, sí, en el centro de la escena, pero como custodios de la seguridad jurídica, a fin de que esa combinación no resulte determinante.

A eso apunta precisamente uno de los ejes rectores de la *Revista del Notariado*: ser referente del debate y la producción académica jurídica de la función notarial, en un marco de pluralidad, honestidad intelectual y credibilidad, tal como sucede en el ejercicio diario de nuestra profesión.

¿Otra vez las donaciones...? No

Frente a posturas aisladas esgrimidas en ámbitos jurídico-notariales, es importante reafirmar el criterio que se ha sostenido desde el notariado de la Ciudad de Buenos Aires con relación a la cuestión intertemporal que involucra a los títulos provenientes de donaciones en virtud de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. **No se plantea duda alguna** en cuanto a aquellas formalizadas con posterioridad al 1º de agosto de 2015, las que devienen en títulos observables por el término de diez años desde la celebración del acto (desde la entrega de la posesión, dice la ley) o por cinco años computados desde el fallecimiento del donante. Tampoco la hay cuando hablamos de donaciones formalizadas antes del 1º de agosto de 2015 si también se ha producido antes de esa fecha el fallecimiento del donante. Pero han surgido interpretaciones que generan alguna duda respecto de lo que ocurre en caso de que el donante se encontrara vivo al 1º de agosto de 2015.

Resulta esclarecedora al respecto la exposición de Ángel F. Cerávolo en el marco de la XXXIII Jornada Notarial Argentina, celebrada en la ciudad de Bariloche en el mes de septiembre último. Allí, Cerávolo remarcó que si bien el alcance de las acciones se determina por la ley vigente al momento del fallecimiento del donante, ya decía Borda que la cuestión de la aplicación de la nueva ley a las situaciones jurídicas preexistentes era uno de los temas más difíciles y conflictivos del derecho, debiendo determinarse qué situaciones no están alcanzadas por la nueva norma. Esto se ha intentado desde antiguo: se desarrolló inicialmente la doctrina de los derechos adquiridos (si el derecho ya estaba adquirido, la nueva normativa no lo alcanzaba –no así en cuanto a los derechos en expectativa–), pero la crítica fundamental a esta doctrina era que, en realidad, en un

análisis estricto, todos los derechos lo son (adquiridos); lo que se difiere es su ejercicio, sosteniéndose hoy como argumento más fuerte que no pueden afectarse los derechos amparados por garantías constitucionales (como sería en este caso el derecho de propiedad). Cerávolo refiere a Borda, en una ponencia presentada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961), en la que expone la postura de Roubier, que plasma en la reforma del año 1968 en el artículo 3° del Código Civil (concepto contenido hoy en el art. 7°).¹ Cita también a Aída Kemelmajer, quien sostiene que cuando se modifica la relación jurídica se está aplicando la ley de modo retroactivo, y se afectan los elementos constitutivos de la relación. Así, no obstante que el alcance de las acciones concedidas a los herederos esté dado por la ley vigente al momento del fallecimiento, no implica ello que pueda afectarse el dominio que nació pleno a la luz de la legislación anterior, porque ello sería evidentemente aplicación retroactiva de la ley. De tal modo, las donaciones efectuadas con anterioridad al 1° de agosto de 2015 generaron un título perfecto, y una ley posterior no podría provocar que ese dominio adquirido pleno se vuelva revocable o resoluble (*ex lege*, es decir, por una condición legal), porque ello implicaría afectar derechos protegidos o amparados por garantías constitucionales.²

Uno de los valores más apreciados, valorados y buscados en el derecho moderno es el de la certeza en las relaciones jurídicas, por lo que –sostiene Cerávolo, hilvanando su idea– no solo debemos buscar el producto documento, sino que la doctrina que usemos para solventar su eficacia debe ser la que genere esa certeza. Por su parte, el legislador debe adecuarse a la costumbre de la sociedad, y no a la inversa la sociedad adecuarse a la norma. Esta debe ser la que la sociedad necesita, no puede no considerarse esta premisa, y no pueden dejarla de lado los intérpretes ni los jueces. Ello hace a la importancia de la equidad en la aplicación del derecho.

Entonces, ¿qué ocurre si el donante estaba vivo al 1 de agosto de 2015? Al respecto, ya nos hemos pronunciado al respecto en el dictamen recaído en el expediente 16-00641-15, derivado a la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos, publicado en la *Revista del Notariado*, donde concluimos:

1) Que en tanto el derecho de propiedad del donatario se encuentra consolidado en su patrimonio dado que ingresó a él bajo un régimen cuya interpretación ampliamente mayoritaria lo hace perfecto, **el régimen del Código Civil y Comercial [...] que prevé distintos alcances que el régimen [...] (del Código de Vélez) respecto de las acciones de protección de la legítima, no resulta de aplicación al caso traído en consulta**, puesto que ello implicaría dar a la ley un efecto retroactivo que lesionaría su derecho de propiedad, de jerarquía constitucional. [...] 3) [...] dado que la ley nueva no puede modificar o alterar

1. El lector podrá acceder a continuación a las actas completas del Congreso digitalizadas, editadas por la Universidad Nacional de Córdoba en 1962, t. 1 y t. 2. La ponencia del Dr. Borda puede encontrarse en el t. 1, pp. 68 y ss.; a su vez, sus intervenciones pueden ubicarse en el índice onomástico, t. 2, p. 798 [fuente: [biblioteca virtual](#) de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; última consulta: 7/3/2019].

2. Invito al lector a consultar, entre otras, las siguientes publicaciones de nuestra *Revista del Notariado*: BRANDI TAIANA, Maritel M., “Donaciones. Un temor irreverente” [online], en N° 931, 2018; CASABÉ, Eleonora R., “¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?” [online], en N° 924, 2016; GUARDIOLA, Juan José, “La necesidad de reformar los alcances de la acción de reducción” [online], en N° 932, 2018; KIPER, Claudio M., “Naturaleza del plazo para sanear una donación” [online], en N° 928, 2017; RODRÍGUEZ AMAT, María F. y SUÁREZ BELZONI, Marcelo W., “Situación de las donaciones de inmuebles y ofertas de donación realizadas en vigencia del Código Civil ante la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial Ley 26994” [online], en N° 920, 2015.

derechos incorporados al patrimonio al amparo de una legislación anterior sin menoscabar el derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional, podría considerarse que el donatario tiene en todos los casos, aun cuando no hubiera fallecido el donante, un derecho de propiedad cuyos alcances están protegidos a letra expresa por la Constitución Nacional, invulnerable por una reforma legislativa posterior a su adquisición, que de ese modo no podría aplicarse retroactivamente.³

Para finalizar este punto, resulta oportuno aquí citar a Alberto Spota, quien, abordando el tema de la bondad de los títulos provenientes de donaciones (en la época del Código de Vélez), ha dicho que

... toda vacilación sobre el ámbito de aplicación del mentado art. 3955 debe resolverse sobre la base de una interpretación restrictiva de esta norma a fin de no aumentar los supuestos de títulos imperfectos, que constituyen una rémora para el tráfico jurídico [...] Me parece ver en los estudios de muchos intérpretes una actitud de negación, de aniquilamiento, de cada una de las soluciones que trabajosamente van apareciendo en el campo notarial...⁴

Problemática del derecho transitorio⁵

Resulta de antigua data la problemática jurídica del derecho transitorio, que ha tenido diversas soluciones en nuestro derecho pero que la unificación civil y comercial mantiene en el artículo 7 del Código Civil y Comercial, en términos similares a los del artículo 3 del Código Civil (no en la letra original de Vélez, sino en su texto conforme a la modificación introducida por la Ley 17711). La norma dispone que se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes (no así a las relaciones o situaciones jurídicas anteriores en sí mismas –sí, por supuesto, a las nacidas desde su vigencia–), y modifica lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil, en el que se inspiró, solo respecto de lo referido a los contratos en curso de ejecución y las nuevas normas supletorias. Solo se admite, de manera excepcional, el efecto retroactivo que la propia ley disponga (en tanto no afecte derechos de jerarquía constitucional) y la aplicación de normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

En un interesante artículo, comentando el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal en pleno del 21 de diciembre de 1971 (autos “Rey, José J. c/ Viñedos y Bodegas Arizu SA”), Ernesto E. Nieto Blanc⁶ hace un profundo análisis respecto de la aplicación retroactiva de la ley y de sus efectos inmediatos, distin-

3. Ver MARTÍ, Diego M., “Donación a herederos legitimarios. Aplicación del Código Civil y Comercial. Acción de reducción. Plazo” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 919, 2015.

4. SPOTA, Alberto G., *Contratos*, t. 7, p. 324.

5. Basado en los considerandos del dictamen producido en el expediente 16-00641-15 (MARTÍ, Diego M., ob. cit. [cfr. nota 3]). Le propongo asimismo al lector consultar las siguientes doctrinas publicadas en nuestra *Revista del Notariado*: URBANEJA, Marcelo E., “Efectos de la ley en relación al tiempo. Temas de interés notarial” [online], en N° 928, 2017; y ZAVALA, Gastón A., “Temporalidad de la ley. Incidencia en las situaciones jurídicas en curso” [online], en N° 928, 2017.

6. NIETO BLANC, Ernesto E., “Retroactividad de la ley y el daño moral”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 146, p. 273.

guiéndolos de aquella, problemática que refiere como “conflicto de las leyes en el tiempo”. Dice allí que la nueva norma tiene una doble vigencia, que distingue en “fuerza abstracta” (obligatoriedad) por un lado y “efecto material” (aplicación concreta) por el otro, que pueden o no coincidir.

Yendo a la letra del artículo 7 del Código Civil y Comercial (“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”), se impone aquí detenernos en el significado de los conceptos de relaciones jurídicas, por un lado, y situaciones jurídicas, por el otro. Nieto Blanc, luego de referirlos como términos poco claros, cita al respecto a Roubier,⁷ quien define la situación jurídica como un “complejo de derechos y de deberes, de prerrogativas y de cargas, que se crea sobre la base de un hecho, estado o acto, y que engendra efectos jurídicos”, siendo esta el género del que la relación jurídica es la especie, y consiste en “una relación directa entre dos personas”. Y apunta que no es lo mismo “hechos jurídicos” que “situaciones jurídicas”, siendo estas últimas provocadas por aquellos, pudiendo incluso ser varias las situaciones derivadas de un hecho único.

En cuanto a la “consecuencia”, dice el autor que el término no puede referirse a alguno de los elementos que componen la relación o situación jurídica, ya que es precisamente un hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro, por lo que –concluye– la relación o situación jurídica es la que le da origen. El hecho generador debe valorarse con el prisma de la ley del momento, y no con el de la posterior. Que la ley produzca efecto inmediato implica mantener los hechos cumplidos (eficacia e inalterabilidad de los mismos).

Continúa el artículo 7 diciendo: “Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario”. La norma deviene inaplicable por retroactiva tanto si priva de derechos en el pasado como si priva de derechos a futuro en razón de un hecho pasado. No está prohibida la retroactividad sino acotada conforme a sus efectos. Y sigue el texto legal de marras: “La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”. En el punto, resulta de sumo interés la nota de Vélez al artículo 4044 (derogado por la Ley 17711),⁸ en la que enseña que

En la teoría de la no retroactividad de las leyes es preciso no atender solamente al interés de los particulares. Debe siempre compararse las ventajas e inconvenientes del interés público y del interés privado [...] el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir. **La nueva ley deberá entonces ser aplicada aún a las consecuencias de los hechos anteriores, que sólo son meras expectativas y no derechos ya adquiridos.**

7. ROUBIER, Paul, *Droits subjectifs et situations juridique*, París, Dalloz, 1963, § 19, p. 138.

8. [N. del E.: ver VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio, *Notas del Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1872, p. 267; fuente: <https://archive.org/>; última consulta: 7/3/2019].

Este número

En este número, algo más de doctrina que lo habitual, lo que resulta sumamente gratificante, ya que es una muestra del incremento de la producción académica del notariado: “La concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal” (por *Pablo Barreiro*), “Dominio revocable” (por *Inés García Hamilton*), “Eficacia subsanatoria de la prescripción adquisitiva en los títulos inmobiliarios” (por *Néstor Lamber*), “Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. ¿Hasta cuándo?... ¿todo cambió para que nada cambiara?” (por *Martha Linares*), “Del orden cronológico en las escrituras públicas” (por *Sonia Lukaszewicz*), “Marco legal de los conjuntos inmobiliarios. Adecuación” (por *Silvia Massiccioni*), “La inscripción de la declaratoria de herederos, del testamento y la partición. Su justa medida” (por *Bernardo Mihura de Estrada y Santiago Pano*), y “La causa, los considerandos y la fuerza vinculante del contrato” (por *Alfredo Rovira*).

DIEGO M. MARTÍ

La concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal

Pablo R. Barreiro

RESUMEN

Análisis de las diversas posturas doctrinarias acerca del consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica, de conformidad con la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994), a fin de poder determinar si puede ser un sujeto comprendido en el régimen de la Ley 24522 de Concursos y Quiebras, es decir, si es o no un sujeto concursable.

PALABRAS CLAVE

Propiedad horizontal, consorcio de propietarios, concursabilidad, insolvencia.

Fechas de recepción y aceptación

21/8/2018 - 3/2/2019

Sumario: 1. Introducción. 2. Derecho real de propiedad horizontal. 3. El consorcio de propiedad horizontal. 4. Un poco de historia: el consorcio de propietarios durante la vigencia de la Ley 13512 y el Código Civil. 5. La concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal en la actualidad, conforme al Código Civil y Comercial y la Ley 24522. 6. Ventajas que brinda la concursabilidad. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

1. Introducción

En la actualidad, en materia de personas jurídicas privadas, una de las cuestiones más discutidas es, precisamente, la posibilidad o no de que el consorcio de propiedad horizontal pueda presentarse a petitionar la apertura de su concurso preventivo o de que sea declarado en quiebra a pedido de acreedores, conforme autoriza la normativa concursal para casi todos los sujetos de derecho. Como medida previa a adentrarnos en el tema que nos ocupa, es necesario analizar brevemente la estructura y problemática de este nuevo sujeto de derecho y cómo se vincula ello con su concursabilidad a la luz de las reglas especiales de la materia.

2. Derecho real de propiedad horizontal

2.1. Concepto

El [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”) derogó la [Ley 13512 de Propiedad Horizontal](#) y sus decretos [reglamentarios](#), y consagra en el artículo 1887

CCCN, inciso c), la propiedad horizontal como un derecho real. El mismo cuerpo legal, en su artículo 2037, da un concepto de propiedad horizontal:

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

2.2. Naturaleza jurídica

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

2.3. Constitución

El artículo 2038 CCCN la regula de la siguiente manera:

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

Para dividir jurídicamente el edificio, el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad horizontal, que debe inscribirse en el registro inmobiliario. El reglamento de propiedad horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional (en adelante, “UF”). El otorgamiento del reglamento crea el denominado “estado de propiedad horizontal”, que posibilita la división jurídica del inmueble en propiedades autónomas.

Como señala Highton,

Lo que jurídicamente era una sola cosa se sustituye por dos o más, susceptibles de convertirse en propiedades separadas pertenecientes a distintos titulares. Mientras una sola persona sea propietaria de todo el inmueble, o lo sean varias en condominio sin haberse procedido a la adjudicación de las distintas unidades, no existirá aún derecho real de propiedad horizontal a favor de ninguna de ellas.²

En el mismo sentido, Kiper señala:

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

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

2. HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000 (2ª ed.), p. 145.

3. KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2016 (1ª ed.), p. 558.

2.4. Objeto

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

3. El consorcio de propiedad horizontal

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

Dice el artículo 2044:

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

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

3.1. Comienzo de la existencia del consorcio

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

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

- i) El art. 2038 ordena que a los fines de la división jurídica del inmueble hay que redactar un reglamento de propiedad horizontal que debe inscribirse en el registro inmobiliario. El reglamento de propiedad horizontal contiene no solo la descripción de la división del inmueble, tal como surge de los planos respectivos, sino fundamentalmente una serie de cláusulas destinadas a regir la vida de la comunidad y por lo tanto debe ser aceptado libremente por las partes al momento de contratar. Es el verdadero estatuto del consorcio, destinado a ordenar las relaciones de los propietarios entre sí y con respecto a terceros, constituyendo un convenio de cumplimiento obligatorio para las partes en los términos del art. 959 del Código Civil y Comercial.
- ii) El art. 2044, luego de asignar al Consorcio la calidad de persona jurídica, dispone en su segundo párrafo: «La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del

inmueble del régimen de propiedad horizontal... Instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscrita en el registro inmobiliario». Una interpretación a contrario sensu permite afirmar que la afectación del inmueble en la forma ordenada por el art. 2038 señala el comienzo de la existencia del consorcio de propiedad horizontal.

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

3.2. Caracteres de la persona jurídica consorcio de propiedad horizontal

3.2.1. Nombre

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

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

3.2.2. Domicilio

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

3.2.3. Integrantes

Esta persona jurídica está integrada “obligatoriamente” por todos los titulares de unidades funcionales, quienes dejan de serlo en el momento en que las transfieren a terceras personas, los que, a su vez, pasan automáticamente a integrarlas. No existe voluntad asociativa, nadie selecciona quiénes son los otros integrantes, no es factible no integrarla o renunciar

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

5. Ídem, p. 244.

el carácter de miembro del consorcio. Se es integrante de la persona jurídica mientras se es propietario de una unidad funcional y mientras exista la afectación del inmueble.⁶

3.2.4. Duración

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

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

3.2.5. Funcionamiento, órganos del consorcio

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

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

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

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

3.2.6. Patrimonio

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

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

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

El **Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998** era más preciso al respecto ya que el artículo 1980 decía:

El patrimonio del consorcio se integra con el fondo de reserva, otras recaudaciones, los créditos contra los consortes o terceros, las unidades funcionales que se le asignen o adquiera en el inmueble, y en general las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia.⁸

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

Los consortes no transfieren parte de su patrimonio al consorcio sino sólo la administración de las cosas comunes que implica la obligación, para este último, de mantenerlas en buen estado de conservación.⁹

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

No coincide la doctrina acerca de si las rentas provenientes de espacios comunes (alquileres), o de publicidad efectuada en las paredes divisorias, o los créditos por medianería integran el patrimonio del consorcio. Para algunos sí, para otros corresponden a los titulares del derecho real. Si las partes comunes no integran el patrimonio del consorcio, tampoco lo integran las rentas que de ellas provienen, salvo decisión de los propietarios en sentido contrario.¹⁰

3.2.7. Objeto

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

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

8. [N. del E.: fuente del link: campus virtual de la [Universidad de Salamanca](#); última consulta: 11/2/2019].

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

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

... el mantenimiento, conservación y reparación de las cosas comunes; por ende, su accionar debe estar enderezado al cumplimiento de tales fines. Éste es, entonces, el aspecto que no debe perderse de vista cuando se pretende aplicar al principio de especialidad de la persona jurídica consorcio.¹¹

3.2.8. Capacidad. Principio de especialidad como marco de la capacidad de derecho

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

La capacidad de derecho del consorcio, como la de todas las personas jurídicas, debe ajustarse al principio de especialidad, o sea, que están condicionadas, en los términos del art. 35 del Cód. Civil por «los fines de su institución».¹²

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

La personalidad no es, por su misma sustantividad, propiedad que se pueda detentar de manera disminuida. Lo que se puede tener en más o en menos es la capacidad, pero no la personalidad que hace a la existencia misma del sujeto y, desde este punto de vista, se es o no persona del derecho, pues es inconcebible que exista una categoría de semisujetos.¹³

Asimismo,

Importa una inadmisibles confusión reconocer el carácter de persona del consorcio y al mismo tiempo postular que ostenta una personalidad limitada. Con esa mirada todas las personas jurídicas tendrían personalidad limitada, pues deben desenvolverse dentro de los fines propios de su objeto.¹⁴

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

11. Ídem, p. 580.

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

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

14. ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., ob. cit. (cfr. nota 12).

4. Un poco de historia: el consorcio de propietarios durante la vigencia de la Ley 13512 y el Código Civil

Durante la vigencia del régimen de la Ley 13512 de Propiedad Horizontal, se debatió arduamente acerca de la concursabilidad o no de los consorcios de copropietarios, pero, para arribar a una respuesta, previamente se debía resolver la cuestión acerca de su personalidad; si era o no una persona jurídica, un sujeto de derecho distinto de cada uno de sus integrantes. Recién entonces, y admitiendo su personalidad, podía determinarse si la persona jurídica consorcio quedaba encuadrada en el artículo 2 de la Ley 24522 de Concursos y Quiebras (en adelante, “LCQ”), es decir, si se trataba de un sujeto concursable, o si, por el contrario, quedaba excluido de la aplicación de la ley concursal.

4.1. Posturas acerca de la personalidad del consorcio de propietarios

Existían dos teorías enfrentadas: una que negaba la personalidad jurídica del consorcio y la otra, mayoritaria, que le reconocía personalidad jurídica.

4.1.1. Argumentos de quienes le negaban personalidad jurídica al consorcio

Quienes se enrolaban en esta postura sostenían que es la ley quien otorga la personalidad jurídica y no puede surgir de un acuerdo de voluntades. Por lo tanto, al no existir una norma legal que le otorgue personalidad jurídica al consorcio de propietarios, no puede considerársele un sujeto de derecho. Otros le negaban personalidad sosteniendo que el consorcio carecía de un patrimonio propio y que, por ende, no podía contraer obligaciones.

Jurisprudencialmente se sostuvo que el único modo de explicar por qué los copropietarios deben ejercer las acciones y derechos a través del representante del consorcio es declinar la pretendida personalidad y entender que cuando la ley alude al consorcio de propietarios (art. 9 Ley 13512), no lo hace para atribuirle el carácter de entidad que tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones distinta de sus integrantes, sino que se refiere al conjunto de los copropietarios sometidos a un específico y particular modo de conservar y administrar las cosas comunes. Se enrolaban en esta postura autores como Highton,¹⁵ Laquis y Siperman,¹⁶ Lascano,¹⁷ Molinario,¹⁸ Novillo Corvalán¹⁹ y Sívori.²⁰

15. Ver HIGHTON, Elena I., ob. cit (cfr. nota 2), pp. 563-564.

16. Ver LAQUIS, M. y SIPERMAN, A., *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, pp. 85 y 90 y ss.

17. Ver LASCANO, Guillermo G., “Derecho del trabajo”, en *Revista de Jurisprudencia*, t. XIII, 1953, pp. 59 y ss.

18. Ver MOLINARIO, Alberto D., “Inexistencia de personalidad del consorcio creado por ley nacional 13512”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 120, p. 405.

19. Ver SALVAT, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, 1952 (ed. actualizada por Sofanor Novillo Corvalán), pp. 462-464.

20. Ver SÍVORI, Alfredo, “Algunos aspectos de la ley 13512”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata*, N° 1, 1954, p. 27.

4.1.2. Argumentos de quienes le reconocían personalidad jurídica al consorcio

Quienes se enrolaban en esta postura sostenían que el consorcio debe considerarse una persona jurídica, ya que tiene todos los atributos inherentes a toda persona jurídica: nombre, domicilio, capacidad, patrimonio propio y órganos de gobierno. Como toda persona jurídica, tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, en los términos del artículo 33 CCIV, y es una persona distinta de los miembros que lo integran. Entre los partidarios de esta postura, la discusión versaba acerca de la capacidad del consorcio: algunos sostenían que era amplia, mientras que la mayoría le reconocía una capacidad restringida al solo cumplimiento de su objeto, es decir, que su capacidad está limitada para los actos de gestión del edificio constituido en propiedad horizontal. Se enrolaban en esta postura autores como Alterini,²¹ Belluscio,²² Borda,²³ Curutchet,²⁴ Laje,²⁵ Llambías,²⁶ Mariani de Vidal,²⁷ Racciati²⁸ y Spota.²⁹

Como indicáramos anteriormente, el CCCN puso fin a la histórica discusión, recogiendo expresamente la opinión de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, admitiendo que el consorcio tiene personalidad jurídica. Así, los artículos 148 y 2044 del CCCN expresamente le acuerdan el carácter de persona jurídica.

4.2. Posturas acerca de la concursabilidad del consorcio de propietarios

Como adelantáramos, el segundo debate que se planteaba era determinar si la persona jurídica consorcio quedaba encuadrada en el artículo 2 LCQ, es decir, si se trataba de un sujeto concursable o si, por el contrario, quedaba excluido de la aplicación de la ley concursal. Dice el artículo 2 LCQ:

Sujetos comprendidos. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.

21. Ver ALTERINI, Jorge H., "Responsabilidad de los consorcistas", en AA.VV., *Temas de responsabilidad civil*, p. 742.

22. Ver LAVALLE COBO, Jorge, [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, 1985, p. 155.

23. Ver BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 624.

24. Ver CURUTCHET, Julio E., "Naturaleza jurídica del consorcio de propietarios en la propiedad horizontal", en *Revista de Jurisprudencia Argentina*, t. 1961-III (serie moderna), p. 528.

25. Ver LAJE, Eduardo J., "La personalidad del consorcio de propietarios creado por la ley 13512", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 99, 1960, p. 430.

26. Ver LLAMBIÁS, Jorge J., ob. cit. (cfr. nota 13), §1117, p. 53; y [su voto] en Cám. Civ. de Capital Federal, Sala A, 22/9/1960, "Consortio de Propietarios del Edificio Las Heras 2255/61 c/ Bollag, José y otro" (*Revista de Jurisprudencia Argentina*, t. 1961-III [serie moderna], pp. 539-541).

27. Ver MARIANI DE VIDAL, Marina, "Las deudas del consorcio de copropietarios. ¿Sobre qué bienes pueden hacerse efectivos?", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 45, p. 865.

28. Ver RACCIATTI, Hernán, *Propiedad por pisos o por departamentos*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1958 (2ª ed.), pp. 126-133; y *La naturaleza jurídica del consorcio de propietarios en la ley argentina de propiedad por pisos o departamentos*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 172.

29. Ver SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, t. 1, v. 3, Buenos Aires, Depalma, 1953, pp. 75-76.

Se consideran comprendidos: 1) El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de sucesores. 2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.

No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por Leyes Nros. 20091, 20321 y 24241, así como las excluidas por leyes especiales.

Para aquellos que negaban la personalidad jurídica del consorcio, y basados en el artículo 2 LCQ, el consorcio no era un sujeto concursal, por no ser una persona de existencia ideal de carácter privado. La discusión acerca de la concursabilidad se planteaba solo entre aquellos que reconocían al consorcio con personalidad jurídica.

4.2.1. Argumentos de quienes negaban la concursabilidad del consorcio

El principal argumento de quienes se enrolaban en esta postura era que consideraban al consorcio de propietarios como “persona jurídica necesaria”. Es decir, consideraban al consorcio un recurso jurídico indispensable, impuesto por la ley, que no puede dejar de existir mientras exista la propiedad horizontal, que no puede quebrar. Esto se debe a que la declaración de quiebra es una causal de disolución de la personalidad jurídica –incompatible con la característica de necesidad enunciada– y, por lo tanto, tampoco puede concursarse, dado que el concurso preventivo es una quiebra en potencia. Interpretaban de forma amplia el artículo 2 LCQ, ya que consideraban que la Ley 13512 era la “ley especial” que excluía el consorcio de propietarios del régimen concursal.

Como señalara Highton haciendo referencia al consorcio,

...es una persona jurídica necesaria que inevitablemente debe tener continuidad, no pudiendo disolverse con la consiguiente desaparición del consorcio de la vida jurídica, ya que la indivisión forzosa del inmueble hace ineluctable la permanencia de la comunidad organizada, y el régimen de este derecho real está basado en la existencia del consorcio, ente cuya creación no es optativa sino automática (art 9º ley 13.512). La única forma en que este desaparecería sería a través de la subasta de todo el inmueble, que fuera a parar a manos de un único propietario. De ahí que entendamos que el consorcio de propietarios está excluido de la admisibilidad del concurso, a cuyo fin interpretamos en forma amplia el último párrafo del art. 2º de la ley 24.522, según el cual “No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por leyes 20.091, 20.321 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales” entendiendo que la ley 13.512 es una ley especial que, dado el modo en que dispone sobre el consorcio, lo excluye de la contingencia falencial. De admitirse la quiebra, cabría también analizar que la misma importaría la quiebra de todos los propietarios en los términos del art. 16º de la ley concursal.³⁰

4.2.2. Argumentos de quienes aceptaban la concursabilidad del consorcio

Quienes se enrolaban en esta postura (Di Tullio, Martorell y Roitman, entre otros) han sostenido que si se admite la personalidad del consorcio y el mismo tiene un patrimonio propio,

30. HIGHTON, Elena I., ob. cit. (cfr. nota 2), pp. 563-564.

... naturalmente se desprende como lógica consecuencia la posibilidad de concursamiento de este sujeto de derecho (entendido en forma amplia, abarcativo de la solución preventiva y liquidativa) en los términos de los arts. 2º y 5º de la LCQ.³¹

Sostenían que la idea de considerar al consorcio como una persona jurídica necesaria y, en virtud de ello, no poder declarar su quiebra porque conllevaría la disolución de la persona jurídica “no parece convincente y el perjuicio que causa el estado de quiebra a cualquier comunidad de sujetos organizados jurídicamente no es diferente en uno y otro caso”.³²

5. La concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal en la actualidad, conforme al Código Civil y Comercial y la Ley 24522

Al reconocer al consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica, el CCCN ha resuelto solo una parte del problema, ya que nada dice respecto de su concursabilidad, y, en virtud de que la LQC no ha sido objeto de reforma, el debate en relación con la inclusión o no del consorcio entre los sujetos concursales establecidos en el artículo 2 de la ley está aún vigente. En líneas generales, los fundamentos esbozados antes de la reforma, tanto a favor como en contra de la posibilidad de la concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal, siguen siendo los mismos.

5.1. Argumentos y posturas en contra de la concursabilidad

5.1.1. El consorcio de propiedad horizontal como “persona jurídica necesaria”

Parte de la doctrina sostiene que, si bien el CCCN reconoce expresamente al consorcio como persona jurídica, esto no implica necesariamente su concursabilidad, sino que hay que analizar la finalidad del instituto. Estos autores sostienen que, aun con la reforma del CCCN, la quiebra y el concurso son improponibles, por ser el consorcio una persona jurídica de existencia necesaria. Medici y Raspall argumentan que

... por razones ligadas a su composición patrimonial, finalidad, estructura ontológica, [el] consorcio de copropietarios regulado en los arts. 2044 y concordantes del CCCN, no puede ser un sujeto concursable.³³

Sostiene Raspall,

Esta persona jurídica nace con un plazo indeterminado, perdura mientras exista la afectación del inmueble al régimen de Propiedad Horizontal y solo se disuelve por desafectación

31. DI TULLIO, José A. y ROITMAN, Horacio, “Los concursos y la propiedad horizontal”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2002-2 (“Propiedad horizontal”), septiembre 2002, pp. 401 y ss.

32. Ídem.

33. MEDICI, Rubén A. y RASPALL, Miguel A., “El concurso del consorcio de copropietarios. Una imposibilidad ontológica”, en AA.VV., *IX Congreso Argentino de Derecho Concursal. VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, t. 1, Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa [Fespresa], 2015, p. 390.

del inmueble del régimen, lo que podrá ser alcanzado por acuerdo unánime de los propietarios o por resolución judicial y es necesaria su existencia para que exista derecho real de propiedad horizontal. En tal orden, se sostiene desde antes de la sanción del nuevo Código, que el consorcio es una persona jurídica “necesaria”, pues integra uno de los elementos estructurales del régimen de propiedad horizontal, es consustancial con el mismo y hace a la existencia del derecho real de propiedad horizontal, posición que compartimos.

[...] el consorcio de copropietarios, a diferencia de las demás personas jurídicas privadas, es una persona jurídica necesaria, es decir, impuesta por la ley, que existirá mientras nos encontremos frente a la propiedad horizontal. El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye a la persona jurídica consorcio según los términos del artículo 2044 CCyC. Los integrantes del consorcio (copropietarios), no deciden libremente crear la persona jurídica, sino que se los impone la ley como condición para que exista propiedad horizontal.

[...] La “vida” del consorcio está indisolublemente ligada a la afectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal y por lo tanto solo se extingue por la desafectación acordada en forma unánime por los propietarios o por decisión judicial. La desafectación del régimen de propiedad horizontal es la única causal de extinción del consorcio, no dejando lugar a duda alguna la redacción del art. 2044, 2º párr. CCyC. De modo que, mientras exista la afectación del inmueble a la propiedad horizontal, existirá la persona jurídica consorcio, lo que la transforma –como hemos dicho– en una “persona jurídica necesaria” e inescindible del sistema.³⁴

5.1.2. Causales de disolución de la persona jurídica

Otros sostienen que dado que el artículo 2044 CCCN no prevé la disolución del consorcio de propietarios por declaración de quiebra, en consecuencia, no resultaría aplicable el artículo 163 inc. e) CCCN. El artículo 2044, en su último párrafo, dispone:

La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario.

El artículo 163, al regular las causales de disolución de las personas jurídicas, en su inciso e) establece como causal la declaración de quiebra y agrega que la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto.

Reconocen que el artículo 2044 prevé solo dos causales de disolución: 1) por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública y 2) por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario. Así, Raspall sostiene:

En el régimen de la ley 13.512 derogada, no estaba tratada la disolución de la persona jurídica en razón de que ésta no le reconocía al consorcio tal carácter (por lo menos en forma expresa). La desafectación del inmueble podía producirse por resolución judicial, en los casos en que el juez debiera expedirse –frente a la ausencia de unanimidad– por cuestiones vinculadas a reparaciones extraordinarias, por destrucción total o parcial, estado de vetustez o ruindad que hacían a la cosa peligrosa. Esta situación se repite actualmente en el art. 2055 para los casos de grave deterioro o destrucción del edificio, donde los propietarios

34. Ver RASPALL, Miguel A., ob. cit. (cfr. nota 6).

resuelven por mayorías que representen más de la mitad del valor, pero seguramente en caso de conflictos, estos recurrirán a la justicia, con lo cual el juez puede terminar resolviendo la desafectación. Igualmente, en los casos de ruina, vetustez o peligrosidad, el juez podría resolver la desafectación del inmueble, aun cuando fuera pedido por una cantidad de propietarios que no representaran las mayorías legales, e incluso, podría llegarse a esta situación teniendo como punto de partida, una resolución administrativa.

Entendemos que ésta es la interpretación que cabe darle al art. 2044 cuando dice que el juez puede resolver la desafectación del inmueble y ello arrastrar a la disolución o extinción del consorcio. No vemos que tenga facultades para disolver el consorcio en forma directa, sino que sobreviene en forma indirecta por la desafectación del inmueble.

Parte de la doctrina ha sostenido que el juez puede disponer la extinción de la persona jurídica consorcio, a través de la declaración judicial de quiebra. A la sentencia de quiebra (resolución judicial), la consideran una causal de disolución del consorcio, lo que a su vez arrastraría a la desafectación del inmueble. Esta afirmación amerita que consideremos que, si se declara la quiebra del consorcio, no es la resolución judicial la que impondría la disolución, sino la ley misma, (art. 163 inc. c. del CCyC), o sea, estaríamos en presencia de una causa legal y no –técnicamente– judicial.

No obstante, debe considerarse que la redacción del art. 2044 CCyC establece una clara previsión, indicando que es la desafectación la que produce la disolución de la persona jurídica y no al revés.³⁵

5.1.3. Insolvencia/cesación de pagos

Parte de la doctrina sostiene que el consorcio de propiedad horizontal no podría estar en cesación de pagos, y, por ende, no correspondería admitir ni el concurso ni la quiebra. Dice el artículo 1 LCQ:

Cesación de pagos. El estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 66 y 69.

El artículo 78 LCQ establece:

Prueba de cesación de pagos. El estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan.

Estos autores afirman que el consorcio no podría estar imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, o sea, entrar en cesación de pagos, ya que los propietarios tienen la obligación de pagar las expensas en la proporción que se fije en el reglamento de propiedad horizontal, las cuales se suponen suficientes para afrontar las obligaciones asumidas por el consorcio. Es obligación del administrador practicar la cuenta de expensas y recaudar los fondos necesarios para satisfacer las obligaciones asumidas por el consorcio. Asimismo, en función de lo dispuesto por el artículo 2067 inciso k) CCCN, deberá notificar a los propietarios, dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles de recibir la intimación respectiva, acerca de la existencia de reclamos administrativos o judiciales

35. Ídem.

que afecten al consorcio, y, de esta forma, en la asamblea de consorcistas se deberían decidir las acciones a seguir.

Conforme a lo expuesto, sostienen que el consorcio de propiedad horizontal no debería entrar en cesación de pagos, debido a la forma en que está regulado su funcionamiento, y, de existir posibles inconvenientes, deberían resolverse mediante el sistema de responsabilidad de los administradores. Los propietarios de las unidades funcionales tienen una responsabilidad directa e ilimitada frente al consorcio, proporcional al porcentaje que corresponde a su unidad funcional. Por lo tanto, ante la negligencia del administrador de iniciar los trámites correspondientes para exigir el pago de las expensas a los consorcistas morosos, los terceros podrían ejercer sus derechos a través de la vía de la cesión de derechos o mediante el ejercicio de la acción de subrogación, reclamando solo a los consorcistas incumplidores. De esta forma, se preserva al consorcio sin someterlo a un complejo proceso falencial.

Con respecto a la situación de insolvencia del consorcio, se ha argumentado

... el patrimonio del consorcio de copropietarios nunca podría ser insuficiente para responder por las deudas que lo gravan toda vez que existe una obligación connatural de los copropietarios a aportar los fondos para el mantenimiento del edificio y el funcionamiento de la propiedad horizontal.³⁶

Según este razonamiento,

... la impotencia patrimonial del consorcio para hacer frente a sus obligaciones, dispara la responsabilidad patrimonial de los copropietarios, quienes deben afrontar todo lo que el consorcio no puede cancelar (excusión previa de bienes del consorcio).³⁷

5.2. Argumentos y posturas a favor de la concursabilidad

5.2.1. El consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica

El CCCN reconoce al consorcio de propiedad horizontal como una persona jurídica privada. Como tal, posee todos los atributos que le son propios a las personas jurídicas: 1) nombre, 2) domicilio, 3) duración, 4) patrimonio, 5) objeto, 6) órganos propios, y, conforme al artículo 141 CCCN, tiene aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación; todo ello al igual que el resto de las personas jurídicas privadas. Por otra parte, no existe en el CCCN norma alguna que le permita al consorcio de propiedad horizontal no estar alcanzado por lo regulado en los artículos 163 a 167, referidos a la disolución y liquidación de las personas jurídicas privadas. Como es posible advertir, el reconocimiento de la personalidad independiente del consorcio constituye el punto de partida para considerar los efectos que se derivan del mismo, pues ello incide directamente en la posibilidad de que el consorcio pueda ser parte en juicio, en la probabilidad de ser condenado, en la responsabilidad por las deudas contraídas y, por consiguiente, en la alternativa del concursamiento.³⁸

36. MEDICI, Rubén A. y RASPALL, Miguel A., ob. cit. (cfr. nota 33), p. 390.

37. Ídem.

38. Ver DI TULLIO, José A. y ROITMAN, Horacio, ob. cit. (cfr. nota 31), p. 401.

Como señalan Gurfinkel y Saucedo,

Aplicando las normas comerciales al tema en cuestión se afirma que desde el punto de vista estrictamente normativo, la situación del consorcio de propietarios no está contemplado entre las excepciones de la ley 24.522, por lo cual, siendo una persona jurídica con caracteres especiales en cuanto a su objeto, queda encuadrada en los arts. 2 y 5 de la ley de la materia y, aunque no persigue fines de lucro, al realizar las contrataciones mediante las cuales cubre las necesidades y obtiene beneficios, contrae obligaciones que al quedar incumplidas lo vuelven pasible del concurso de quiebra. En consecuencia, si se reconoce al consorcio personalidad jurídica, no hay argumentos de derecho para excluirlo de los alcances de la ley concursal.³⁹

En cuanto a considerar al consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica necesaria los citados autores expresan:

No compartimos esta interpretación por cuanto para considerar a la ley 13.512 como ley especial a los fines de la exclusión de la ley concursal, la excepción –que debe ser interpretada con criterio restrictivo– debería surgir de aquella norma en forma clara. No solo no hay regla alguna al respecto en la ley 13512 sino que ésta ni siquiera reconoce al consorcio de propietarios como persona jurídica distinta de sus integrantes, como en cambio lo dispone el nuevo Código. Ante la falta de sustento normativo que permita excluir al consorcio de los alcances del concurso o quiebra, resulta insuficiente el argumento de orden pragmático que señala la necesidad de su existencia para el mantenimiento del sistema de propiedad horizontal.⁴⁰

5.2.2. La legitimación del consorcio de propiedad horizontal para acceder a los procesos concursales

En lo que respecta a los sujetos que pueden acceder a los procesos concursales, la Ley 24522 no ha cambiado y siguen rigiendo sus artículos 2 y 5. El último párrafo del artículo 2 determina qué sujetos no son susceptibles de ser declarados en concurso, manteniendo ciertas exclusiones específicas, como es el caso de las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, aseguradoras y bancos, y el consorcio de propiedad horizontal no es una de las excepciones señaladas por la ley. El hecho de que el CCCN establezca que el consorcio de propiedad horizontal es una persona jurídica de carácter privado, conforme a los artículos 148 inciso h) y 2044, necesariamente implica reconocer la posibilidad de que el consorcio de propiedad horizontal a) pueda ser parte en un proceso judicial actuando tanto como actor o demandado, b) pueda ser condenado, c) sea responsable (como centro de imputación diferenciado de conductas en relación con los propietarios que lo conforman) respecto de las deudas contraídas o por los daños producidos bajo el régimen de responsabilidad civil, y d) pueda acceder a los procesos concursales (acuerdo preventivo extrajudicial, concurso preventivo y quiebra) en aquellos casos en los cuales se presenten los presupuestos objetivos que dan lugar a la apertura de cualquiera de estos procedimientos.

39. GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. y SAUCEDO, Ricardo J., ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 258-259.

40. Ídem, pp. 259-260.

Nada impide que los órganos propios de la persona jurídica dispongan la presentación en concurso preventivo, acordando con los acreedores del consorcio un plan de pagos que solvente las obligaciones adeudadas en tanto los recursos de aquél...⁴¹

Como señala Vitolo:

... si el Consorcio de Propiedad Horizontal –persona jurídica privada distinta de los propietarios que lo componen–:

a) Se encuentra enfrentando dificultades económicas o financieras de carácter general, o se encuentra en un estado de cesación de pagos, puede promover y procurar obtener un acuerdo preventivo extrajudicial, en los términos de los arts. 69 y siguientes de la ley 24522 celebrando libremente un acuerdo privado con una comunidad significativa de sus acreedores en orden a permitirle superar la crisis que atraviesa; acuerdo éste que si finalmente consigue la homologación por parte del tribunal competente, adquirirá los efectos de un acuerdo preventivo judicial homologado, imponiéndose forzosamente a todos los acreedores de causa o título anterior a dicho acuerdo –hayan o no participado del mismo–, novando la totalidad de esas obligaciones;

b) Se encuentra enfrentando un estado de cesación de pagos, puede solicitar la apertura de su concurso preventivo de acreedores, recurriendo al juez de su domicilio con el objeto de que –continuando al frente de la administración de su patrimonio bajo un régimen de desapoderamiento atenuado y desarrollando su actividad habitual– se le brinde la oportunidad de que pueda arribar –en un plazo determinado– a un acuerdo con sus acreedores, que le permita revertir la situación de crisis por la que atraviesa. Si el acuerdo finalmente es homologado judicialmente, las obligaciones de causa o título anterior a la presentación en concurso quedarán novadas totalmente; y –finalmente–

c) Se encuentra enfrentando un estado de cesación de pagos y estima que la situación no podrá ser revertida en razón de que –por diversas circunstancias– no se advierte que los copropietarios puedan efectivamente contribuir a permitirle superar dicho estado de cesación de pagos, pedir su propia declaración en quiebra ante el juez de su domicilio e, igualmente, cualquier acreedor que considere que el consorcio se encuentra efectivamente en cesación de pagos, e invoque la existencia de actos reveladores de la mencionada situación, podrá pedir su declaración en quiebra –quiebra directa–, cuyo trámite podrá devenir en concurso preventivo si se recurriera temporáneamente al instituto de la conversión del trámite.

Y no hay norma positiva alguna que excluya al Consorcio de Propiedad Horizontal de estas posibilidades, como ocurre con otras personas jurídicas privadas.⁴²

El mismo autor, al fundamentar que el consorcio de propiedad horizontal puede acceder a los procesos concursales, agrega:

Por otra parte, esta solución es la más sana y equitativa al momento de resolver las cuestiones patrimoniales frente a un situación de crisis, dado que de lo que se trata aquí es de enfrentar un presupuesto objetivo, bajo la ley 24522 cuál es el de la cesación de pagos, situación –ésta– que está conformada no necesariamente por un desequilibrio económico, sino por desequilibrio financiero, pues dicho estado de cesación de pagos es el estado del patrimonio que, sin disponibilidad de crédito, se revela impotente para atender las

41. TROPEANO, Darío, “¿Existen nuevos sujetos concursables en el Código Unificado?”, en AA.VV., *IX Congreso Argentino de Derecho Concursal. VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, t. 1, Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa [Fespresa], 2015, p. 388.

42. VÍTOLO, Daniel R., “Concursabilidad e insolvencia del consorcio de propiedad horizontal y responsabilidad de los propietarios”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 11/7/2016, t. 2016-D (cita online AR/DOC/2001/2016).

obligaciones exigibles, con los bienes normalmente realizables, en oportunidad de dicha exigibilidad.

Frente a esta situación –e incluso frente a la más dramática cual podría ser la imposibilidad fáctica de superar tal estado de cesación de pagos, que importara la declaración en quiebra del Consorcio de Propiedad Horizontal–, si no se admitiera que la persona jurídica Consorcio pueda recurrir a los procesos concursales regidos por la ley 24522, los acreedores quedarían habilitados –ante un incumplimiento generalizado de obligaciones por parte de dicho Consorcio– a disputarse salvajemente la percepción de sus créditos agrediendo en forma masiva los bienes de propiedad del Consorcio que conforman su garantía común –arts. 743 y siguientes del Código– escapando a las reglas generales de la insolvencia de las personas jurídicas, en materia de procedimientos de reconocimiento de los créditos para la reconfiguración del pasivo del sujeto de derecho en crisis –arts. 32, 34, 35, 36, 37, 38 y 126 de la ley 24522– y aún en lo que hace al régimen de preferencias y privilegios, regulados por los arts. 2579 del Código y 239 y siguientes de la ley 24522.⁴³

5.2.3. Patrimonio del consorcio involucrado en el proceso universal

Como se adelantara en el presente trabajo, el patrimonio del consorcio se integra con las expensas percibidas, los créditos por expensas, los intereses punitivos por expensas adeudadas, intereses que devenguen las cuentas bancarias a nombre del consorcio, el fondo de reserva, los créditos respecto a terceros, otras recaudaciones, las unidades funcionales que se le asignen o adquiera en el inmueble o fuera del mismo, y, en general, las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia. Las partes y cosas comunes no integran el patrimonio del consorcio, ya que pertenecen a los consorcistas. Es el propio artículo 2045 el que establece que las partes privativas y las comunes conforman un todo inescindible, de modo tal que el derecho real que corresponde a cada propietario sobre las partes comunes no puede ser enajenado o gravado en forma independiente. Las cosas comunes no son embargables por cuanto no son propiedad del consorcio; son inseparables de las unidades privativas y son indispensables para el funcionamiento del sistema.⁴⁴

Conforme señala Vitolo,

Como puede advertirse, el patrimonio del consorcio –en relación con los bienes propios y comunes de titularidad de los propietarios– no resulta, en general, significativo, salvo en aquellos casos en los cuales el consorcio de propiedad horizontal pudiera ser titular –por sí mismo– de algunas unidades funcionales cuyo destino fuera su alquiler o explotación a efectos de proveer fondos para el sostenimiento de los gastos y expensas generadas.

Sin embargo ello no es óbice para que el Consorcio pueda contraer las obligaciones que la ley le permite, y ejercer los derechos derivados del reconocimiento de su personalidad jurídica.⁴⁵

43. Ídem.

44. Ver GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., “Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 3/6/2013, t. 2013-C (cita online AR/DOC/1939/2013).

45. VÍTOLO, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 42).

5.2.4. La extinción y la eventual disolución del consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica por su declaración en quiebra

El artículo 163 CCCN establece las causales de disolución de las personas jurídicas; en su inciso e), determina como una de ellas la declaración de quiebra y agrega que la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo o si la ley especial prevé un régimen distinto. De ello se infiere que el consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica puede evitar su disolución recurriendo: a) a concluir la quiebra por avenimiento; b) convirtiendo el trámite en concurso preventivo (arts. 90-93 y 225 y siguientes de la Ley 24522).

Por su parte, el artículo 2044 CCCN se refiere a la extinción del consorcio; en su último párrafo dispone:

La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, sea por acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario.

Como se puede ver, ambos artículos hacen referencia a dos conceptos diferentes como son la disolución y la extinción de la persona jurídica.

Por lo expuesto, y como dice Vítolo,

Mientras tanto no se encuentre extinguida la personalidad jurídica del Consorcio de Propiedad Horizontal, y acaecida que fuera una causal disolutoria, produciendo la disolución de dicho consorcio como persona jurídica privada, y colocando al mismo en estado de liquidación, dicho ente conservará su personalidad jurídica durante el proceso liquidatorio, debiendo adicionar a su denominación social –nombre– la expresión “en liquidación. Tanto la liquidación voluntaria como la coactiva derivada del proceso de quiebra –si la liquidación se lleva efectivamente a cabo porque la quiebra puede concluir por medios tales como el avenimiento o la conversión del trámite en concurso preventivo que no importan la disolución del consorcio y, por lo tanto, no conllevan a la liquidación del mismo–, importarán, como paso final, la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, derivando el régimen de propiedad o del edificio a un condominio entre todos los titulares de unidades funcionales, en proporción a su participación.

En efecto; el art. 2044 del nuevo Código establece que la personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, la cual puede tener como fuente: i) un acuerdo unánime de los propietarios instrumento en escritura pública o ii) por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario.

En el caso de la quiebra dicha resolución judicial es la declaración judicial de finalización del proceso de liquidación en la quiebra, bajo los arts. 225 a 233 de la ley 24.522.

Es claro que esto podría evitarse si en el proceso liquidatorio en la quiebra, el Síndico pudiera obtener de los propietarios las contribuciones por expensas extraordinarias necesarias para hacer frente íntegramente al pasivo falencial, y recondujera el Consorcio bajo el régimen del art. 166 del Código.⁴⁶

46. Ídem.

6. Ventajas que brinda la concursabilidad

Frente a una situación de insolvencia del consorcio de propiedad horizontal, su concursamiento brindaría una serie de ventajas operativas tanto para el consorcio deudor como para los acreedores del mismo:

- 1) Le permite al consorcio obtener una restructuración de la deuda a fin de sanear su pasivo.
- 2) La presentación en concurso preventivo produce la división de los acreedores entre los anteriores y los posteriores. Los anteriores no pueden agredir el patrimonio del consorcio, y, por ende, mientras tramita el concurso, los nuevos ingresos por expensas no podrán ser embargados por los acreedores anteriores, lo que permitirá que el consorcio no se vea obstruido en su operatoria normal y que durante el trámite logre ejecutar a los deudores de expensas para poder pagar a los acreedores concursales.
- 3) Se puede pedir el levantamiento de los embargos de los fondos del consorcio, lo que permite hacer frente en forma regular a las deudas generadas con posterioridad, permitiéndose, en consecuencia, el normal funcionamiento de las unidades funcionales y la reorganización de la administración a los fines de hacer frente a las deudas anteriores;
- 4) Otorga una ventana temporal para negociar con los acreedores.
- 5) Cuando existen varios acreedores, el sistema concursal tiene establecido un mecanismo de reconocimiento de créditos transparente (verificación) y de prelación o privilegios que simplifica y ordena los derechos de cobro. Evita que los acreedores ejerzan sus derechos a través de las acciones individuales correspondientes. El sistema concursal garantiza el principio de igualdad.
- 6) Desde el punto de vista de la responsabilidad del administrador, recurrir tempestivamente al concurso preventivo puede ser un parámetro de su diligencia.

7. Conclusión

En virtud de lo expuesto y el análisis de las diferentes posturas doctrinarias, considero que el consorcio de propiedad horizontal, como persona jurídica privada y sujeto de derecho, conforme al Código Civil y Comercial y la Ley 24522, es sujeto concursable.

Como conclusión se puede afirmar que:

- 1) El consorcio de propiedad horizontal:
 - a) puede ser parte en un proceso judicial, actuando tanto como actor o como demandado;
 - b) puede ser condenado;
 - c) puede ser responsable (como centro de imputación diferenciado de conductas en relación con los propietarios que lo conforman) respecto de las deudas contraídas o por los daños producidos bajo el régimen de responsabilidad civil;
 - d) puede acceder a los procesos concursales (acuerdo preventivo extrajudicial, concurso preventivo y quiebra) en aquellos casos en los cuales se presenten

los presupuestos objetivos que dan lugar a la apertura de cualquiera de estos procedimientos;

e) puede ser declarado en quiebra.

Coincidimos con Vítolo⁴⁷ en cuanto a que:

- 2) Resultan aplicables al administrador del consorcio y –eventualmente– al consejo de propietarios –en el supuesto contemplado en el artículo 2064, inciso d)– las normas contenidas en los artículos 173 y siguientes de la Ley 24522.
- 3) Para el acceso a la jurisdicción concursal y la tramitación de los procesos, resultan aplicables las normas de los artículos 5, 6 y 8 de la Ley 24522, resultando competente el juez del domicilio del consorcio, que es el del domicilio en el cual se encuentra el inmueble.
- 4) Los propietarios no tienen responsabilidad subsidiaria por las obligaciones de titularidad del consorcio, sino que simplemente tienen una obligación de contribución respecto del consorcio por el pago de las expensas comunes ordinarias y extraordinarias que se determinen, y con el alcance de su participación porcentual establecida en el reglamento de propiedad horizontal –y no respecto de los terceros–.
- 5) En caso de quiebra, no puede operar el instituto de la extensión de la quiebra del consorcio a los propietarios bajo el supuesto del artículo 160 de la Ley 24522. Ello es así en razón de la existencia de una limitación de responsabilidad de dichos copropietarios a la parte proporcional –porcentual– de su participación en el consorcio.

La Ley 26994 ha derogado el Código Civil y ha realizado cambios profundos, como la derogación de la Ley 13512 de Propiedad Horizontal y la regulación del derecho de propiedad horizontal como un derecho real autónomo, entre otros. Con respecto al derecho real de propiedad horizontal, el legislador ha impuesto una mirada diferente, lo cual plantea un cambio de paradigma, y, por eso, es necesario adaptarse a la nueva norma y abandonar viejos preconceptos que solo miran al pasado. La interpretación de la nueva legislación no es una tarea fácil, genera incertidumbre y polémicas, pero permitirá tener una visión ajustada a derecho y a una nueva realidad.

8. Bibliografía

- ALEGRÍA, Héctor y otros [comisión Decreto PEN 685/1995], *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998.
- ALTERINI, Jorge H., “Responsabilidad de los consorcistas”, en AA.VV., *Temas de responsabilidad civil*.
- ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., “Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/5/2007, t. 2007-C, p. 1076 (cita online AR/DOC/1610/2007).
- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.
- CURUTCHET, Julio E., “Naturaleza jurídica del consorcio de propietarios en la propiedad horizontal”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1961-III.
- DI TULLIO, José A. y ROITMAN, Horacio, “Los concursos y la propiedad horizontal”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2002-2 (“Propiedad horizontal”), septiembre 2002.

47. Ídem.

- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., “Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 3/6/2013, t. 2013-C (cita online AR/DOC/1939/2013).
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. y SAUCEDO, Ricardo J., *Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Tiempo compartido. Cementerios privados*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016 (1ª ed.).
- HIGHTON, Elena I., *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000 (2ª ed.).
- KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2016 (1ª ed.).
- LAJE, Eduardo J., “La personalidad del consorcio de propietarios creado por la ley 13512”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 99.
- LAQUIS, M. y SIPERMAN, A., *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966.
- LASCANO, Guillermo G., “Derecho del trabajo”, en *Revista de Jurisprudencia*, t. XIII, 1953.
- LAVALLE COBO, Jorge, [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, 1985.
- LLAMBÍAS, Jorge J., [su voto] en Cám. Civ. de Capital Federal, Sala A, 22/9/1960, “Consortio de Propietarios del Edificio Las Heras 2255/61 c/ Bollag, José y otro” (*Revista de Jurisprudencia Argentina*, t. 1961-III [serie moderna], pp. 539-541).
- *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Perrot, 1967.
- LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, “Los derechos del consorcio de copropietarios. ¿Sobre qué bienes pueden hacerse efectivos?”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 45.
- MEDICI, Rubén A. y RASPALL, Miguel A., “El concurso del consorcio de copropietarios. Una imposibilidad ontológica”, en AA.VV., *IX Congreso Argentino de Derecho Concursal. VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, t. 1, Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa [Fespresa], 2015.
- MOLINARIO, Alberto D., “Inexistencia de personalidad del consorcio creado por ley nacional 13512”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 120.
- RACCIATTI, Hernán, *Propiedad por pisos o por departamentos*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1958 (2ª ed.).
- *La naturaleza jurídica del consorcio de propietarios en la ley argentina de propiedad por pisos o departamentos*, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- RASPALL, Miguel A., “¿Concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal? Análisis crítico”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 27/5/2016, t. 2016-C, p. 1049 (cita online AR/DOC/1536/2016).
- SALVAT, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, 1952 (ed. actualizada por Novillo Corvalán).
- SÍVORI, Alfredo, “Algunos aspectos de la ley 13512”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata*, N° 1, 1954.
- SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, t. 1, v. 3, Buenos Aires, Depalma, 1953.
- TROPEANO, Darío, “¿Existen nuevos sujetos concursables en el Código Unificado?”, en AA.VV., *IX Congreso Argentino de Derecho Concursal. VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, t. 1, Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa [Fespresa], 2015.
- VÍTOLO, Daniel R., “Concursabilidad e insolvencia del consorcio de propiedad horizontal y responsabilidad de los propietarios”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 11/7/2016, t. 2016-D (cita online AR/DOC/2001/2016).

Dominio revocable

Inés García Hamilton

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es el análisis del dominio revocable a la luz de la normativa vigente en el Código Civil y Comercial, la jurisprudencia, y las diferentes opiniones doctrinarias, y, asimismo, con un enfoque práctico en el ámbito notarial. Para ello, se dilucidará de manera sintética, lo siguiente: a) las principales características del dominio revocable; b) las facultades que detenta su titular; c) los efectos de la restitución del dominio pleno al titular transmitente, especialmente su retroactividad en cuanto a cosas registrables; y d) el constituto posesorio, que ha sido largamente discutido en la readquisición de dominio.

PALABRAS CLAVE

Dominio revocable, condición, facultades, readquisición, constituto posesorio.

Fechas de recepción y aceptación

28/9/2018 - 9/11/2018

Sumario: 1. Introducción. 2. Dominio. Características generales. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. Introducción

El dominio revocable es un tema de gran relevancia para los operadores del derecho por las innumerables situaciones en las que puede presentarse, ya que puede nacer de diversos supuestos legales o de la misma voluntad de las partes. Asimismo, como notarios, debemos prestar especial atención en cada caso particular al título documento, en el que las partes pueden establecer plazos y condiciones, y los efectos de la revocación, para así poder brindarles a los requirentes un correcto asesoramiento tanto al momento de confeccionar escrituras que constituirán un dominio revocable como a la hora de encontrarlo en un título antecedente.

Con la entrada en vigencia del [Código Civil y Comercial](#) (en adelante, “CCCN”), el tema ha sufrido severas modificaciones, brindando certeza y claridad en algunos casos, como la imposición de un plazo máximo para la condición y el plazo y el *constituto posesorio* para la readquisición del dominio, pero dejando lugar a diversas interpretaciones doctrinarias en otros, como los efectos de la revocación en los actos de administración.

2. Dominio. Características generales

Es imperioso partir desde las bases principales del dominio, para luego adentrarnos en las especificaciones del dominio revocable. Es sabido que el derecho real de dominio es el más amplio de todos los derechos reales; tal es así que es nombrado en primer término en el artículo 1887 CCCN, que enumera los derechos reales existentes en nuestro ordenamiento, y, asimismo, es el primero de los catorce derechos reales regulados por el mismo.

El dominio tiene tres características esenciales: absolutez, exclusividad y perpetuidad. Ellas son las que definen y dan la nota diferenciadora al dominio perfecto ya desde los tiempos del derecho romano, aunque el concepto de absolutez ha ido mutando con el tiempo, limitando las facultades del dueño en pos del interés social, tal como surge de la definición misma, consignada en el artículo 1941: “el dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa –*absolutez*– dentro de los límites previstos por la ley”, en concordancia con lo establecido en el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, aprobada en la Argentina a través de la Ley 23054), incorporado a nuestra Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22 con la reforma constitucional del año 1994.¹ Y en los artículos subsiguientes del Código (1942 y 1943) se definen las otras dos características principales: la perpetuidad (“no tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio”), que no admitía excepciones en el derecho romano clásico, pero sí las admite nuestro derecho, como veremos más adelante; y la exclusividad (“el dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular...”).

En aquellos casos en los que alguna de estas tres notas del dominio se ve afectada, este deja de ser dominio pleno. Cuando está afectada la exclusividad pero se mantiene la perpetuidad y las más amplias facultades, nos encontramos frente a un derecho real completamente diferente, el condominio, tipificado y con su propia regulación en el Código.

2.1. Dominio revocable

En cambio, cuando se afecta alguna de las otras dos características, nos encontramos frente a un dominio imperfecto, regulado en el artículo 1946 CCCN: “el dominio es imperfecto si está sometido a condición o plazo resolutorios, o si la cosa está gravada con cargas reales”, y subsiguientes. Así, en los casos en que el titular debe soportar ciertas restricciones por alguna desmembración del dominio o porque la cosa se encuentra gravada, se ve afectada la absolutez. Y cuando el dominio reconoce un límite temporal, se afecta la perpetuidad, específicamente en el dominio fiduciario y el revocable.

La condición o plazo aparecen entonces en el dominio fiduciario y en el dominio revocable. El presente trabajo se circunscribe al dominio revocable, que el CCCN se encarga de definir en su artículo 1965:

Dominio revocable es el sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió.

1. Fundamentos del Anteproyecto del CCCN (2012), título III “Dominio”. [N. del E.: ver [aquí](#), pp. 207-208].

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.

Con esto, el CCCN introdujo una feliz novedad: la circunscripción de cualquier plazo o condición al plazo máximo de diez años. De esta manera, si no se ha cumplido antes, a los diez años contados desde el título, el dominio queda consolidado y el titular revocable se convierte en dueño perfecto. Así, el legislador elimina la incertidumbre respecto de las situaciones sujetas a hechos inciertos o plazos considerados excesivos, favoreciendo la seguridad y el tráfico jurídicos, ya que mientras el dominio no se consolida, el dominio revocable es considerado un “título observable”.² De esta manera se evita la disminución del valor de los inmuebles que con el Código velezano se encontraban condenados a la incertidumbre de la condición de manera indeterminada y, así, dichos inmuebles no quedan excluidos del tráfico inmobiliario. En estos casos, el dominio es temporario mientras no se consolide por el transcurso de diez años o devenga en imposible la condición, ya que se extinguirá cuando se cumpla el plazo, que es un hecho cierto, o cuando se cumpla la condición, que, a diferencia del anterior, no puede saberse *a priori* si sucederá. En consecuencia, el dominio revocable se extingue con el cumplimiento del plazo o condición, casos en los que el dominio se restituye al revocante, o con el transcurso de diez años desde el título, casos en los que el titular revocable queda consolidado como dueño perfecto; lo que ocurra primero.

Al circunscribir la condición al ámbito del dominio revocable, se advierte, tal como surge del artículo 1965 CCCN, que aquí la condición es siempre resolutoria, ya que, si se tratara de una condición suspensiva, hasta su cumplimiento el dominio no se hubiera adquirido. Esta condición puede nacer del mismo título de adquisición en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, dentro del ámbito de los contratos, donde las partes pueden pactarla libremente siempre y cuando sea un hecho posible, no sea contrario a la moral, las buenas costumbres y al ordenamiento jurídico y que no dependa exclusivamente de la voluntad del obligado, tal como lo exige el artículo 344 (p. ej., “si mi hijo se recibe de escribano”), o podemos encontrarla en los supuestos previstos por la ley pero que las partes necesitan determinarlas expresamente como el pacto de retroventa o la reversión en la donación. Los demás casos de dominio revocable son aquellos en los que el dominio puede ser revocado en virtud de circunstancias que nacen de la propia ley sin que consten en el título de adquisición; por ejemplo, la revocación de donación por

2. Ver URBANEJA, Marcelo E., “Los ‘títulos observables’, las adquisiciones *a non domino*, el dominio revocable y la falta de pago de precio en materia inmobiliaria en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 13931, 8/4/2016 (t. 267), p. 1: “el dominio revocable es uno de los tres casos de dominio imperfecto. Más adelante se aludirá a las circunstancias que lo generan, pero importa ahora señalar que, acaecidas ellas, el dominio se extingue para su titular y retorna a quien lo transmitió, sujetándolo a la concurrencia de esos eventos (art. 1965). En este marco, entonces, los pactos que traigan aparejado un dominio revocable implicarán la generación de un título observable (cuando se trate de una condición, esto ocurrirá solo hasta que eventualmente se adquiera la certeza de la irrevocabilidad), por cuanto todos los derechos reales que transmita o constituya el adquirente se extinguirán ante el acaecimiento de la causal resolutoria (art. 1969)”.

ingratitude o la ejecución del pacto comisorio, que puede ser también expreso.³ En estos casos, las consecuencias de la reversión no serán las mismas ya que no se encuentran reflejadas en el título.

Por otro lado, hay que diferenciar aquellos casos en los que la reversión opera *ipso iure* y sin necesidad de una manifestación de voluntad de las partes o cuando, para que opere la restitución de dominio, es necesario un acto voluntario del revocante. En el primer caso, se incluye el plazo, que al ser cierto opera siempre de pleno derecho y dentro de las condicionales; por ejemplo, la donación sujeta a reversión, donde con la muerte del donatario el dominio automáticamente vuelve al titular anterior. En cuanto a las segundas, dependen de la potestad del primer transmitente; por ejemplo, el pacto comisorio, el pacto de retroventa, las donaciones con cargo, donde el revocante podrá o no, según su voluntad, exigir la restitución del dominio ante una determinada circunstancia, como ser el incumplimiento del cargo.

Como notarios, debemos estar atentos a cada caso en particular. Así, hay que tener en cuenta, por ejemplo, que la reversión es renunciable, es decir, si el titular de dominio sujeto a reversión quiere disponer de su bien y el donante no ha fallecido, este puede comparecer al acto y renunciar a la reversión, y, de esta manera, el tercero adquiere el dominio pleno.

2.2. Facultades del titular

Corresponde analizar qué facultades tiene el titular revocable para otorgar actos jurídicos y qué alcances pueden tener los mismos. A pesar de encontrarnos ante un supuesto de dominio imperfecto, el dueño revocable es dueño. En consecuencia, detenta el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi*; así, no solo puede realizar todos los actos de administración y disposición, sino que también se encuentra legitimado para iniciar las acciones reales que le son inherentes al dueño mientras dura su derecho real. Sin embargo, no goza del carácter perpetuo del dominio y los actos jurídicos que realizare quedarán sujetos a la posible extinción de su derecho. Ello se encuentra expresamente legislado en el artículo 1966 CCCN: “el titular del dominio revocable tiene las mismas facultades que el dueño perfecto, pero los actos jurídicos que realiza están sujetos a las consecuencias de la extinción de su derecho”; lo que en realidad no es más que una consecuencia lógica de la regla general del derecho: nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso

3. SC Tucumán, Sala Civil y Penal, 23/3/2018, “Zamiruk, Marta Blanca c/ Drube, Alberto Nicolás s/ daños y perjuicios” (sentencia N° 347, registro 51800-1): “Los caracteres de la resolución son los siguientes: a) Depende de la previsión hecha en el contrato mismo, constituyendo una cláusula expresa o implícita de él; b) La voluntad individual de cada uno de los contratantes, no puede, después de celebrado el contrato, modificar la cláusula resolutoria establecida en el mismo; pero las partes pueden de común acuerdo hacerlo; c) La voluntad de las partes funciona libremente para estipular la cláusula resolutoria y establecer sus condiciones, con la salvedad de que ella no puede contener disposición alguna contraria al orden público y las buenas costumbres; d) La resolución produce efectos respecto de las partes y de terceros como si el contrato no hubiere existido nunca y se hubiese desvanecido con todas sus consecuencias (art. 555 del C.C.) y e) La resolución supone siempre que las partes han dado al contrato un consentimiento condicional. La facultad comisorio o ‘pacto comisorio’, puede ser expreso (como en el presente caso, cláusula 11 del contrato) o tácito, cuando la ley, en silencio de toda estipulación al respecto, permite a la parte no culpable optar por la resolución del contrato ante el incumplimiento de la otra”. [N. del E.: acceda a los sumarios completos en la web del Poder Judicial de Tucumán; última consulta: 31/1/2019].

del que tiene. Así, el tercer adquirente recibe el dominio en las mismas condiciones de quien se lo transmitió.

2.3. Efectos de los actos jurídicos. Revocación

Es por ello, que, en materia de revocación de cosas registrables, se invierte el principio de irretroactividad del **Código Civil** (en adelante, “CCIV”), y esta tiene efecto retroactivo, es decir, los actos otorgados por el titular le son inoponibles a aquel que recupera el dominio. Sin embargo, el artículo 1967 establece

La revocación del dominio de cosa registrable tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley.

Cuando se trata de cosas no registrables, la revocación no tiene efecto respecto de terceros sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tengan una obligación personal de restituir la cosa.

El CCCN ha adoptado la clasificación de cosas en registrables y no registrables. Para las no registrables, la revocación es inoponible a los terceros de buena fe y a título oneroso, ya que, al no contar con inscripción registral, no podrían haber conocido el carácter de revocable del dominio del transmitente. En este caso, el ordenamiento prioriza proteger al subadquirente de buena fe, quien adquiere un derecho más extenso que el de su antecesor.⁴

Como notarios, nos circunscribimos principalmente al dominio que recae sobre inmuebles y vemos que aquí la regla general es la revocación con efecto retroactivo, pero se admite la posibilidad de que, estableciéndolo en el acto modal, o por imperativo legal, la revocación en materia de cosa registrable no tenga efectos retroactivos y todos los actos jurídicos se mantengan firmes y le sean oponibles al revocante. Así, los actos otorgados por el dueño revocable, aun habiéndose restituido el dominio pleno al primer transmitente, le serían oponibles al titular revocante.

En otros casos de readquisición del dominio, como ser la revocación de donación por ingratitud, la resolución opera sin efectos retroactivos, protegiendo a los terceros que adquieren derechos de buena fe. Esto se funda en que la revocación por ingratitud es una causal de revocación que nace de la ley y no consta ni en el título adquisitivo⁵ ni en la inscripción registral. Además, en vez de operar *ipso iure*, necesita una manifestación de voluntad del revocante para ejercer su derecho a revocar en los casos que la ley lo autoriza, y, por lo tanto, el tercero de buena fe no podría haberlo conocido a priori. Pero, si la condición surge del título y en el mismo no se estableció la irrevocabilidad de la restitución, queda bajo el régimen general impuesto por el ya citado artículo 1967, concordante con el artículo 1969 (“si la revocación es retroactiva el dueño perfecto read-

4. Ver KIPER, Claudio M., “Dominio imperfecto”, en *Tratado de derechos reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, t. 1, cap. 8, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 387.

5. CCiv. en Fam. y Suc. de Tucumán, Sala 2, 4/3/2016, “Sccesi, Norma Daiana c/ Fontanini, Norma Susana s/ acción de colación y/o reducción” (sentencia N° 97, registro 44011-03): “La donación era válida en tanto no fuera atacada por la acción de reducción. Es decir que los efectos de aquella son *ex nunc* (sin retroactividad)”. [N. del E.: acceda a los sumarios completos en la web del Poder Judicial de Tucumán; última consulta: 31/1/2019].

quiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resuelto; si no es retroactiva, los actos son oponibles al dueño”), artículo que puede considerarse redundante, ya que el hecho de que el revocante readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular de dominio resuelto es la consecuencia necesaria de la retroactividad de la revocación.

Esta solución impuesta por el CCCN es concordante con lo establecido en las donaciones con cargo legisladas por Vélez en el artículo 1855 CCIV (“cuando la donación ha sido de bienes inmuebles, y en el instrumento público están expresadas las cargas impuestas por el donante, la revocación de la donación anula las enajenaciones, servidumbres, e hipotecas consentidas por el donatario”) y para la revocación por reversión en el artículo 1847 CCIV (“hace de ningún valor la enajenación de las cosas donadas, hecha por el donatario o sus hijos, y los bienes donados vuelven al donante libres de toda carga o hipoteca, tanto respecto al donatario, como respecto de los terceros que los hubiesen adquirido”). Se advierte que ambos supuestos tratan sobre condiciones que surgen del mismo título, el cargo y la reversión. Mientras en el incumplimiento del cargo la readquisición de dominio requiere una declaración de voluntad del revocante, en el supuesto de la reversión opera de manera automática, sin necesidad de una nueva declaración de voluntad que produzca la ineficacia, pues ya se la había tenido en mira al crearse el negocio.⁶

2.4. Actos de administración. Retroactividad

El citado artículo 1969 CCCN trae una novedad con respecto a los efectos de la revocación en cuanto a los actos de administración. Para una parte de la doctrina, el legislador es claro al establecer “todos los actos jurídicos”, y esto incluye tanto a los de disposición como a los de administración. Por lo tanto, extinguido el dominio, caerían todos los actos jurídicos a menos que del contrato surja lo contrario.⁷ Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que se mantiene la solución velezana, donde el revocante estaba obligado a respetar los actos de administración como las locaciones, ya que hay que armonizar el artículo 1969 CCCN con el 348, del régimen general de la condición resolutoria, que establece que

Si se hubiese determinado el efecto retroactivo de la condición, el cumplimiento de ésta obliga a la entrega recíproca de lo que a las partes habría correspondido al tiempo de la celebración del acto. No obstante, subsisten los actos de administración y los frutos quedan a favor de la parte que los ha percibido.

6. Juzg. Civ. y Com. N° 2 de Tandil, 24/4/2018, “Giménez, Nelly Margarita y otros c/ Vargas, Marcelo Ariel s/ resolución contrato compra/venta inmuebles” (registro 1-62631-2017): “Lo dicho [...] explica por qué la resolución puede operar mediante una declaración de voluntad de la parte interesada (por ej.: cuando la resolución se funda en el incumplimiento de la otra parte), o puede operar automáticamente con el advenimiento del hecho previsto en el mismo acto (caso de la condición resolutoria) y sin necesidad de una nueva declaración de voluntad que produzca la ineficacia, pues ya se la había tenido en mira al crearse el negocio”. [N. del E.: ver fallo completo [aquí](#); fuente: web de la SCBA; última consulta: 31/1/2019].

7. En este sentido, ver FRONTINI, Elba M. (GATTI, Mariela y GIACOMASO, Paula C. colabs.), [comentario a los arts. 1964-1969 {“Dominio imperfecto”}], en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 6, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

De esta manera, el artículo 348 también se aplicaría al dominio revocable y los actos de administración permanecerían firmes una vez extinguido el mismo, ya que al ser estos menos gravosos no requieren la exhibición del título ni el análisis de la situación registral del inmueble y el tercero no podría haber conocido la existencia de la condición o plazo.⁸

En cambio, cuando se trata de la adquisición de derechos reales, el tercero no podría alegar buena fe, exigida por el artículo 961, que demanda el obrar de un contratante cuidadoso y previsor, ya que su buena fe diligencia exige analizar la situación registral del inmueble, debiendo constar la condición o plazo en el asiento registral; y también tiene la obligación de realizar el estudio de títulos antecedentes. Y aun en el supuesto de que por un error o fuga registral no se encuentre asentada la condición o plazo, y el tercero no realizare el estudio de títulos, es esencial tener a la vista el título portador del derecho de quien otorgará el acto jurídico, en el que consta la condición o plazo; por lo tanto, la publicidad cartular es suficiente para que el tercero conozca el carácter revocable del dominio. Así, si el tercero no toma los recaudos necesarios y actúa sin la debida diligencia, no podrá ser considerado de buena fe. De esta manera, queda claro que, en principio, la restitución del dominio al primer transmitente en materia de cosas registrables es retroactiva, es decir, libre todos los actos jurídicos que hubiera otorgado el titular revocable. Sin embargo, habrá que analizar si la transmisión de dominio con el acaecimiento de la condición es automática o si es necesaria la tradición.

2.5. Readquisición del dominio. *Constituto posesorio*

Corresponde dilucidar si una vez acaecida la condición, pero sin tradición, se ha configurado la transmisión de dominio. Sabemos que el principio general en materia de derechos reales es la conjunción de título y modo suficientes para que exista transmisión de dominio. Sin embargo, ya vimos que la tradición puede ser exceptuada en los casos en que se configuran la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio*.

La doctrina ha discutido largamente si la readquisición del dominio pleno en el dominio revocable se perfecciona solamente con el cumplimiento del plazo o el acaecimiento de la condición, o si es necesaria, como en el resto de las transmisiones de dominio, efectuar la tradición, es decir, la entrega y consiguiente recepción de la cosa. El despacho mayoritario de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983) concluyó que para que se configure la transmisión de dominio al revocante es necesaria la tradición, ya que era considerado el único modo suficiente aceptado por el Código vigente, encontrando fundamentos en el artículo 1371 CCIV:

8. Ver ITURBIDE, Gabriela A., "El dominio revocable en el Código Civil y Comercial", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, septiembre 2016; y en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/1/2017 (t. 2017-A) (cita online AR/DOC/2671/2016): "El revocante debe respetar los actos de administración sobre cosas inmuebles o muebles (ver art. 348). Si el dueño revocable celebró un contrato de locación, vencido el contrato, el locatario tendrá que devolver la cosa al revocante y no a la persona con quien contrató, debido a que si bien al advenimiento del evento resolutorio debe respetarse el acto administrativo, esto representa un supuesto equiparable a la *traditio brevi manu* (art. 1923), en el que el locatario que poseía para el dueño revocado lo sigue haciendo para el dueño revocante. A este último le correspondería percibir los alquileres devengados a partir de la resolución. Esto tiene su razón de ser en que en los actos de administración son menos graves, y en ellos no existe obligación legal de exhibir el título del transmitente, como ocurre, por ejemplo, cuando se presenta el locador como dueño".

Cuando la condición fuese resolutoria, la compra y venta tendrá los efectos siguientes: [...] 2º Si la condición se cumple, se observará lo dispuesto sobre las obligaciones de restituir las cosas a sus dueños; mas el vendedor no volverá a adquirir el dominio de la cosa sino cuando el comprador le haga tradición de ella.⁹

De esta manera, el titular revocante tendría simplemente un título suficiente y válido que le da derecho a la posesión, pero no readquiriría el derecho real hasta la realización de los actos materiales que requiere la tradición. Esto responde a que el *constituto posesorio* es más difícil de admitir en nuestro derecho, ya que mientras en la *traditio brevi manu* el tenedor asciende en la relación real y se convierte de tenedor en poseedor o simplemente pasa a poseer en nombre de otro, en el *constituto posesorio* el poseedor desciende a tenedor y el nuevo titular recibe la posesión pero la cosa continua en poder del transmitente.

Sin embargo, el CCCN ha optado por la solución opuesta, y, en los artículos dedicados al dominio revocable y sus efectos, el 1968 trata específicamente la readquisición de dominio al cumplimiento del plazo o condición y establece que “al cumplirse el plazo o condición, el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto”. El codificador ha impuesto un caso de *constituto posesorio* de origen legal, es decir, se elimina la necesidad de tradición material y efectiva de la cosa para la readquisición del dominio pleno, y así, una vez acaecida la condición, el dominio ha quedado automáticamente extinguido para el titular revocable, quien quedó constituido en tenedor de la cosa con obligación de restituir, y el revocante readquiere el dominio *ipso iure* y, como ya se adelantó, libre de todos los actos jurídicos otorgados por el titular revocado. De esta manera, el revocante detenta nuevamente todas las facultades y atribuciones propias del dueño y, en consecuencia, puede también reclamar la cosa mediante acciones reales contra el revocado. Incluso, si la cosa se encontrara en poder de un tercero, también podría ejercer acción real contra él, en virtud del artículo 761.

La readquisición del dominio por parte del titular transmitente es oponible a todos los terceros que hayan adquirido derechos sobre la cosa, que debían conocer la existencia de la condición, y, como ya se dijo, los actos jurídicos otorgados por el dueño revocable están sujetas a las consecuencias de la extinción de su derecho. De todas maneras, el ya citado artículo 1968 CCCN establece, además del *constituto posesorio*, la necesidad de registración de la readquisición: “si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad”.

En el caso de los inmuebles, la registración es declarativa; por lo tanto, se requerirá solo para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe, en línea con el régimen general del artículo 1893 CCCN y con el artículo 2 de la Ley 17801. Asimismo, para inscribir la readquisición del dominio por el titular revocante, que opera afuera del registro de manera automática con el cumplimiento de la condición, es necesario un nuevo docu-

9. Areán, Beatriz y Highton, Elena, “Dominio revocable y fiduciario en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (con especial referencia a las acciones que pueden ejercerse)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1984-C (cita online AR/DOC/16784/2001). [N. del E.: acceda a las conclusiones completas [aquí](#) {ver comisión N° 4 “Régimen jurídico del dominio imperfecto y en especial del dominio fiduciario”, pp. 5-7}; fuente: web de las [XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil](#); última consulta: 31/1/2019].

mento en el que se detalle el acaecimiento de la condición,¹⁰ y, por tratarse de inmueble, el mencionado documento deberá ser escritura pública. En cambio, si el dominio se consolida por el transcurso de los diez años, no será necesario un nuevo instrumento, ya que ello ocurre de pleno derecho y la condición pierde su potencial efectividad. El escribano actuante sabrá simplemente al ver la fecha del título si el mismo se ha consolidado, debiendo hacer mención de dicho hecho en la escritura en la que transmita o grave dicho inmueble.

3. Conclusiones

- El Código Civil y Comercial legisla el dominio revocable de manera sucinta y más concreta que el derogado Código. Así, el legislador ha traído luz a diversas aristas del tema.
- Al establecer un plazo máximo de diez años, elimina la incertidumbre permanente y permite que estos títulos permanezcan dentro del tráfico jurídico inmobiliario.
- Determina el *constituto posesorio* de origen legal para la readquisición del dominio por parte del revocante, quedando *ipso iure* el revocado como tenedor, y, con ello, pone fin a discusiones doctrinarias y jurisprudenciales.
- Pero, por otro lado, hay en el Código Civil y Comercial una laguna respecto de la retroactividad o irretroactividad de la revocación de los actos de administración. Es primordial seguir estudiando el tema, teniendo en cuenta que los actos de administración se otorgan a diario.
- Finalmente, serán, como siempre, los jueces quienes, llegado el momento, interpretarán en sus sentencias las diversas novedades incorporadas por el Código. Como profesionales del derecho, tenemos que mantenernos atentos a la jurisprudencia que brinda lineamientos de interpretación.

4. Bibliografía

- AREÁN, Beatriz y HIGHTON, Elena, “Dominio revocable y fiduciario en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (con especial referencia a las acciones que pueden ejercerse)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1984-C (cita online AR/DOC/16784/2001).
- AA.VV., [conclusiones de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Mar del Plata, 1983}].
- FRONTINI, Elba M. (GATTI, Mariela y GIACOMASO, Paula C. colabs.), [comentario a los arts. 1964-1969 {“Dominio imperfecto”}], en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 6, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- ITURBIDE, Gabriela A., “El dominio revocable en el Código Civil y Comercial”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, septiembre 2016; y en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/1/2017 (t. 2017-A) (cita online AR/DOC/2671/2016).
- KIPER, Claudio M., “Dominio imperfecto”, en *Tratado de derechos reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, t. 1, cap. 8, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016.
- LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.

10. Ver KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 4), p. 390.

URBANEJA, Marcelo E., “Los ‘títulos observables’, las adquisiciones a *non domino*, el dominio revocable y la falta de pago de precio en materia inmobiliaria en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 13931, 8/4/2016 (t. 267).

4.1. Bibliografía complementaria

- ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, t. 1, Buenos Aires, Zavallía, 2016.
- AA. VV., [conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Registral {Vicente López, 2013}].
- GSCHWIND, Francisco J., “El *constituto posesorio* en el Código Civil argentino”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, cita online AR/DOC/572/2012.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., [comentario a los arts. 1892-1907], en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- HIGHTON, Elena I., “Algunas reflexiones sobre la existencia y determinación del objeto y el *constituto posesorio*”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1983-C (cita online AR/DOC/8198/2001).
- MALIZIA, Roberto, en [comentario a los arts. 1941-1946], en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- PADILLA, Rodrigo, “Algunas cuestiones sobre derechos reales y registral en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Teoría del título y modo. Inscripción registral”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 17/11/2017 (cita online AR/DOC/2044/2017).
- SABENE, Sebastián E., “La posesión del inmueble como defensa frente a la acción de desalojo”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 4/6/2014, t. 2014-2 (cita online AP/DOC/835/2014).
- URBANEJA, Marcelo E., “Tradición, *constituto posesorio*, *traditio brevi manu* e inmueble ocupado por un tercero. Su reflejo escriturario”, *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 957, 2007.

4.2. Jurisprudencia

- C. Civ. en Fam. y Suc. de Tucumán, Sala 2, 4/3/2016, “Scecsi, Norma Daiana c/ Fontanini, Norma Susana s/ acción de colación y/o reducción” (sentencia N° 97, registro 44011-03).
- Juzg. Civ. y Com. N° 2 de Tandil, 24/4/2018, “Giménez, Nelly Margarita y otros c/ Vargas, Marcelo Ariel s/ resolución contrato compra/venta inmuebles” (registro 1-62631-2017).
- SC Tucumán, Sala Civil y Penal, 23/3/2018, “Zamiruk, Marta Blanca c/ Drube, Alberto Nicolás s/ daños y perjuicios” (sentencia N° 347, registro 51800-1).

Eficacia subsanatoria de la prescripción adquisitiva en los títulos inmobiliarios

Néstor D. Lamber

RESUMEN

En la lectura integrada de los artículos 1050, 1885, 2119, 2311 y 2459 del Código Civil y Comercial, encontramos que el cuerpo legal reconoce que la prescripción adquisitiva opera subsanando los defectos de la adquisición o constitución del título del derecho real preexistente, aun en casos de no ser suficiente, y donde este efecto se produce por el transcurso del plazo de ejercicio de la posesión como propietario, aun con independencia del dictado de la sentencia de usucapión que es necesario para la relación en que el poseedor carezca de todo título, justo o aparente. La prescripción adquisitiva es también una herramienta para sostener la libre circulación de los bienes y el tráfico jurídico, y se la prevé por vía de excepción, sin obligar a un procedimiento judicial de usucapión o administrativo como es el de la Ley 24374. La apariencia de suficiencia del título cartular y su oponibilidad *erga omnes* por la inscripción registral en los inmuebles en particular nos enfrentan a situaciones no controvertidas, de sospecha de posible nulidad pero que, de intentarse por quien esté legitimado a accionar o de oficio en su caso, se verá impedida en sus efectos por la excepción de usucapión que interponga el poseedor, aun con título insuficiente o sin él. Entonces, subsiste un título que no es suficiente ni justo pero que, ante el transcurso del término de veinte años de posesión por el titular aparente, afirmará su derecho. He aquí el aspecto el subsanatorio de la prescripción adquisitiva, que impone evaluar la no observación del título y el debido consentimiento informado del adquirente.

PALABRAS CLAVE

Subsanación, convalidación del derecho real, nulidad, observación del título, prescripción adquisitiva, prescripción liberatoria, regularización dominial, donación, reducción, justo título, título aparente.

Fechas de recepción y aceptación

10/9/2018 - 31/1/2019

Sumario: 1. Introducción. 2. Eficacia subsanatoria de la prescripción adquisitiva en la titulación inmobiliaria. 3. Subsanación del título y convalidación del derecho real. 4. Diferencia de la subsanación del título por prescripción adquisitiva y adquisición legal del derecho real. 5. Diferencia con la eficacia subsanatoria del título inmobiliario por prescripción liberatoria. 6. El título formal y el acto jurídico causal del derecho real. 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

1. Introducción

En la práctica inmobiliaria aparecen casos en que el titular de un derecho real tiene un título adquisitivo que no ha sido cuestionado –e incluso ha ejercido derechos valiéndose de él– pero, al momento de disponer y realizarse un estudio de título sobre matrices notariales o expedientes judiciales, es observado por vicios que no eran ostensibles en el testimonio de la escritura pública o resolución judicial debidamente inscriptos en el Registro de la Propiedad Inmueble; variadas circunstancias, tales como error en la transmisión de la manifestación de voluntad, destrucción total o parcial y/o pérdida de escrituras matrices y expedientes judiciales (sean cartulares, electrónicos¹ o digitales), defectos al enunciar la correlatividad de documentos, inexistencia de una firma, falta de autorización del notario, defectos en la cadena causal antecedentes, insuficiencia de facultades de representación no ostensibles del título que recibió en confianza de haberle sido entregado por un notario, secretario de juzgado o letrado que tramita el respectivo proceso judicial, entre otros casos. En ciertos casos, se puede obtener un acto subsanatorio documentando la aclaración, rectificación o completando el vicio que no era ostensible a simple vista del instrumento portante del título causal, pero la observación sucede también en casos de larga data, superando holgadamente los veinte años de posesión para la prescripción adquisitiva.

Cualquiera de los vicios del acto o instrumento no saneado siempre lo será por otro título: el del poseedor que tiene el indudable ánimo de titular del derecho real por el título que creyó suficiente, válido y eficaz, una vez cumplido el plazo de prescripción adquisitiva. El actual *Código Civil y Comercial* (en adelante, “CCCN”) ha ahondado en normas en este sentido, que denotan un sistema por el cual deviene injusta la observación a títulos inmobiliarios por plazos mayores al de prescripción adquisitiva.

2. Eficacia subsanatoria de la prescripción adquisitiva en la titulación inmobiliaria

La prescripción adquisitiva es el título por el cual se adquiere un derecho real principal por quien ejerce la relación de poder posesoria sobre la cosa, con la intención de ejercerla como su propietario, careciendo de título a ese derecho (aspecto positivo) ante la actitud pasiva de quien, pese a tener título a la cosa la ha abandonado pero no de forma expresa. Este nuevo título del derecho real se adquiere por el solo transcurso del tiempo de posesión con ánimo de propietario del derecho que la funda, declarado en juicio contencioso, sin importar la causa de adquisición de la posesión, aun maliciosa o viciosa, es

1. La reciente XLIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 2018), en su informe final > tema 2 “Nuevas tecnologías” > pto. 6, propuso la copia electrónica de todas las matrices protocolares por el Archivo de Protocolos y la destrucción de las escrituras públicas de más de treinta años conservando solo estas copias electrónicas. No compartimos tal conclusión por reemplazar el instrumento público suscripto por las partes por una copia del mismo no suscripta ni por ellas ni por el autorizante; pero se debe señalar que el único argumento jurídico a tal proceder no es otro que la convalidación del derecho real objeto de la escritura pública por la prescripción adquisitiva aún sin sentencia que la declare. [N. del E.: ver conclusiones completas [aquí](#) {p. 8}].

decir, con independencia de todo título al derecho real que legitime la relación de poder. En la situación en estudio, el poseedor tiene la convicción de tener un título al derecho, no hay conciencia de carecer del mismo ni tampoco cree haber mantenido el título el transmitente (legitimado pasivo).

La historia del derecho demuestra que se ha dado un especial tratamiento a la existencia del justo título que llevaba al titular (aparente) a ejercer la posesión de buena fe, y, por ello, el plazo de la posesión se reduce a diez años y se lo ha considerado como un caso de convalidación del derecho real, poniendo de relieve su aspecto subsanatorio; sin perjuicio de que también deben concurrir el ejercicio efectivo por el aparente titular (aspecto positivo) como el abandono del titular formal (aspecto negativo) de la prescripción adquisitiva larga. Las normas, en los casos de prescripción adquisitiva ordinaria o larga, no consideran el título insuficiente, con vicios ostensibles que puedan dar lugar a la nulidad manifiesta y absoluta o con vicios no ostensibles que requiere de una investigación para declarar su nulidad por los legitimados a la acción, sea de nulidad o más genérica de ineficacia.

Ante la norma del artículo 383 CCCN, que exige la sustanciación y declaración judicial de toda nulidad, se presentan situaciones jurídicas de títulos –en especial de contener vicios no ostensibles– en que no se ha declarado su nulidad o ineficacia y, en apariencia, fundan el ejercicio de la posesión de buena fe sobre la cosa. La apariencia de suficiencia del título cartular y su oponibilidad *erga omnes* por la inscripción registral en los inmuebles en particular, nos enfrentan a situaciones no controvertidas, de sospecha de posible nulidad pero que, de intentarse por quien esté legitimado a accionar o de oficio en su caso, se verá impedida en sus efectos por la excepción de usucapión que interponga el poseedor, aun con título insuficiente o sin él. Entonces, subsiste un título que no es suficiente ni justo pero que, ante el transcurso del término de veinte años de posesión por el titular aparente, afirmará su derecho. He aquí el aspecto el subsanatorio de la prescripción adquisitiva, que se refleja en los artículos 1050, 2119, 2459 y 2311 CCCN al poner un límite a las acciones imprescriptibles, como lo es la de petición de herencia.

3. Subsanación del título y convalidación del derecho real

La prescripción adquisitiva de derechos reales inmobiliarios principales admitidos por la legislación es la causa fuente de tales títulos. El derecho real se adquiere una vez transcurrido el plazo previsto, sea ante la carencia de todo título, sea insuficiente o putativo, una vez cumplido el término de veinte años desde la posesión –que de existir un título viciado o putativo, llevará a computarla desde ese momento–, o ante la existencia de un justo título transcurridos diez años desde su registración. El nuevo título se constituye y adquiere dimensión documental con la sentencia judicial que la declare.²

2. En la regularización dominial de la Ley 24374, el adquirente tiene posesión y justa causa, y su derecho se consolida por el plazo de diez años de reconocida la causa. El derecho se reconoce a través de un proceso administrativo y se constituye un nuevo título del dominio a través de la escritura pública, prevista en su art. 6º inc. e), e inscripción de posesión y el acta de consolidación del dominio que reúnen los actos relevantes de ese proceso prevista en la reglamentación de la Provincia de Buenos Aires.

El artículo 1905 CCCN exige que la sentencia de usucapión debe fijar la fecha en que se ha cumplido el plazo, momento de adquisición del derecho real.³ Aclara en su segundo párrafo que esta, en los casos de la prescripción larga, no tiene efecto retroactivo al momento en que comienza la posesión. Toda persona que posea un derecho real ostentando la titularidad de un dominio con título insuficiente o careciendo de él siempre será adquirente desde ese momento, y la resolución judicial no lo transmite o constituye sino que solo declara esta previa adquisición. *A contrario sensu*, si existe justo título, la sentencia tendrá efecto retroactivo a la fecha en que se otorgó el justo título, que quedará subsanado (convalidado) por la adquisición del derecho real, sin importar la prescripción o no de acciones que puedan llevar a declarar su nulidad o ineficacia o efectos reipersecutorios.

Si bien en el primer caso no se prevé efecto retroactivo al momento de inicio de la posesión –lo cual será relevante para determinar su calificación en los bienes del matrimonio del adquirente–, de existir un título aparente y formal previo, aunque insuficiente al derecho real del usucapiente si dispone después de veinte años de posesión pública e ininterrumpida basado en ese primer título, la primera transmisión quedará subsanada por el instituto de la convalidación del derecho real (art. 1885 CCCN) cuando transmite el derecho, produciéndose de hecho la eficacia retroactiva al momento del título insuficiente por no necesitar acto expreso o formal convalidatorio alguno. Así, la convalidación del derecho real transmitido o constituido por el usucapiente transcurridos veinte años de posesión tendrá efectos subsanatorios del título insuficiente.

Planteamos la subsanación de la causa del derecho real de quien cree tenerlo por la convicción de un título aparente, tanto se trate de un justo título en que el derecho le es transmitido o constituido por quien no lo tiene o carece de legitimación para ello como también de un título insuficiente pero que adolece de vicios no ostensibles o manifiestos sin otra investigación. En el primer caso, ya Vélez Sarsfield, en la nota al artículo 3999 del Código Civil anterior, ponía de relieve este carácter convalidatorio,⁴ como lo reiteran en la interpretación del CCCN Kiper y Otero: “la prescripción breve cumple prioritariamente una función perfeccionadora de los títulos defectuosos mediante la posesión de la cosa, de buena fe, durante el plazo previsto por la ley”.⁵ Similar conclusión cabe para la posesión adquisitiva breve especial del artículo 2459 CCCN, en que el título de donación es suficiente y el transcurso del tiempo de diez años de la posesión lo pone al abrigo de toda acción reipersecutoria de los herederos legitimarios del donante, teniendo el derecho del donatario o su subadquirente por definitivamente establecido, en la terminología del artículo 1965 CCCN. Lo mismo cabía antes de la reforma para las donaciones transcurridos veinte años de la adquisición.

3. Ver Cám. Civ. y Com. de Gualeguaychú, Sala I, 26/8/2015, “Alessandri, Ernesto Heriberto c/ Vergara, Juan Pablo s/ usucapión” (*Revista Código Civil y Comercial*, noviembre 2015, y *Doctrina Judicial*, 13/4/2016; cita online AR/JUR/30640/2015).

4. “La prescripción que determina el artículo, no es rigurosamente de adquirir: la cosa está ya adquirida con título y buena fe. La prescripción en tal caso no hace sino consolidar la adquisición hecha, poniendo al que la ha obtenido al abrigo de toda reivindicación”. [*N. del E.*: ver Vélez Sarsfield, Dalmacio, *Notas del Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1872, p. 264, [aquí](https://archive.org/); fuente: <https://archive.org/>; última consulta: 6/2/2019].

5. KIPER, Claudio M. y OTERO, Mariano C., *Prescripción adquisitiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 15.

También el proceso de excepción de la [Ley 24374 de Regularización Dominial](#) (aun careciendo de todo título aparente formal) prevé que una vez reconocida la posesión plasmada en la escritura pública suscripta por la autoridad de aplicación y el beneficiario, inscrita a los fines de oponibilidad a terceros, el dominio queda consolidado a los diez años. En los casos en que se tiene título insuficiente o justo título, la prescripción opera como la convalidación del derecho real, lo cual denota el artículo 1905 del CCCN al establecer que solo la prescripción larga carece de efecto retroactivo al tiempo en que comienza, y, *a contrario sensu*, sí lo tiene en la breve. En el segundo caso, el título aparente es insuficiente y no importa siquiera un justo título. Se está ante supuestos de prescripción larga, por la que se adquiere el derecho real de modo originario con independencia de todo título antecedente. En los hechos, se cancela el título anterior y se confiere uno nuevo. No se está ante un supuesto de consolidación o tenerlo por definitivamente establecido como en los restantes. Se da un nuevo título que extingue todo otro anterior que contradiga al nuevo.

En esta extinción de los títulos anteriores podría verse que no es admisible hablar de convalidación del derecho real por parecer contradictorio al declarar su extinción. Sin embargo, su efecto es la extinción de los títulos que se contradigan con el derecho cuya adquisición se declara. Cuando el artículo 1885 CCCN prevé la convalidación del derecho real constituido o transmitido por quien no tenía el derecho real y lo adquiere posteriormente, la primera queda convalidada, sin indicar la naturaleza del nuevo título sea por sucesión singular o universal,⁶ entre vivos o *mortis causa*. Toda nueva causa de adquisición es suficiente y no hay razón para hacer una distinción que no contiene el texto legal para excluir a la adquisición por prescripción adquisitiva.

Aquí está el aspecto subsanatorio del transcurso del plazo de usucapión. Para la constitución del título de prescripción adquisitiva, se requiere la sentencia en juicio contencioso que así lo declare como título formal y, además, que ordene la extinción o cancelación del dominio causal del titular que ha perdido el dominio ante el poseedor. En el aspecto pasivo, el titular formal ha abdicado su dominio, dejando la posibilidad de adquirir al que ejerce la posesión con ánimo de dueño: la sentencia tanto declara al adquirente como el abandono de dominio del que lo pierde. El abandono de dominio de inmuebles es un acto formal que requiere escritura pública, pero en este caso es el juez quien declara su extinción. En cambio, en los casos en que el poseedor tiene un título aparente pero insuficiente –pero que creyeron las partes que era suficiente–, no pretende negarlo ni menos su declaración de su nulidad, del mismo modo que el transmitente que concurrió abdicó de todo ejercicio del derecho que pretendió transmitir. Explicaba Lafaille: “Por otra parte [...] quien transfirió el dominio o constituyó el gravamen con tales deficiencias, no podrá ser oído, dentro del sistema de nuestra ley, cuando pretendiera obtener la revocación el acto o la nulidad del mismo”.⁷ Es por ello que el adquirente aparente no acciona por usucapión y solo se defendería y acreditaría su derecho real por vía de excepción. No puede decirse que desconozca su derecho aparente sino que su pretensión es la convalidación de este.

6. Ver ALTERINI, Jorge H., [comentarios al §38 “convalidación”], en Lafaille, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010 (2ª ed., ampliada y actualizada por Jorge H. Alterini), §38 bis, p. 74.

7. LAFAILLE, Héctor, ob. cit. (cfr. nota 6), §38, p. 73.

La convalidación del derecho real del artículo 1885 CCCN opera sin más, acreditado tal extremo (situación jurídica de nueva adquisición suficiente), y la constitución o transmisión de derechos reales por el titular aparente (con título insuficiente y aun de mala fe) queda convalidada cuando el actual continuador de la posesión adquiera por esta causa. Así, por ejemplo, si el titular aparente constituyó hipoteca a favor de un banco a los dieciséis años de su título, la adquisición por prescripción por vía de excepción que el primero obtenga a los veinte años convalidará el derecho real del acreedor hipotecario sin ningún trámite con respecto él.⁸ Del mismo modo, cuando se haga una transmisión de dominio posterior al plazo de prescripción adquisitiva, el derecho quedará consolidado mediante la defensa de usucapión sin otro trámite para la convalidación del derecho real.

La subsistencia de la posesión sobre un inmueble fundada en título suficiente (p. ej., donación con la existencia de presuntos herederos legitimarios), insuficiente, justo título o aparente del dominio, no controvertido durante el plazo de prescripción adquisitiva, ante la falta de acción con efectos reipersecutorios, provoca la subsanación del derecho real objeto del título una vez transcurrido este plazo. Se trata de un caso de subsanación de derecho real y no estrictamente de convalidación de su título, para lo que se necesitaría la respectiva sentencia en juicio de usucapión, dado que los hechos consolidados, no habiendo causa de interrupción o suspensión del plazo de prescripción, llevan al inevitable establecimiento del derecho real del titular aparente. No puede suceder lo mismo en los casos de falta absoluta de título, donde el único existente es la declaración por el juez de la prescripción adquisitiva y solo se adquiere al momento de cumplirse el transcurso del plazo de prescripción.

Si bien el efecto típico de la prescripción adquisitiva es la adquisición del derecho real principal una vez transcurrido el plazo y declarado por el juez, también es eficaz para la subsanación del título insuficiente o convalidación del justo título. Kiper y Otero explican, entre razones que justifican su admisión legal, que

Además de lo expuesto, la prescripción adquisitiva tiene su fundamento en la necesidad de sanear las irregularidades que presentan ciertos títulos constitutivos o no, de derechos reales. En este sentido, puede intentarse la transmisión de un derecho real sobre una cosa mediante un título que no sea hábil a tal fin, o que, siendo hábil, la transmisión la efectúa quien carece de capacidad o de legitimación para ello.⁹

Este efecto es el fundamento del artículo 1050 CCCN, que expresamente establece: “cuando el derecho se sana por el transcurso del plazo de la prescripción adquisitiva, se extingue la responsabilidad por evicción”.¹⁰ La norma guarda absoluta razonabilidad al extinguir la garantía de evicción frente a la situación jurídica del actual titular (aunque

8. Ver COSSARI, Nelson G. A., [comentario al art. 1885], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 55: “Jorge H. Alterini sostiene que si bien cabe inferir que al convalidación es retroactiva al momento del acto y nada se dice respecto a los derechos de los terceros, los derechos de los mismos quedarían a salvo por el efecto relativo de los contratos, efecto hoy previsto en el art. 1021 del Código Civil y Comercial”.

9. KIPER, Claudio M. y OTERO, Mariano C., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 16.

10. FERNÁNDEZ BARREDO, Ramiro, [comentario al art. 1050], en Vítolo, D. R. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado*, t. 2, Buenos Aires, Erreuis, 2016, p. 1042: “El paso del tiempo puede sanear un título defectuoso y por ende impedir la turbación del derecho del adquirente. La prescripción adquisitiva –art. 1897–, tanto la breve –art. 1898– como la larga –art. 1899–, extingue la responsabilidad por evicción”.

sea aparente), que siempre sustentará su derecho por la defensa de la usucapión por vía de excepción. En consecuencia, se torna abstracto reclamar la garantía de saneamiento, porque el adquirente vencerá todo reclamo o acción contra su derecho, y sostener su derecho por este otro instituto tendrá la extensión y plena disposición sin generar el supuesto propio de esta garantía. Aun cuando exista un título insuficiente, el transcurso del plazo de prescripción sana el mismo, más allá del efecto propio de la prescripción adquisitiva de constituir un nuevo título en sí misma.¹¹

Al tener el usucapiente ya un título del derecho real inmobiliario, incluso inscripto, no puede verse obligado a tener que prescribir contra sí mismo. Ello llevaría a la práctica de obtener una sentencia de nulidad del acto por él celebrado para luego impedir la restitución de la cosa por la acción de usucapión, demostrando una irrazonable petición de justicia para llegar al mismo lugar de salida. De allí el acierto de la norma del artículo 1050 CCCN al regular el efecto subsanatorio de la prescripción adquisitiva de los derechos reales.¹² Este concepto, si bien lo encontrábamos en la nota de Vélez Sarsfield al artículo 3999 del Código Civil derogado (al tratar el efecto convalidatorio de la prescripción breve),¹³ es reafirmado también por el actual ordenamiento Civil y Comercial en la tesis y literalidad del artículo 2119 CCCN en materia de derecho real superficie, en que, a reglón seguido de excluir la posibilidad de adquirirlo por usucapión, expresamente se admite la prescripción breve para el “saneamiento del justo título”. En el derecho de superficie la posesión no permite por sí sola adquirir el derecho real, pero si existe justo título sumado al transcurso del tiempo le dará plenos efectos.¹⁴

Este efecto subsanatorio de la prescripción adquisitiva con relación a un bien singular se diferencia netamente de la prescripción de las acciones. Si bien el transcurso de la prescripción de la acción para declarar la invalidez o ineficacia del título conlleva la subsanación del mismo por ya no quedar sujeto a acción real que prive al titular del su derecho y deber de restituir la cosa, en la prescripción adquisitiva la nueva adquisición hace perder la incidencia de la acción ineficaz, esté prescrita o sea imprescriptible –a instancia de parte o de oficio–, porque ella importa una nueva adquisición. La limitación a las acciones imprescriptibles ante la convalidación por la prescripción adquisitiva la encontramos en el artículo 2311 CCCN, que, luego de establecer la imprescriptibilidad de

11. 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. 705; cita online AR/DOC/3934/2007): “La prescripción extraordinaria o larga: Importa una nueva fuente de adquisición; Superadora de todo tipo de ineficacia que involucre negocios que tuvieron por fin transmitir derechos reales”.

12. Ver HIGHTON, Elena I., *Dominio y usucapión* (colección “Derechos reales”, v. 2), t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, §451, p. 138: “de no existir la prescripción el dueño debería producir su título, el título de su antecesor, el del antecesor de su antecesor, y así sucesivamente hasta llegar a la primera enajenación a fin de demostrar su derecho; en razón de la usucapión, le será suficiente producir los títulos por el tiempo necesario para adquirir la propiedad por este modo, pues toda deficiencia o falta de dominio anterior queda saneada y no puede aparecer una reclamación más antigua”.

13. Cfr. nota 4.

14. KIPER, Claudio M., [comentario al art. 2119], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 9, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 722: “Vigente la ley 25.509, en doctrina se ha sostenido la posibilidad de adquirirlo tanto por prescripción breve –en tanto tiende a perfeccionar títulos con defectos de titularidad o capacidad del transmitente– como por larga. La posibilidad de adquirir este derecho por usucapión breve, nada descartable, ha sido recogida por el Código [...] Si el adquirente es de buena fe y ejerce la posesión, si bien está expuesto a la acción reivindicatoria del verdadero dueño, podrá consolidar su situación al cabo de diez años”.

la acción de petición de herencia, lo hace “sin perjuicio de la prescripción adquisitiva que puede operar con relación a las cosas singulares”. Es decir que aun cuando el adquirente del heredero aparente sea de mala fe, podrá oponerle al preterido la prescripción adquisitiva larga, y, en consecuencia, se tendrá por subsanado su título al haber transcurrido el plazo de posesión de veinte años con la unión de ambas posesiones sucesivas: la del heredero aparente y su adquirente o subadquirente aún a título gratuito.

La eficacia subsanatoria de la prescripción larga era explicada por Cerávolo en el sistema del Código Civil derogado con respecto a las donaciones inoficiosas que no son observables transcurrido el plazo de prescripción adquisitiva,¹⁵ lo cual es de toda lógica en tanto en cuanto no importa la causa o modo por la que se ejerce la posesión, dado que en el subsistema de los derechos reales el heredero legitimario de quien abandona su dominio a prescribir por otro no puede pretender que el plazo del cómputo de la prescripción adquisitiva comience con el fallecimiento del titular que no ejerció su dominio (abdicante), sea que haya otorgado una donación, un título insuficiente o acto traslativo alguno, entrando el prescribiente con o sin permiso del propietario. De allí la conclusión de la eficacia subsanatoria por transcurso del plazo de prescripción larga frente a los casos en que la ley le confiere efecto reipersecutorio a la acción de reducción. En el mismo sentido, Kiper explica, en la interpretación del actual artículo 2459 CCCN, que ante un título suficiente de donación, el donatario o sus subadquirentes pueden oponer la prescripción adquisitiva especial de diez años a los herederos legitimarios desde la posesión, provocando la convalidación del derecho y subsanación del título de donación transcurrido el plazo de prescripción adquisitiva breve, aun cuando se trate de un derecho condicional,¹⁶ y, en consecuencia, extinguiendo toda garantía de evicción, aun en caso de transmisión onerosa del donatario, de conformidad con el citado artículo 1050 CCCN.

A los efectos de este análisis, es relevante la distinción hecha por el citado autor al considerarlo un caso especial de prescripción adquisitiva breve previsto por la ley, donde siendo la donación un contrato válido y tener esta especial consecuencia subsanatoria, frente al estudio de títulos que la revele no importa que el adquirente sea de mala fe, porque está dentro de las reglas generales del caso excepcional legislado. Diferencia el supuesto legal previsto de aquellos en que “si hubiera algún vicio o irregularidad en la cadena de transmisiones”, y agrega: “si ella pudo ser advertida, habrá mala fe y [...] no sería suficiente el plazo de 10 años”.¹⁷ Habiendo mala fe del poseedor o adquirente, se

15. Ver CERÁVOLO, Ángel F., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 707: “transcurrido el plazo de prescripción veinteañal desde la fecha de formalización de a donación, podría oponerse la usucapión como excepción al progreso de la acción reivindicatoria, tornando el título inobservable luego de dicho lapso”.

16. Ver 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: “se trata de un supuesto especial de prescripción de diez años [...] el mismo artículo 1899 establece un caso especial donde bastan 10 años. No es el único caso [...] esto es cuando se ha poseído una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida pero no se hizo la inscripción (requisito para que haya buena fe) y se recibió la cosa del titular registral o de su cesionario.- Esto significa que el legislador, si así lo pretende, puede fijar reglas generales para la prescripción largo o corta, y luego fijar excepciones a dichos principios). Esto es lo que sucede con la acción de reducción, y pues la posesión de 10 años la detiene sin necesidad de justo título. En verdad, aquí hay un título suficiente, que genera un derecho revocable, imperfecto. Esto a su vez armoniza con otra regla general del Código, que establece que el dominio revocable se consolida si transcurren 10 años sin haberse cumplido la condición resolutoria (ver art. 1965). También el artículo 1972 limita las cláusulas de inenajenabilidad al término de diez años”.

17. *Ibidem*.

estará a la prescripción larga, y el título suficiente desde el que transcurra el plazo de veinte años provocará el saneamiento de todos sus antecedentes, incluso irregulares o con vicios ostensibles, lo cual ha dado el límite temporal para la consideración de los estudios de títulos y antecedentes en los dictámenes notariales. Doctrinarios del subsistema del derecho sucesorio ven la solución de la prescripción breve del artículo 2459 como injusta y critican que el heredero forzoso vea limitado su alcance a reclamar el excepcional efecto reipersecutorio. Pese a ello, Mazzinghi interpreta que los herederos legitimarios tendrán acción para reclamar el valor del crédito por la diferencia de la porción legítima afectada.¹⁸ Desde la óptica del derecho del subsistema del derecho inmobiliario o derechos reales, como señalamos, el adquirente por posesión siempre adquiere desde su comienzo, sin ser un supuesto de suspensión del plazo que el titular de dominio tenga o no herederos legitimarios, y es una solución coherente con el límite de diez años a todo dominio revocable.¹⁹

Sin embargo, no es la intención de este trabajo ahondar en este debate sino tener en cuenta que el legislador, al redactar el texto del artículo 2459 CCCN, tuvo en mira este efecto de la prescripción adquisitiva, que subsana el título de dominio del actual propietario, en la búsqueda de convalidar o sanear los títulos de inmuebles y bienes registrables transcurridos diez años, y limitando esta nueva adquisición el plazo de prescripción o caducidad toda otra acción real. En este sentido, los autores del texto legal, en la elevación del Anteproyecto de CCCN al Poder Ejecutivo Nacional, expresaron: “se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve”.²⁰

En la lectura integrada de los artículos 1050, 1885, 2119, 2311 y 2459 CCCN encontramos que el cuerpo legal reconoce que la prescripción adquisitiva opera subsanando los defectos de la adquisición o constitución del título del derecho real preexistente, aun en casos de no ser suficiente, y donde este efecto se produce por el transcurso del plazo de ejercicio de la posesión como propietario, aun con independencia del dictado de la sentencia de usucapión que es necesario para la relación en que el poseedor carezca de todo título, justo o aparente. La prescripción adquisitiva es también una herramienta para sostener la libre circulación de los bienes y el tráfico jurídico, y se la prevé por vía de excepción, sin obligar a un procedimiento judicial de usucapión o administrativo como es el de la Ley 24374.

18. Ver MAZZINGHI, Jorge A. M., “Porción legítima, acción de entrega o complemento y situación de los que han poseído la cosa durante diez años”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 26/3/2018 (t. 2018-B, cita online AR/DOC/526/2018), pto. IV.

19. Si el dominio donado es revocable por la cláusula legal de los arts. 2454 y 2458 y concs. CCCN para el caso que la porción legítima afectada sea mayor a la mitad del valor de lo donado, pero que no tendrá tal efecto si es menor dado que se resuelve por un crédito a favor de los legitimarios o si el donatario o sus subadquirentes satisfacen tal valor; siempre con el límite del art. 1963 CCCN del término máximo de diez años, se cumpla o no el hecho de la condición, en que queda el dominio definitivamente consolidado.

20. [N. del E.: ver fundamentos del Anteproyecto de CCCN 2012 [aquí](#) {p. 224}].

4. Diferencia de la subsanación del título por prescripción adquisitiva y adquisición legal del derecho real

El efecto subsanatorio por prescripción adquisitiva de derechos reales supone actos jurídicos que adolecen de vicios de nulidad sin que haya sido sustanciada y declarada en instancia judicial y será impedimento de los efectos de reclamar la restitución bienes, en los términos del artículo 392 CCCN, con posteridad al cumplimiento del plazo legal, mediante la defensa de usucapión por vía excepción del poseedor por el título viciado –o sus sucesivos adquirentes–, sin importar que sea a gratuito u oneroso, y la buena o mala fe en la posesión solo será relevante en caso de justo título. Se diferencia el supuesto en análisis de la excepción de la parte final del artículo 392, caso en que al tercer subadquirente de derechos reales inmobiliarios a título oneroso y de buena fe (del acto jurídico causal en sí y no meramente de la posesión) la declaración de nulidad del acto antecedente no le es oponible, porque para él su título se funda en la adquisición legal del artículo 1894. En cambio, en el aquí en análisis no hay adquisición legal de pleno derecho sino el reconocimiento de la situación de hecho de abandono del titular y ejercicio de la posesión por otro como si tuviese un título hábil que la funda.

En las transmisiones denominadas *a non domino*, la falta de intervención del titular del derecho inhibe la buena fe del subadquirente para producir el efecto de adquisición legal. Pero ello no impide la subsanación por la posesión adquisitiva, en donde la falta de intervención no surge del estudio de antecedentes –se presume la buena fe en el acto jurídico causal del justo título–. El artículo 1902 CCCN requiere la buena fe en la posesión pero no surge de este estudio. Será de buena fe cuando crea poseer en base a ese título y desconozca o no pueda conocer su carencia de derecho a la relación de poder o esté convencido de su legitimidad por un error de hecho esencial y excusable (art. 1918 CCCN), y su mala fe solo se presumirá cuando el título sea de nulidad manifiesta (art. 1919 inc. a CCCN), es decir, cuando adolezca de un vicio ostensible.

La buena fe en la adquisición legal se refiere al título en sí mismo, al derecho de su transmitente; en cambio, en la prescripción adquisitiva, a la creencia de la legitimidad a la relación de poder. Quien ha recibido por un título constituido por una escritura pública o un documento judicial, como los testimonios de una subasta pública o hijuela de una partición hereditaria o de la indivisión hereditaria, cree en base a títulos, instrumentos públicos, que se le han entregado expedidos por las personas a las que el Estado ha dado competencia y asignado responsabilidad a tal fin, y, en consecuencia, es un error excusable con respecto a su creencia en la legitimidad de la relación de poder que ejerce sobre la cosas. Los errores u omisiones en el proceso notarial o judicial que no surjan de modo ostensible de los documentos (títulos) recibidos y en base a los cuales ejercita sus respectivos derechos no puede concluir en su mala fe sin desconocer la eficacia legal de los instrumentos públicos (art. 296 CCCN), sino que, a la inversa, crean la convicción del justiciable de tener un derecho legítimo. Pero aun siendo de mala fe, o si el vicio es ostensible, también quedará subsanado el título insuficiente y válidamente adquirido el derecho, transcurrido el plazo de prescripción larga.

5. Diferencia con la eficacia subsanatoria del título inmobiliario por prescripción liberatoria

La prescripción liberatoria importa la convalidación del acto jurídico causal y por reflejo del derecho real. En cambio, la prescripción adquisitiva permite la convalidación del derecho real en sí mismo por el nuevo título, con independencia del primer acto jurídico causal. El artículo 387 CCCN prevé que la nulidad absoluta puede declararse a instancia de parte o de oficio por el juez si el vicio es ostensible hasta el momento de dictar sentencia, con la consecuencia lógica en su última parte de que esta categoría de nulidad no se sana ni por confirmación ni por la prescripción; mientras que el artículo 388 CCCN establece que la nulidad relativa solo puede declararse a instancia de parte en beneficio de quien se establece, y se sana por la confirmación y la prescripción de la acción. La lectura integral de estos dos artículos nos demuestra que se refieren a la prescripción de la acción, de carácter liberatorio, y no a la adquisitiva. En la primera, solo se inhibe la posibilidad de ejercer el derecho por el acreedor o titular;²¹ en la segunda, se trata de un instituto por el que se adquiere un derecho el derecho real nuevo, con carácter originario, y la consecuente legitimación para accionar con esta pretensión.

La prescripción liberatoria tiene como consecuencia que su inacción importa la confirmación tácita del acto viciado e impide su declaración de invalidez, del mismo modo que el artículo 397 CCCN impide alegar la inoponibilidad del acto si la otra parte opone la prescripción o caducidad del derecho en sí mismo. La prescripción liberatoria no importa la renuncia o abdicación del derecho, a punto tal que su invocación puede ser renunciada por el beneficiario (art. 2535 CCCN). Desde la óptica del estudio de título de inmuebles, la consecuencia de no haber ejercido la acción al momento de disposición del derecho, sin haber renunciado a la prescripción “ganada” por el titular del dominio cuyo título adolece de un vicio causal de nulidad relativa o inoponibilidad, importa su saneamiento, y así considerarlos al calificar la observabilidad o no del título al momento de su transmisión o constitución de derecho real desmembrado o de garantía. En cambio, el título de dominio por prescripción adquisitiva es una nueva causa adquisitiva, que, aun originaria, importa la convalidación del derecho real. En consecuencia, si no ha sustanciado y declarado la nulidad previamente a la conclusión del plazo de adquisición por usucapión, no será vencido por acción real y no debería ser observable en su contenido, dado que toda acción que pretenda la ineficacia del título insuficiente será repelida por la excepción de prescripción adquisitiva aprovechando el actual titular aparente la continuidad de la posesión de sus antecesores. La negación de la disponibilidad de derecho real en estas circunstancias importa un innecesario dispendio de justicia y economía procesal, donde se debe esperar que se promueva la nulidad para oponer la excepción. Deviene en una situación de excesiva rigurosidad, por lo cual debe considerarse saneado por esta causa.

La subsanación consecuente de la prescripción adquisitiva se funda en la nueva causa de adquisición, la irrazonabilidad de accionar contra sí mismo o la consecuente espera para plantear la excepción, y la doctrina del exceso de rigor formal, diferenciándose netamente de la confirmación expresa o tácita del acto que adolece de vicio de nulidad

21. Indirectamente, el titular –posible demandante– “adquiere” el derecho a no ser turbado, limitado o cuestionado su derecho.

relativa o inoponibilidad por la prescripción de la acción en plazo de cinco años o los términos especiales de los artículos 456, 522, 2562 o 2563 CCCN.

6. El título formal y el acto jurídico causal del derecho real

Hemos analizado el título como el documento que contiene el acto formal causal del derecho real que tiene por fin inmediato acreditar y permitir el ejercicio legítimo del derecho a la cosa. Y lo hemos distinguido del acto jurídico causal del derecho real u otros derechos que son el contenido sustancial o material del documento. En todos los casos, la prescripción adquisitiva permite la subsanación del derecho real (objeto de prestación característica), pero en los solemnes relativos el título adquiere mayor trascendencia en el aspecto analizado. Por los artículos 294 y 1018 CCCN, la omisión de la forma no priva al acto jurídico de todos sus efectos, sino que el acto subsiste como instrumento privado con la acción de requerir al juez la respectiva escrituración. El acto jurídico constituye la causa de la transmisión o constitución del derecho real, pero en estos el derecho reconoce que, aun sin la forma impuesta, se convierte su prestación característica en otra: la de otorgar la pendiente forma.

La Ley 24374, en aras al interés social de la vivienda, ha conferido un proceso administrativo-notarial especial para constituir o crear un título formal del derecho de dominio o condominio de la persona que acredita en esa instancia el acto jurídico causal de derecho real, pese a no haber otorgado el acto formal y documento continente para ello. Su derecho no podrá ser controvertido ante el ejercicio sin turbación de la posesión desde su inicio y por diez años desde su anoticiamiento a terceros por su toma de razón en el registro inmobiliario con relación al inmueble. En este caso, ni siquiera existe un título formal con defecto de forma o aparente; falta absolutamente y solo existe el acto causal, por lo que la ley prevé el proceso para construir un título formal que lo contenga mediante la escritura pública que da cuenta del cumplimiento de los extremos de la ley con la publicidad de la preexistente posesión, y el acta de consolidación de dominio.

La escritura pública del artículo 6, inciso e), de la Ley 24374 está exteriorizando, además, el reconocimiento de la situación de abandono de dominio tácito del titular registral –que si no es reclamado por otro poseedor volvería al dominio eminente del Estado– y le impone al titular abdicante tácito el deber legal de expresarse en sentido contrario a su extinción, y que, de no hacerlo en el término de diez años, se lo tendrá como expreso (art. 1907 CCCN), que también configura el aspecto pasivo de los procesos de usucapión. En consecuencia, esta escritura pública suscripta por la autoridad de aplicación –es decir, el Estado, único posible contradictor del beneficiario poseedor–, al concurrir su voluntad junto al beneficiario, constituye un justo título, dado que lo otorga como transmitente quien carece actualmente de legitimación pero que lo tendrá una vez consolidado el abandono de dominio expreso por su deber legal de manifestarse. Esta escritura pública no es un título suficiente pero sí un justo título que, extinto el derecho de dominio originario, y al Estado haber dado su consentimiento para que el beneficiario adquiera el dominio al momento de la afectación al régimen excepcional, este derecho queda consolidado a favor del beneficiario.

Calegari de Grosso, al tratar la buena fe en la prescripción breve, explica que el vicio de forma en el título de adquisición hace suponer la mala fe del poseedor e improcedencia de la prescripción breve porque “«aquí –dice Lafaille–, se da por existente la mala fe, por tratarse de un defecto manifiesto, que no ha podido pasar inadvertido, ni caer dentro del error excusable»”, y, refiriendo a la opinión de Segovia, que “«faltaría uno de los elementos del justo título»”.²² Asimismo, Calegari refiere al fallo de la Cámara en lo Civil de la Capital Federal del 4 de agosto de 1924 que resolvió que la presunción del artículo 4009 del Código Civil –derogado– solo debe aplicarse a lo que constituye propiamente el vicio de forma pero no debe ser extendida a los defectos intrínsecos del título, como ocurrió en el caso de enajenaciones derivadas de un título informativo de posesión.²³

Nos pone ante los títulos aparentes y con vicios formales pero que contienen un acto jurídico causal y la trascendencia de los mismos en la convalidación del derecho real sobre el objeto del acto. Kiper y Otero, al reseñar el debate sobre si la prescripción adquisitiva es un modo originario o derivado, explican que debe analizarse

... siempre teniendo como pauta que el derecho del prescribiente dependa o no de su antecesor [...] En la prescripción larga (vicinal o extraordinaria) habrá que analizar si existe título, y de ser así sus caracteres. Es claramente originario cuando mediere desapoderamiento, ya que en estos casos no solo no existe título sino la intención del propietario no es transmitir su derecho, pues quien persigue la prescripción es un contradictor, pretendiendo que su posesión triunfe sobre la de aquel (conforme lo dispuesto por el art. 1913, Cód. Civ. y Com. no pueden concurrir sobre la misma cosa, dos posesiones iguales y de la misma naturaleza). La solución se complica en el supuesto en se haya firmado un boleto de compraventa. Si bien en principio, la intención es transmitir la cosa –y generalmente se transmite la posesión por ese medio–, dicho instrumento no es título suficiente, ni siquiera que pueda considerárselo justo título para transmitir, motivo por el cual solo podrá adquirirse la cosa por usucapión larga; por ende, al no transmitirse el dominio no puede hablarse de modo derivado de adquisición, aunque es dable aclarar que el paso del tiempo fijado para la usucapión larga servirá para consolidar la transmisión.²⁴

La situación se complica aún más en el caso de falta de autorización por el notario de una escritura hace más de veinte años y cuyo testimonio fue suscripto por el notario que omitió su autorización en la matriz pero que sí firmó este instrumento público de traslado que se inscribió en el registro inmobiliario y el adquirente ha demostrado, ejercido y opuesto su derecho real a terceros sin cuestionamiento. El artículo 309 CCCN determina la nulidad de la escritura, pero el acto jurídico contenido fue suscripto por los otorgantes y esto han cumplido conductas posteriores consecuentes con ello. Cabe preguntarse si en estas circunstancias de una omisión involuntaria el juez debe declarar la nulidad o debe integrar con los demás instrumentos públicos y conductas de las partes la convalidación del acto formal. Pero, aun declarada la nulidad de la escritura pública, las partes, por los indicados artículos 294 *in fine* y 1018 CCCN, podrían solicitar su escrituración ante

22. CALEGARI DE GROSSO, Lydia E., *Usucapión. Código Civil y Comercial. Ley 26994*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015 (3ª ed., amp. y act.), p. 270 (cita a LAFAILLE, Héctor, *Tratado de los derechos reales*, v. 1, p. 602).

23. Ídem, p. 271 (las referencias bibliográficas del fallo citadas por la autora: *Gaceta del Foro*, 52-8, y *Jurisprudencia Argentina*, N° 13750).

24. KIPER, Claudio M. y OTERO, Mariano C., *ob. cit.* (cfr. nota 5), pp. 12-13.

el órgano judicial –con el inútil dispendio de justicia que venimos analizado–, por lo cual ante el trascurso del tiempo sin haber sido cuestionado el derecho tiene el alcance subsanatorio indirecto antes señalado.

Se presentan también situaciones dentro de los supuestos de las estrictas nulidades del artículo 309 CCCN por falta de firma de uno de los intervinientes en el acto, donde el notario ha enunciado que estaban todos presentes e incluso, a veces, por ejemplo, no suscribe la primera escritura de reglamento de propiedad horizontal pero suscribe la escritura simultánea de venta o adjudicación de una de las unidades resultantes. La labor del juez en la integración del acto deviene esencial en estos actos para no declarar la nulidad por sí misma, como ha hecho la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal al resolver que si el notario aseveró que las partes estaban presentes y, más adelante en el tiempo, otorgaron otros actos notariales consecuentes de esa primera escritura, la misma se tiene por válida.²⁵ De ahí que en las situaciones en análisis el propietario con título aparente, aunque insuficiente o ineficaz, también ha adquirido por prescripción adquisitiva, aun cuando falta la sentencia de usucapión que así lo declare, y, frente al intérprete del título, debe privar el principio de la apariencia donde se tuvo por válido del derecho de los adquirentes y el indicado efecto subsanatorio.²⁶

7. Conclusión

La subsistencia de posesión con ánimo de dueño sobre inmuebles fundada en título suficiente (p. ej., donación con la existencia de presuntos herederos legitimarios), insuficiente, justo título o aparente del dominio, y no controvertido durante el plazo de prescripción adquisitiva, importa la subsanación del derecho real objeto del título transcurrido este plazo.

8. Bibliografía

- AA. VV., [conclusiones de la XLIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires {Buenos Aires, 20158].
- CABULI, Ezequiel, “La evolución del estudio de antecedentes y el requisito de buena fe del artículo 392 del Código Civil y Comercial” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 924, 2016.
- CALEGARI DE GROSSO, Lydia E., *Usucapión. Código Civil y Comercial. Ley 26994*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015 (3ª ed., amp. y act.).

25. Ver CNCiv., Sala B, 19/11/2014, “Maristany Dedesma, Paula Nancy c/ Torres, Ramón s/ sucesión ab intestato y otros s/ prescripción adquisitiva” (*Revista del Notariado*, N° 918, 2014 [texto completo y comentario de Ezequiel CABULI]).

26. Ver CABULI, Ezequiel, “La evolución del estudio de antecedentes y el requisito de buena fe del artículo 392 del Código Civil y Comercial” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 924, 2016; quien denota la distinción entre el derecho real subsanado y el estudio de títulos cartulares cuando sostiene que requiere una solución justa: “En estos casos, se justifica la observación por no existir escritura, conforme una interpretación literal de la nulidad formal refleja destruye el acto. Pero existen elementos que debemos considerar si el acto fue otorgado ante un escribano, quien aseveró que las partes estaban presentes y manifestaron su voluntad de otorgar las prestaciones. Algún efecto jurídico debemos rescatar de dicho acto, aunque más no sea la prueba de existencia, consolidada por el paso del tiempo”.

- 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. 705; cita online AR/DOC/3934/2007).
- COSSARI, Nelson G. A., [comentario al art. 1885], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- FERNÁNDEZ BARREDO, Ramiro, [comentario al art. 1050], en Vítolo, D. R. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado*, t. 2, Buenos Aires, Erreuis, 2016.
- HIGHTON, Elena I., *Dominio y usucapión* (colección “Derechos reales”, v. 2), t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.
- KIPER, Claudio M., [comentario al art. 2119], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 9, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- “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.
- KIPER, Claudio M. y OTERO, Mariano C., *Prescripción adquisitiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010 (2ª ed., ampliada y actualizada por Jorge H. Alterini).
- LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.
- MAZZINGHI, Jorge A. M., “Porción legítima, acción de entrega o complemento y situación de los que han poseído la cosa durante diez años”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 26/3/2018 (t. 2018-B, cita online AR/DOC/526/2018).

8.1. Jurisprudencia

- Cám. Civ. y Com. de Gualaguaychú, Sala I, 26/8/2015, “Alessandri, Ernesto Heriberto c/ Vergara, Juan Pablo s/ usucapión” (*Revista Código Civil y Comercial*, noviembre 2015, y *Doctrina Judicial*, 13/4/2016; cita online AR/JUR/30640/2015).
- CNCiv., Sala B, 19/11/2014, “Maristany Dedesma, Paula Nancy c/ Torres, Ramón s/ sucesión ab intestato y otros s/ prescripción adquisitiva” (*Revista del Notariado*, N° 918, 2014).

Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes

Hasta cuándo?... todo cambió para que nada cambiara?*

Martha Linares de Urrutigoity

RESUMEN

Con motivo tanto de la problemática existente en la Provincia de Mendoza como del hecho de que los mismos o similares paradigmas se han establecido en otras demarcaciones, el artículo aborda la cuestión de los conjuntos inmobiliarios con especial avocación al estudio de la adecuación. Se concluirá que los conjuntos inmobiliarios que se constituyan *ex novo* luego de la sanción del CCCN deberían conformarse en base al régimen de propiedad horizontal especialmente establecido para ellos y que, paralelamente, no debería consentirse la adopción de ropajes jurídicos diversos al legalmente ordenado; que no resulta coherente concebir a los conjuntos inmobiliarios preexistentes como los previos a la adecuación, en lugar de referirse con estos términos a los nacidos con anterioridad a la vigencia del nuevo Código; que no es conforme al derecho vigente constituir un nuevo conjunto inmobiliario, con posterioridad al 1º de agosto de 2015, en base a derechos distintos a la propiedad horizontal especial; que se entiende la adecuación exigida por el artículo 2075 como una traducción de la misma realidad patrimonial subyacente que no afecta el derecho de propiedad constitucionalmente protegido; y que si se avanzara más allá de este límite, no se estaría ante una adecuación sino ante otros institutos (*de lege lata*). Asimismo, se propondrá (*de lege ferenda*) que, en caso de persuadirse de la inconveniencia, inoportunidad o falta de racionalidad de lo normado por el tercer párrafo del artículo 2075 CCCN, se deberá propender a su modificación, introduciendo un procedimiento de adecuación ad hoc, o a su simple derogación; mientras ello no suceda, se está ante derecho vigente y, por tanto, exigible y vinculante, aun en sede judicial. Lo inconcebible en un Estado de derecho es validar jurídicamente el desconocimiento o ignorancia de las leyes, la imposición de facto de la norma.

PALABRAS CLAVE

Conjuntos inmobiliarios, propiedad horizontal especial, adecuación notarial y judicial, prudencia notarial.

Fechas de recepción y aceptación

29/8/2018 - 7/11/2018**

* Edición revisada y ampliada de la ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017), especial para la *Revista del Notariado*.

** En el mes de diciembre de 2018, la autora incorporó actualizaciones al artículo con motivo de la reciente difusión del anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial (elaborado por la Comisión Decreto PEN 182/2018).

Sumario: 1. El problema y el enfoque. 2. Propuestas. 3. Bibliografía.

El *gatopardismo* o lo *lampedusiano* es en ciencias políticas el “cambiar todo para que nada cambie”, paradoja expuesta por Giuseppe Tomasi di Lampedusa (1896-1957). La cita original expresa la siguiente contradicción aparente:

Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie. ¿Y ahora qué sucederá?
¡Bah! Tratativas respunteadas de tiroteos inocuos, y, después, todo será igual pese a que todo habrá cambiado...
...una de esas batallas que se libran para que todo siga como está.

1. El problema y el enfoque

Estas reflexiones están dedicadas a la problemática de los conjuntos inmobiliarios tanto de los constituidos *ex novo* desde la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCCN”) como de los preexistentes a él, con especial avocación al estudio de la adecuación, sopesando esta institución como una posible nueva incumbencia notarial, la que solo se presenta como viable en la práctica si el mundo notarial así la receptara por acertada, como lo hizo antaño con los conjuntos inmobiliarios, cuando no había marco normativo que los albergara y, sin embargo, los notarios lo crearon y establecieron para siempre, incluso con efectos válidos hasta el día de hoy, cuando ya rige para ellos ley de fondo específica, incluso que ordena su adecuación y a pesar de lo cual permanecen inalterados. Si bien estos pensamientos surgen de la problemática existente en la Provincia de Mendoza, motiva su publicación a nivel nacional la circunstancia de que los mismos –o muy similares– paradigmas se han establecido en otras demarcaciones de nuestro país, por cuanto estas apostillas podrían ser de utilidad para otros ámbitos.

Motivan y fundan estos razonamientos en cierta forma “disparadores” no un interés corporativo –que nos excede– sino el apego al derecho y a la vasta problemática de los conjuntos inmobiliarios, conocida y padecida desde nuestra experiencia profesional en la Provincia de Mendoza, donde nunca antes hubo un marco normativo local (ni nacional) que acogiera el fenómeno. También nos convoca nuestra vocación por el derecho notarial, que –como punto de contacto entre la línea de la norma y la línea de la realidad– es el escenario en el cual los notarios debemos –por función– dar certezas, seguridad jurídica, aplicar el derecho y alcanzar la justicia en un caso concreto, con trascendencia y con compromiso social.

Este estudio constituye una apretada síntesis de una investigación mayor que resulta imposible contener acabadamente en el formato que esta prestigiosa revista requiere, el que pronto verá la luz. Sirvan estas líneas para presentar la inquietud y el debate al mundo notarial. Los destinatarios de estas líneas, fundamentalmente notarios y especialistas, a modo de comité de expertos, sabrán disimular las necesarias omisiones y remisiones a

aquel trabajo mayor y a la vasta bibliografía y reuniones de especialistas que han tratado el tema con acabada solvencia y se asumen aquí como conocidos.

1.1. Marco normativo de los conjuntos inmobiliarios

Los denominados conjuntos inmobiliarios (CI) del artículo 1887 inciso d) del CCCN son el objeto (arts. 15, 16 y 1883) del derecho real de **propiedad horizontal especial** (PHE). Estos bienes se deben regir (art. 2075 CCCN):

- a) *En cuanto a su estructura* (elementos y contenidos esenciales, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción): por las normas del título V “Propiedad horizontal”, con las especificaciones del título VI “Conjuntos inmobiliarios”, del Libro Cuarto del CCCN, las que le dan su tipicidad propia (art. 1884).
- b) *En cuanto a sus aspectos reglamentarios* (cosas comunes no indispensables, facultades y obligaciones de los propietarios, limitaciones edilicias, reglas de convivencia, proporción en el pago de gastos y contribuciones, condiciones para el uso de terceros, régimen de invitados y admisión de usuarios no propietarios, limitaciones a la transmisión de unidades, derecho de preferencia, régimen sancionatorio, etc.): por sus propios reglamentos de propiedad horizontal especial y sus reglamentos internos en su caso (arts. 2076, 2078 y 2080-2086 CCCN).
- c) *En cuanto a sus elementos urbanísticos y todo lo que constituye competencia reservada por las provincias en esta materia, como lo es el poder de policía inmobiliario*: por las normas administrativas locales del lugar de ubicación de los inmuebles que los integran.¹
- d) Los CI preexistentes se deben adecuar a las previsiones normativas del derecho real de PHE porque tales regulaciones incluyen las modificaciones especialmente previstas para ellos en el título VI del Libro Cuarto del CCCN.

Haciendo una interpretación literal, finalista, racional, en forma coherente de todo nuestro plexo normativo, partiendo desde la **Constitución Nacional** y teniendo en cuenta los principios y valores jurídicos comprometidos (arts. 1-3 CCCN), mal podríamos concluir que el CCCN delegó en las legislaciones locales la delimitación de la estructura esencial de los conjuntos inmobiliarios. Todo lo contrario: el CCCN se ocupó de determinar sus normas estatutarias, ubicándolos dentro del campo de los derechos reales, los que se caracterizan por su construcción dogmática (1882-1884, 1886-1888, 1890-1893 y conc.), y exceptuando expresamente aquellas que pueden dejarse de lado por la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad tanto de los particulares como de los mismos Estados locales –a la hora de ejercer su poder reglamentario o policial– se encuentra acotada por las normas de orden público que en materia de derechos reales establece el CCCN, de acuerdo a nuestros estándares constitucionales de organización política (arts. 31, 75-12

1. Ver CAUSSE, Jorge R., “Conjuntos inmobiliarios preexistentes. Acotaciones al deber de adecuar”, en *La Ley*, Buenos Aires, 24/10/2017 (t. 2017-E, cita online AR/DOC/2737/2017): “Sobre el particular la doctrina puso de manifiesto el interés del Estado, en orden al poder atribuido a las jurisdicciones locales para establecer normativas específicas sobre localización, límites perimetrales, indicadores urbanísticos, equipamientos comunitarios y otras regulaciones”.

y 126 CN). La autonomía de la voluntad está acotada en el campo de los derechos reales, en particular respecto de los CI. Así, cuando el legislador ha abierto la posibilidad de excepcionar el régimen general establecido, lo ha aclarado expresamente en su articulado. Son ejemplos de este tipo de normas: a) en materia de propiedad horizontal, los artículos 2040, 2042, 2043, 2048, 2049, 2056, 2058 y 2068 CCCN; b) en materia de CI, los artículos 2076, 2078 y 2080-2086 CCCN.

Son de orden público las normas que determinan cuáles son los derechos reales, la amplitud de su contenido y los elementos de la relación jurídica real, es decir, sujeto, objeto y causa, y todo lo relacionado con su adquisición, constitución, modificación, transferencia, extinción y duración (1884 CCCN). La tipificación jurídica o la conceptualización intelectual de la esencia predicable al universo posible de conjuntos inmobiliarios está delineada por sus normas estatutarias del derecho de fondo, de orden nacional. Jamás podrían las normas provinciales locales, generalmente reglamentos emanados de oficinas municipales o catastrales o leyes de uso del suelo –so pretexto del ejercicio de su poder de policía sobre el suelo–, delinear derechos reales distintos, pues son de estricto resorte de regulación nacional. Tal el caso del derecho real en trato en estas páginas, previsto para los CI *strictu sensu*: clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbano independientemente de su destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales (art. 2073 CCCN).

De ahí nuestra negativa a reconocer que la materia delegada por las provincias a la Nación en el derecho de fondo, como lo son los derechos reales, pueda quedar a merced de la regulación dispar en el ámbito local. Las provincias no pueden ejercer las facultades ya delegadas. De hacerlo, llevaría al absurdo constitucional (art. 28) de que existieran tantas clases de CI cuantas regulaciones establecieran las veinticuatro jurisdicciones locales en sus dispares regulaciones de CI. ¿Sería compatible con las referidas normas constitucionales que una misma realidad fáctica y jurídica fuera considerada “conjunto inmobiliario” en una provincia, o en la Ciudad de Buenos Aires, y se la desconociera en otras? El sistema constitucional repele tal hipótesis.

Lo que es –y lo que no es– conjunto inmobiliario en Argentina lo es **en virtud del código de fondo**, no depende de la regulación local ni puede quedar a merced de ella. Si así fuera, se habría enervado el fin constitucional de mantener la unidad del derecho común en todo el territorio nacional, conforme a la idea fundacional de su principal inspirador.² Si ello ocurriera en nuestro país, quedaría en evidencia que el CCCN no tendría virtualidad para superar la situación previa a su vigencia en este punto, que tanto la doctrina como la jurisprudencia se encargaron de criticar, bregando –con razón– por una ley de fondo –de derecho común– específica y que abordara en forma uniforme este fenómeno –*post Ley 13512*– tan divulgado en nuestro país y que clamaba por una solución normativa a nivel nacional.

Los CI que en la realidad reúnan y/o pretendan prevalerse de las notas esenciales que configuran su estructura típica establecida por el CCCN (arts. 2073-2075, 2078-2080,

2. Ver ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, pp. 129 y ss.

2084 y conc.; esto es: inescindibilidad perpetua de partes propias y comunes, consorcio de propietarios con personería jurídica, reglamentos de administración, construcciones y convivencia con limitaciones a los derechos sobre las partes propias y comunes, régimen expensas comunes con sus prerrogativas jurídicas, oponibilidad de los derechos vía publicidad registral) **deben someterse al régimen del derecho real de PHE** y no pueden organizarse bajo la órbita de otros derechos, ya sean reales o personales, ni como combinaciones de estos (art. 2075, 2º párrafo, CCCN).

Si bien podría parecer obvia esta afirmación, cabe pronunciarse por ella en forma contundente en la medida en que algunas jurisdicciones del país (p. ej., la Provincia de Mendoza) continúan organizando fenómenos que reúnen estos caracteres para ser considerados CI (a tenor de los arts. 2073, 2074 y conc. CCCN) bajo otros esquemas de regulación jurídica, “a la vieja usanza”: dominio sobre los lotes y condominio sobre las vías de circulación y espacios comunes. Ello, como si el CCCN en nada hubiera innovado, omitiendo *de facto* el imperativo legal de su artículo 2075, volviendo opcional la elección del régimen de PHE.

El punto es especialmente grave en la medida en que para provocar tamaña irregularidad jurídica es necesaria la participación de funcionarios públicos de diversa índole, quienes deberían estar comprometidos con el cumplimiento del principio de legalidad. Sin embargo, los catastros aprueban tales planos, los notarios autorizan las escrituras públicas que instrumentan estas configuraciones jurídicas *contra legem* y los registros inmobiliarios las publicitan. Todos, sabiendo –y debiendo conocer– que se trata de documentos que intentan dar “formato jurídico” a un fenómeno que, en la realidad, ostenta todas las notas de los CI y, en el orden jurídico, pretende prevalerse de las prerrogativas que les resultan convenientes.

Lo más llamativo es el fundamento jurídico que se esgrime para tales prácticas: el polémico tercer párrafo del artículo 2075 CCCN. El “razonamiento” (sic) sería el siguiente: como el artículo 2075 *in fine* dice que los CI preexistentes se deben adecuar a PHE y no está previsto el procedimiento, el plazo, ni sanción ante su incumplimiento, ergo, se pueden configurar bajo otro formato jurídico, sujetos a una ulterior adecuación; así, al no existir tampoco sanción para este incumplimiento, todo el postulado del artículo 2075 CCCN –no solo el deber de adecuación de los preexistentes sino la misma constitución inicial– cae en saco roto. Los CI preexistentes serían en este disparatado razonamiento los CI preexistentes a la adecuación, en lugar de los preexistentes a la vigencia del Código Civil y Comercial. Es el imperio del contra derecho. El reino del revés. Se puede decir en este punto: todo cambió para que nada cambiara. Esto dispara nuestra alarma jurídica.

Este tipo de interpretaciones implica comprender por conjuntos inmobiliarios preexistentes no los anteriores a la entrada en vigencia del CCCN, como surge claramente de una sana lectura literal (según sus palabras), sino los anteriores a la adecuación, lo cual es un contrasentido evidente que deja vacío de contenido el segundo párrafo del artículo 2075. Máxime cuando, *a posteriori*, se interpreta que tal adecuación tampoco es obligatoria (otra vez, por no tener procedimiento ni sanción previstos).

1.2. La opción legal por el derecho real de propiedad horizontal especial

En nuestro país, la creación de un nuevo derecho real que encauce y dé marco jurídico a estos novedosos emprendimientos urbanísticos –dentro de un sistema de *numerus clausus* de los derechos reales– implica una forma de regulación y limitación al ejercicio del derecho de propiedad con componentes de racionalidad, que no lo desnaturaliza en su esencia, como puede suceder cuando al amparo de regímenes en los que se les da especial preponderancia a la autonomía de la voluntad, por vía contractual, puede llegarse a extremos tales que importen un verdadero vaciamiento del contenido del derecho de propiedad.

En nuestro sistema inmobiliario registral, cuyos derechos reales se constituyen y transmiten (en los actos entre vivos) sobre las bases del título y modo suficientes, con más el aditamento de la publicidad registral a efectos de su oponibilidad frente a terceros, se ha concebido el registro inmobiliario ideado por la Ley 17801 como una institución que solo resulta eficaz a sus efectos legales si el número de derechos reales es limitado y su contenido fijado por ley. Es por ello que las XI y las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil han reclamado “prudencia” a la hora de incluir nuevos derechos reales a la nómina.³ Conspiran contra el orden público tanto la creación de derechos reales especiales como si fueran autónomos, la creación de derechos reales poco perfilados y la apertura de los tipos legales preformateados a estándares indefinidos desde normas estatutarias. El número cerrado y la tipicidad de los derechos reales son notas derivadas del carácter de orden público de las bases estatutarias de los derechos reales. La permisividad *de facto* de figuras jurídicas diversas a las legalmente establecidas para regir la vida de los CI, tanto de los nuevos como de los preexistentes, igualmente conspira contra el orden público delineado por la conjunción de los artículos 1884, 2075 y concordantes del CCCN.

El nuevo Código vino a satisfacer una fuerte, reiterada y concordante demanda doctrinaria de los especialistas que reclamaba la sanción de una ley nacional que regulara el fenómeno de las propiedades o urbanizaciones especiales, como se llamaba a los barrios privados o cerrados y a este tipo de emprendimientos inmobiliarios;⁴ corriente

3. [N. del E.: ver conclusiones [aquí](#) {p. 6}, y [aquí](#) {p. 13}, respectivamente; fuente: web de las [XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil](#); última consulta: 10/12/2018].

4. Así, para Causse, el mejor régimen para emprendimientos de esta naturaleza era el régimen de propiedad horizontal de la Ley 13512, si bien reconocía que la ley necesita un especial ajuste (o “vuelta de tuerca”, como decía) para su aplicación a nuestro objeto de estudio, lo que se lograría mediante la sanción del proyecto realizado con su participación, que luego se trasvasara al Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1987 y al Proyecto de la Comisión Federal de 1993. Ver CAUSSE, Jorge R., “Proyecto de legislación en trámite. Aplicación de la Ley 13512. Mitos y realidades de los barrios cerrados” [disertación en las II Jornadas sobre Planificación de Urbanizaciones Especiales {Chacras de Coria, 2000}]. Así, se citan los proyectos de reformas que hubo en esta materia –entre otros– elaborados por los Dres. Allende, Alterini, Durañona y Vedia y Chevallier Boutell de 1981; el art. 2617 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987 (vetado por el PEN en 1991); y el proyecto de modificación de la Ley 13512 y el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993 elaborado por la denominada Comisión Federal (con media sanción).

Dentro de los proyectos de legislación nacional proyectada está el que reconoce la posibilidad de encuadrar jurídicamente estos fenómenos inmobiliarios bajo el régimen de propiedad horizontal; otro que crea un derecho real nuevo (sobre la base y con la experiencia de la propiedad horizontal) y otro que se inclina por parcelas de dominio exclusivo con más una entidad titular dominial de las áreas comunes y una figura asociativa que nuclea a todos los propietarios de las parcelas.

A) *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio* (comisión Decreto PEN 685/1995) (conocido como “Proyecto de 1998”): Su art. 1820 introduce dentro de la enumeración de los derechos reales las “propie-

doctrinaria que, con matices y diversas evoluciones, se fue perfilando hacia la regulación de los hoy llamados “conjuntos inmobiliarios” bajo el paraguas regulatorio de la propiedad horizontal, ya sea mediante propuestas de una ley nacional *ad hoc* o mediante la modificación de la Ley 13512 para hacerla plenamente aplicable al nuevo fenómeno urbanístico inexistente en la época de su sanción. Sin embargo, la posición de los proyectistas originarios del CCCN fue la de permitir su regulación no solo mediante el régimen de la propiedad horizontal, sino que también admitía su configuración mediante derechos personales e incluso mediante la combinación de derechos personales con reales. En efecto, el [Anteproyecto de Código Civil y Comercial](#) (2012), en el artículo 2075 *in fine*, luego de ordenar su regulación bajo el régimen de la propiedad horizontal con algunas especificaciones, disponía: “Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales”.

Los autores del Anteproyecto de 2012 siguieron los lineamientos que en materia de “propiedades especiales” presentó el [Proyecto de 1998](#)⁵ en el sentido de permitir su regulación tanto como derecho real (propiedad horizontal) como personal, pero, asimismo, añadieron una tercera posibilidad: la combinación de ambos derechos, sin

dades especiales” (junto con los otros derechos reales tradicionales, la propiedad horizontal y la indisponibilidad voluntaria). El art. 2029 establece para los conjuntos inmobiliarios, clubes de campo, parques industriales, barrios y cementerios privados, centros de compras y entidades similares, que puedan sujetarse al régimen de los derechos personales o de propiedad horizontal. En estos últimos, solo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común. El reglamento de copropiedad y administración puede establecer limitaciones edilicias y de otra índole, instituir una administración con el carácter de mandato irrevocable y facultar al consorcio para adquirir nuevos inmuebles para integrarlos al conjunto inmobiliario como unidades funcionales, o cosas y partes comunes. En este caso quedan modificados de pleno derecho los títulos de todas las unidades, de los que se debe tomar razón en los respectivos asientos registrales. [N. del E.: ver el proyecto [completo](#) aquí; fuente: campus virtual de la [Universidad de Salamanca](#); última consulta: 18/12/2018].

B) *Proyecto de ley de régimen de urbanizaciones privadas especiales* (del diputado nacional Jorge Telmo Pérez; expediente 6865-D-1999, del 15/2/2000): Su idea básica es generalizar la aplicación del llamado “sistema de geodesia” del [Decreto 9404/86](#) de la Provincia de Buenos Aires al ámbito nacional, regulando las urbanizaciones privadas especiales en base a la figura del dominio exclusivo sobre parcelas de dominio independiente, la creación de una entidad jurídica titular de dominio del sector en donde se hallan los bienes comunes y la utilización del derecho real de servidumbre perpetua predial para relacionar ambos sectores, recreativo y residencial.

C) *Proyecto de ley de propiedad residencial* (de los senadores nacionales O’Donell y De la Rosa; expedientes 508-S-2000, del 7/4/2000, y 1607-S-1998, del 9/9/1998): Propone la creación de un nuevo derecho real sobre cosa propia, la “propiedad residencial”, que es “el derecho real que otorga a su titular las facultades de usar, gozar y disponer sobre un inmueble propio constituido de conformidad con lo que establece la presente ley” (art. 1). Este derecho real autónomo presenta una doble inescindibilidad: entro lo privativo (unidades particulares) y lo común (espacios comunes, sector recreativo), y entre miembro (parte integrante del complejo residencial) y dueño (propietario de la unidad particular). “Esta ley será aplicable a aquellas urbanizaciones que reúnan las siguientes características: a) Que una parte esté conformada por lotes o fracciones de terreno con construcciones o sin ellas, destinados a la construcción de viviendas residenciales, que a los efectos de esta ley se identifican como «unidades particulares», las que tendrán independencia funcional y salida indirecta a la vía pública. Esta salida podrá ser directa hacia los cursos de agua navegables. b) Que la parte restante se destine a espacios comunes, pudiendo prever áreas específicas para la práctica de actividades deportivas, recreativas, sociales, culturales y/o de servicios”. Respecto a las relaciones personales, consagra una normativa que deja amplio margen de libertad para la organización de regímenes adecuados a cada emprendimiento y a la autonomía de la voluntad de las partes. También establece reglas sobre la personalidad y capacidad del complejo residencial, representación del mismo para toda clase de actuación, liquidación y cobro de expensas, régimen de responsabilidad subsidiaria y mancomunada de los propietarios por deudas comunes, a condición de posibilitar el derecho de defensa en juicio; ejercicio del poder disciplinario y un mecanismo de adaptación para las urbanizaciones “preexistentes” (sic). [N. del E.: ver textos completos [508-S-2000](#) y del [1607-S-1998](#); fuente: web del [Senado de la Nación](#); última consulta: 18/12/2018].

5. [N. del E.: fuente del hipervínculo: campus virtual de la [Universidad de Salamanca](#); última consulta: 18/12/2018; cfr. nota 4, punto A].

limitar exclusivamente esta mistura a la propiedad horizontal. No obstante, el texto que resultó definitivamente sancionado de este artículo 2075, aprobado por la Ley 26994, difiere sustancialmente de la versión anterior que del mismo artículo hicieron sus autores originarios.

El texto originario fue sufriendo modificaciones. Así, un primer cambio consistió en limitar la regulación exclusivamente al derecho real de propiedad horizontal, con algunas especificaciones cuando se configuraran como derechos reales, aceptando también la utilización de otros derechos reales e incluso personales, siguiendo el pensamiento de De Hoz, que sostenía su opción preferencial por la propiedad horizontal con ciertas especificaciones.⁶ Un cambio ulterior, producto del análisis en la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, limitó su regulación bajo la órbita del derecho real de PHE y añadió el deber de adecuación para los CI preexistentes, que hasta entonces no estaba previsto.

Resulta ilustrativo acudir al tratamiento que sobre este tema hizo la comisión bicameral tras considerar el proyecto de ley PE-57/12,⁷ el que aconsejó su aprobación con las siguientes correcciones (la cita es textual):

140. CONJUNTOS INMOBILIARIOS (artículo 2075)

“Artículo 2075.— Marco legal. **Todos** los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

~~Cuando se configuran derechos reales,~~ **Todos** los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título VI de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

~~Pueden asimismo existir~~ **Los** conjuntos inmobiliarios ~~en los~~ **preexistentes** que se ~~establecen los~~ **hubiesen establecido como** derechos ~~como~~ personales o donde ~~coexisten~~ **coexistan** derechos reales y derechos personales **se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real**”.⁸

Los fundamentos de este cambio radical perpetrado por el asesoramiento de la Comisión Bicameral fueron los siguientes:

La introducción de los conjuntos inmobiliarios dentro del elenco de los derechos reales es una de las novedades del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Los conjuntos inmobiliarios abarcan a los barrios cerrados o privados, clubes de campo, parques industriales, empresariales o náuticos, barrios de chacras, ciudades pueblo o cualquier otro

6. Marcelo de Hoz, colaborador de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, designada por Decreto PEN 191/2011.

7. Por el cual se propuso la aprobación del proyecto de CCCN, remitido al Congreso de la Nación por el PEN mediante el Mensaje N° 884/2012 (7/6/2012). [N. del E.: ver información parlamentaria aquí; fuente: web del Senado; última consulta: 20/12/2018].

8. Ver <http://www.cabb.org.ar/noticias/proye.pdf>, p. 88 [última consulta: 19/12/2018]. Se reproduce aquí el método utilizado por la Comisión Bicameral al elaborar su dictamen, es decir, el procesamiento de textos de Word, con modificaciones destacadas a través de la herramienta “control de cambios”. En el texto fuente, las secciones marcadas con color rojo y testadas indican sugerencia de eliminación; mientras que los textos destacados con negritas y subrayados indican sugerencia de agregado. De este modo se pueden leer –en forma comparativa– las dos versiones de los textos: el propuesto por sus autores y el sugerido por la Comisión Bicameral, que resultó finalmente aprobado como ley.

emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplen usos mixtos.

El marco legal de los conjuntos inmobiliarios, cuando se configuren derechos reales, es el de propiedad horizontal. Sin embargo **el proyecto admite que puedan existir conjuntos inmobiliarios en los que se establezcan los derechos como personales o en los que coexistan derechos reales y derechos personales.**

Ciertamente si bien el propósito del Proyecto es instituir un nuevo derecho real y proveerle de un marco de reglas directas y supletorias claras en aras de garantizar mejor la seguridad jurídica en las relaciones reales implicadas en esta figura, ese objetivo plausible se desnaturaliza en el artículo 2075.

En efecto, el artículo en comentario admite que los conjuntos inmobiliarios puedan constituirse, no ya como derechos reales, sino también como derechos personales.

La fórmula legal no es la mejor opción. Basta imaginarse lo que sería adoptar el mismocriterio, v. gr. para la propiedad horizontal. No parece tener mucha lógica.

Con miras a dotar al instituto de mayor seguridad jurídica resulta que, todo conjunto inmobiliario debería siempre conformarse bajo este nuevo derecho real consagrado en la codificación. Ello es más congruente con el carácter legal y taxativo de esta clase de situaciones subjetivas.

De otro lado, a efectos de someter las situaciones fácticas encuadrables en este instituto a un mismo régimen jurídico, se debe propiciar la adecuación de esas configuraciones “personales” preexistentes, en nuevos derechos reales.⁹

Evidentemente, en el pensamiento de la Comisión Bicameral estuvo presente la idea de limitar la posibilidad de configuración jurídica de los CI exclusivamente al régimen de PHE, por cuestiones de seguridad jurídica y respetando el carácter de *numerus clausus* de los derechos reales. Asimismo, la Comisión Bicameral impuso el deber de adecuación pensando solamente en aquellos CI preexistentes ordenados bajo la órbita de los derechos personales, si bien la redacción finalmente aprobada no parece ser tan clara en esta limitación. Además, aun los configurados como derechos reales contienen en sus reglamentos derechos personales que claman por su adecuación y su oponibilidad *erga omnes*.

Este antecedente que hemos encontrado constituye una pieza de singular relevancia a la hora de analizar la problemática de la adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes, por aquello de que

La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.¹⁰

1.3. Estructura legal de los CI en las propuestas de reformas al CCCN

Desde la reciente sanción del CCCN, vigente desde el 1º de agosto de 2015, ya se conocen dos propuestas para su modificación, en lo concerniente al régimen jurídico de los CI:

9. Ídem, pp. 88-89. En este caso, los resaltados nos pertenecen.

10. Art. 2 CCCN.

A) *El proyecto S-3972/16, presentado ante la Cámara de Senadores:*¹¹

ARTÍCULO 1° — Modifícase el artículo 2075 del libro Cuarto, Título VI, Capítulo I, del Código Civil y Comercial, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 2075. *Marco legal.* Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los Conjuntos Inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Los conjuntos inmobiliarios pueden sujetarse al régimen de los derechos personales, de los derechos reales o de una combinación de derechos reales y personales.

Cuando se configuren como derechos reales pueden organizarse bajo el régimen de la propiedad horizontal, en cuyo caso deberán someterse a la normativa de la propiedad horizontal establecida en el Título V del Libro Cuarto, con las modificaciones establecidas en el Título VI, Capítulo I, del mismo Libro, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial”.

ARTÍCULO 2° — Modifícase el artículo 2077 del Código Civil y Comercial, por el siguiente:

“Artículo 2077. *Cosas y partes privativas.* La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida, a construir o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta”.

Entre los fundamentos de este proyecto, se dice:

El nuevo código adopta un formato jurídico único para los conjuntos inmobiliarios que enuncia el art. 2073, incluso para los preexistentes a su sanción que fueron configurados bajo la órbita de los derechos personales o en coexistencia de éstos con los derechos reales. La solución legal se aparta de la propuesta por el Anteproyecto del Código 2012, que parecía más flexible y adecuado al disponer que podían existir “conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales”.

En igual sentido, el Proyecto de Código Civil Unificado al Código de Comercio de 1998, expresa “pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal” (art. 2029).

Mientras que en el actual ordenamiento no hay otra alternativa más que la propiedad horizontal especial, aun cuando esta regulación se presenta como una excepción al principio de irretroactividad en la aplicación de la ley contenido en el art. 7 del Código Civil y Comercial.¹²

Se destacan de este proyecto los siguientes puntos:

- i. Parece no estar en sintonía con la visión dualista de los derechos (derechos reales y personales) que expresamente ha querido mantener el CCCN, asignándoles a los primeros una preponderancia vital de los caracteres de orden público, y coherente con el carácter limitado, típico y cerrado en número de los derechos reales, en aras a la seguridad jurídica que ellos requieren.
- ii. Las dos reformas que propone se presentan como contradictorias: mientras propone una flexibilización para el régimen jurídico de los CI, permitiendo su regulación

11. Expediente Senado 3972-S-2016, de fecha 6/10/2016; lleva las firmas de Dalmacio E. Mera, Beatriz G. Mirkin y Rodolfo J. Urtubey. [N. del E.: ver más información y trámites parlamentarios [aquí](#); fuente: web del [Senado](#); última consulta: 20/12/2018].

12. [N. del E.: ver proyecto completo y fundamentos [aquí](#); fuente: web del [Senado](#); última consulta: 20/12/2018].

como derechos personales y como reales, y, dentro de estos últimos, bajo cualquiera de ellos (no sólo la propiedad horizontal), por otro lado restringe la aplicación del derecho real de propiedad horizontal cuando se trate de “espacios” susceptibles de aprovechamiento.

B) *El anteproyecto elevado por la comisión designada por el Decreto PEN 182/2018 para la modificación parcial del CCCN:*¹³ Este anteproyecto es más ambicioso que el anterior en la medida en que abarca una reforma más completa del Código, que

... se ha orientado a paliar algunas de esas deficiencias. Hemos procurado, en todo momento, circunscribir las reformas que se proponen a aquellas que nos parecen estrictamente indispensables. Finalidad perseguida: respetar en letra y espíritu la esencia del código civil y comercial y solamente modificar aquellas cuestiones que resultan más importantes para potenciar sus significativas fortalezas y reducir sus debilidades que también existen, como en toda obra humana.¹⁴

Solo se expondrán aquí las reformas propuestas que directamente se relacionan con los CI.

Una de las innovaciones que primeramente llama la atención es la eliminación del consorcio de propiedad horizontal dentro del elenco de personas jurídicas privadas del artículo 148 CCCN, mediante la derogación de su inciso h). El fundamento de esta decisión radica, al decir de sus autores, en que

... a partir de la personificación del consorcio se han elevado voces críticas que han señalado la anomalía que significaría el concurso o quiebra del mismo, las extensas responsabilidades a que se somete a los miembros del consejo de administración, la obligación de llevar contabilidad regular, la carga de cumplir con las reglas de *compliance* y aun los efectos que sobre el mismo tiene la ley que consagró la responsabilidad penal de las personas jurídicas (ley n° 27401).¹⁵

Como consecuencia lógica de la eliminación del consorcio del elenco de las personas jurídicas, se derogan los incisos e), i) y t) del artículo 2056 CCCN y se agrega como tercer párrafo del artículo 2044 el siguiente:

El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye el consorcio. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador. Se rige por el Reglamento de Copropiedad y las disposiciones de este Título.¹⁶

Si bien es cierto que hubieron pocas voces críticas al reconocimiento de la personalidad jurídica del consorcio, sobre todo antes del nuevo Código, también lo es que ha sido una de las innovaciones que menos críticas ha presentado entre los juristas especializados, habiendo sido esta noción aceptada en forma generalizada por las ventajas que igualmen-

13. Que lleva las firmas de Julio César Rivera, Diego Botana y Ramón Pizarro.

14. Según reza la nota dirigida al ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, de fecha 13/9/2018, elevada por la comisión. Ver nota de elevación y el anteproyecto completos en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/legislacion/3875-proyecto-reforma-codigo-civil-y-comercial-y-familia-nota-elevacion-y> (última consulta: 20/12/2018).

15. Ídem, p. 9 del documento pdf.

16. Ídem, p. 64 del documento pdf.

te reporta en el desenvolvimiento de los CI desarrollados como propiedad horizontal, tales como el cobro de las expensas, la capacidad para estar en juicio, la capacidad para ser titular de inmuebles dentro y/o fuera de la misma propiedad horizontal, el régimen de responsabilidad, etc. En cuanto al problema que podría generar la imposibilidad de su quiebra o concurso, se advierte que ello no debe estar necesariamente vinculado a la cuestión de la personalidad o jurídica o falta de ella en el ente falencial, ya que, por ejemplo, el mismo Código ha propuesto en su artículo 1687 una solución para el caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario para hacer frente a sus deudas que, si bien no implica la declaración de concurso ni quiebra, puede tornar aplicables sus reglas en lo que sea pertinente si no estuviera previsto un procedimiento especial de contribuciones por parte de los fiduciantes o de los beneficiarios por contrato. Se advierte, entonces, la falacia del argumento, por cuanto sería cuestión tan simple como prever desde la norma el mecanismo a articular en caso de falencia del consorcio, en lugar de eliminar su personalidad jurídica, que no provoca conflictos, en el estado actual de la doctrina especializada.

En lo que hace al objeto específico de estas líneas, este anteproyecto propone lisa y llanamente derogar el tercer párrafo del artículo 2075 CCCN, referido a la adecuación de los CI preexistentes. El fundamento que esgrime la comisión para ello es muy escueto:

La exigencia de adecuación de los conjuntos inmobiliarios ya existentes a las figuras del CCyC –que no figuraba en el Anteproyecto– es inconstitucional, pues afecta situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia del derecho anterior. Por lo demás en la práctica es imposible de llevarse a cabo por los muy elevados costos que genera.¹⁷

Evidentemente, este anteproyecto ha meritado necesario derogar el tercer párrafo del artículo 2075 CCCN que introdujo el famoso deber de adecuación. Ello implica asentir –y sostener desde la práctica legislativa– que, durante todo el tiempo que esté vigente el CCCN, en la versión originaria de este artículo, el deber de adecuación rige y clama por su cumplimiento a todos los operadores del derecho, quienes en su mayoría se encuentran en una clara situación de infracción a la norma. Las leyes solo se modifican válidamente con otras leyes, y no por su desuetudo, como parecería decir hoy la doctrina mayoritaria, ya que pocas veces se han alzado clamando su derogación inmediata sino antes bien desoyendo sus disposiciones. Si el Anteproyecto propone la derogación del deber de adecuación es porque este existe en el derecho vigente, lo que confirma la postura que se sostiene desde estas páginas. En cuanto al argumento de la imposibilidad práctica para su ejecución, ya ha quedado desvirtuado desde los hechos: el mundo jurídico presenta casos ya efectuados de adecuación de CI preexistentes, a pesar de no existir “procedimiento ni sanción” como se suele escuchar. El tema de las dificultades y costos de estas adecuaciones es cuestión de facilitarlos y allanarlos desde la política tributaria y arancelaria en forma consecuente con la omisión del Estado en legislar sobre esta materia durante tantos años a pesar de su alta demanda social y doctrinaria.

Por lo demás, a pesar de que este anteproyecto incluye reformas el denominado derecho transitorio contenido en el artículo 7 CCCN, no da solución alguna a los casos de CI preexistentes que se hubieran alcanzado a adecuar a PHE durante la vigencia del

17. Ídem, pp. 65-66 del documento pdf.

tercer párrafo del art. 2075 CCCN, cuyos consorcios hubieran nacido al amparo del artículo 148 inciso h) que propone eliminar.

1.4. La publicidad de los conjuntos inmobiliarios

Sabido es que, a tenor del artículo 1893 CCCN, los derechos reales requieren una publicidad suficiente para ser oponibles a terceros interesados y de buena fe, que se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso, y que nuestros registros inmobiliarios son del tipo declarativo, por lo que el derecho nace fuera del registro, sirviendo este a su publicidad y oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe. A su vez, cada uno de estos aspectos de los CI, señalados en el marco legal descripto en el apartado 1.1 precedente, además de tener un preciso ámbito de competencia normativa, presenta –o debería exhibir– un específico mecanismo de **publicidad**, por cuanto se trata de derechos reales, oponibles *erga omnes*.

A) Los **aspectos estructurales**, establecidos por la ley de fondo, se publicitan mediante su inscripción en los registros inmobiliarios competentes, los que dan a conocer las características de determinación del/de los inmuebles, la calidad de la PHE a la que están sometidos, detalles del título de afectación, sus titulares, las unidades funcionales que componen el conjunto inmobiliario con sus respectivas especificaciones de partes privativas (superficie, destino, porcentaje de participación en el conjunto, nomenclatura catastral, etc.) y comunes (superficies, destinos, etc.), el consorcio que los agrupa y la nota de su inscripción de su reglamento (su administrador, régimen de administración, asambleas, expensas, rúbrica de libros del consorcio, etc.).

B) Los **aspectos reglamentarios**, disciplinados en los reglamentos de PHE, son objeto de publicidad cartular además de registral de modo reflejo. Esta publicidad cartular está exigida tanto para el reglamento de afectación y subdivisión en propiedad horizontal especial como para los actos traslativos de estos derechos. La forma legalmente impuesta para estos reglamentos es la escritura pública. En efecto, el artículo 2038 CCCN, aplicable por remisión expresa del artículo 2075, dispone: “A los fines de la división jurídica del edificio [del conjunto inmobiliario], el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad horizontal, que debe inscribirse en el registro inmobiliario”. A su vez, el artículo 2080 establece: “Dicho reglamento se considera parte integrante de los títulos de propiedad que se otorgan sobre unidades funcionales que componen el conjunto inmobiliario y se presume conocido por todo propietario sin admitir prueba en contrario”. Y también: “Toda limitación o restricción establecida en el reglamento deber ser transcripta en las escrituras traslativas del derecho real de propiedad horizontal especial”.

C) Los **aspectos urbanísticos**, establecidos por las normas administrativas locales, gozan de la publicidad que les reporta su acceso al registro catastral de la jurisdicción que corresponda al inmueble mediante la determinación y constitución de sus estados parcelarios y su posterior verificación de subsistencia de los mismos. Además, en legajos y

expedientes catastrales quedan asentadas las instrucciones impartidas por los municipios para su aprobación, como factibilidades, obras comprometidas, zonificación, localización, certificados finales de obras de infraestructura y prestación de servicios, espacios de equipamientos afectados, etc.

D) Los **CI preexistentes**, a quienes la ley de fondo les impone su deber de adecuación a la normativa de la propiedad horizontal especial, que se hubieren constituido –antes de la vigencia del Código– mediante formatos jurídicos diversos a la propiedad horizontal deberían exhibir también algún mecanismo de publicidad idóneo que diera a conocer la característica determinante de estos inmuebles de pertenecer a un CI, más allá de la publicidad cartular que algunos de ellos puedan presentar, sea por escritura pública o instrumento privado, como sucede en muchos casos, para hacer oponibles a terceros interesados de buena fe tales circunstancias determinantes y facilitar la adecuación operativa o funcional. A ello apuntan las declaraciones y exhortaciones de jornadas de especialistas que exhortan a implementar para ellos algún mecanismo de publicidad idóneo para la seguridad del tráfico jurídico. Como vimos, el agregado de la Comisión Bicameral referido a la adecuación estaba dirigido principalmente a los CI preexistentes configurados como derechos personales, ya que, por el carácter relativo de los mismos, carecen de toda oponibilidad frente a terceros cuando no tienen publicidad suficiente. Dentro de esta corriente se enrolan quienes entendemos la adecuación legalmente impuesta como la apertura de los registros de estos CI preexistentes y el acceso a los registros de estos vía intervención notarial (o judicial, en su defecto).

1.5. La adecuación a propiedad horizontal especial de los conjuntos inmobiliarios preexistentes

Los **CI preexistentes** no configurados visionariamente como PH, anticipándose jurídicamente al instituto que resultó luego legalmente indicado para estos fenómenos inmobiliarios, **deben adecuarse a PHE**, a tenor del artículo 2075, tercer párrafo, del CCCN. En algunas demarcaciones del país, como es el tan comentado caso de la Provincia de Mendoza,¹⁸ este mandato legal abarca todo el universo de CI preexistentes, ya que, haciendo un interpretación estrecha de la Ley 13512, prohibieron su aplicación para la configuración de barrios privados, cerrados, clubes de campo y demás figuras afines, en base a la exigencia de la Ley 13512 de la existencia actual del edificio y del carácter común del terreno. Estos obstáculos fueron sorteados –incluso desde las normas locales de muchas jurisdicciones del país y desde las decisiones jurisprudenciales correctoras de la anomia legal– haciendo interpretaciones prácticas y finalistas de la misma Ley 13512 y de sus reglamentaciones.

Este instituto de la adecuación no es una creación “de la nada” del CCCN. En efecto, dentro de los proyectos legislativos de corte nacional antecedentes en esta materia, se destaca uno de los más recientes, el proyecto legislativo 112-S-2007, llamado “Ley de

18. Decreto Provincia de Mendoza 1300/1972.

Propiedad Urbana Especial”,¹⁹ que establecía un derecho real autónomo, similar en sus caracteres a la propiedad horizontal,²⁰ y que preveía que los clubes y barrios cerrados existentes, podían adaptarse a lo normado por la misma, sin perjuicio de que se reconocían los derechos ya adquiridos por los propietarios.

Este mandato legal de adecuar implica algo más que la mera adecuación operativa o funcional que se ha sugerido,²¹ ya que ella sería predicable aun sin texto legal expreso que la ordenara por la sola circunstancia de tratarse de derechos reales de estructura legal, de orden público (art. 1884 CCCN), y lo preceptuado por el artículo 7 CCCN sobre eficacia temporal de las leyes: “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las **consecuencias** de las relaciones y situaciones jurídicas”. Este *opus* positivo exigido por el artículo 2075 CCCN –y exigible– debe instrumentarse válidamente bajo la forma idónea e inscribirse en los registros inmobiliarios pertinentes a efectos de su oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe (arts. 1892-1893 CCCN).

Coincidimos con Guardiola y Urbaneja cuando sostienen que

La falta de adecuación no impide la inmediata aplicación a los emprendimientos preexistentes (artículo 7) de las normas atinentes al derecho de preferencia, las “restricciones al dominio”, las limitaciones a la enajenación, el limitado régimen de admisión y el poder disciplinario.²²

Hasta aquí, se trata de una mera adecuación operativa o funcional, consecuencia directa del carácter de orden público de los derechos reales. Pero ello no exime a los responsables (propietarios, administradores, notarios, funcionarios públicos) de realizar algún acto adecuatorio mínimo –como ordena el artículo 2075 en su tercer párrafo– tendiente a asimilarlos al molde jurídico de la PHE. Este acto adecuatorio, por mínimo que sea,

19. Expediente Senado 112-S-2007, de fecha 5/3/2007; presentado por la senadora Hilda González de Duhalde. [N. del E.: ver información parlamentaria, proyecto completo y fundamentos [aquí](#); fuente: web del [Senado](#); última consulta: 20/12/2018].

20. Conforme a este proyecto legislativo, la unidad funcional particular consistía en un área de terreno delimitada por su destino. La misma poseía, con carácter inescindible, la copropiedad de indivisión forzosa y perpetua sobre las superficies, cosas y lugares comunes del inmueble al que pertenecía y sobre todas aquellas que determine el reglamento de copropiedad. Dicho derecho real especial se constituiría por escritura pública, de acuerdo a un plano, con cumplimiento de todas las reglamentaciones urbanísticas locales y se inscribiría en el Registro de la Propiedad inmueble. Además, describía los clubes de campo y los barrios cerrados, establecía sus elementos característicos y definía las partes que lo integraban. Por otra parte, creaba una persona jurídica con nombre y patrimonio propios, con carácter representativo y facultades para adquirir bienes inmuebles, exigir el pago de las expensas y ejecutar el cobro de las mismas. Esto pondría fin a las objeciones de las que era objeto el consorcio de copropietarios. A su vez, e propugnaba el otorgamiento de un reglamento urbanístico y establecía que los copropietarios debían soportar el pago de las expensas en forma proporcional a la superficie del terreno de la unidad de la que eran titulares, con independencia de las construcciones existentes o de las que se produzcan con posterioridad. Preveía el funcionamiento de los órganos de administración y determinaba sus facultades. Planteaba un régimen disciplinario que contemplaba el apercibimiento, la sanción pecuniaria, la suspensión y la cesantía parcial y definitiva. Instauraba la resolución de conflictos mediante la mediación y la conciliación y un sistema de apelación ante la asamblea de copropietarios y ante la justicia ordinaria (BERUTE, Elisa G. y otros, “Con o sin ley. Formas modernas de propiedad inmobiliaria”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 963, 2009, p. 773. [N. del E.: ver [aquí](#)]).

21. NEGRONI, María L. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 4/5/2016 (t. 2016-C, cita online AR/DOC/976/2016).

22. GUARDIOLA, Juan J. y URBANEJA, Marcelo E., “La propiedad horizontal especial en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 14304, 8/11/2017 (t. 275).

debe abrirles las puertas a los registros inmobiliarios a los reglamentos de aquellos CI preexistentes, de forma tal de dotarlos de oponibilidad *erga omnes*, al menos a la circunstancia determinante del inmueble de pertenecer a un “X” CI preexistente. Además, y en la medida en que sea posible, esta adecuación debe contener la “traducción” notarial y con reflejo registral del nombre jurídico, a efectos de acomodar y trasvasar los antiguos modelos a los nuevos paradigmas regulatorios legalmente previstos para los CI: la propiedad horizontal especial. Propiciamos desde aquí que esta labor de traducción sea practicada preferiblemente en sede notarial, dada la especial experticia de los notarios en esta materia. Justamente, es la intención de la adecuación consolidar las situaciones anteriores y dotarlas de una trazabilidad equiparable a la propiedad horizontal y no tachar sus títulos con observaciones.

Desde aquí, sugerimos que el artículo 2075 impone el deber de adecuación con efecto *ex nunc* (desde la entrada en vigencia del CCCN y hacia el futuro). Pero, vaya paradoja, utiliza un verbo que nos lleva irremediamente a una situación pasada, con la finalidad de corregirla, adaptarla a la situación presente. No es que el deber de adecuación tenga efectos *ex tunc* o retroactivos; el artículo 2075 no retrotrae la situación jurídica de los CI al estado anterior a su constitución exigiendo su configuración bajo los actuales paradigmas, que sería la sanción predicable desde la dogmática jurídica como sanción por haber creado derechos inexistentes. Si así fuera, dejaría sin valor alguno los CI preexistentes no configurados como PH. Lejos de ello, el artículo 2075 CCCN les reconoce eficacia jurídica a aquellos “viejos” barrios privados o cerrados o clubes de campo; consolida tales adquisiciones patrimoniales en cabeza de sus titulares, imponiéndoles solamente la carga de cumplir con este deber de adecuación al marco normativo actual.

La interpretación que propiciamos está más próxima a la que en el derecho inglés se domina con efectos *nunc pro tunc*, en el sentido de tratarse de una decisión legislativa que se aplica de manera retroactiva para corregir una decisión previa (de omisión legislativa, que provocó una verdadera “laguna” en muchas jurisdicciones del país, como en Mendoza) que reconoce aquellos derechos nacidos bajo aquellos regímenes extraños al derecho, pero les impone el tener que adaptarse a la nueva plantilla jurídica. Esto es, donde decía: dominio sobre el lote + % en un condominio de indivisión forzosa sobre partes comunes = debe decir: (o se traduce por:) “unidad funcional” (que implica una superficie propia y un % de participación en superficies comunes).

En la gran mayoría de los casos, si al adecuar no se modifican normas estatutarias ni partes relevantes de los reglamentos previos, esta adecuación solo conlleva un cambio en el *nomen iuris*, en el nombre jurídico de los derechos –jamás en los derechos sustanciales–, los que, desde el punto de vista del derecho de propiedad, tal como lo interpreta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no se ven afectados bajo ningún aspecto. Si ello es así, la adecuación no consiste en un acto de disposición sino en un acto conservatorio o de cumplimiento de la ley, que –como tal– no exige en forma inexorable el consentimiento de todos los sujetos involucrados expresamente manifestado. Por otra parte, la adecuación que sugerimos también implica la labor de viabilizar el acceso a los registros inmobiliarios de los reglamentos otorgados en el marco de los derechos personales (o reales pero sin publicidad suficiente) de modo tal de dotarlos de oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe y de regularizar con esta inscripción la perso-

nería jurídica idónea de los consorcios de propietarios que posibilitan su mantenimiento en el tiempo y la rúbrica de sus libros sociales.

Hasta aquí, se trataría de una adecuación. Si se quisiera avanzar más allá de una simple “traducción”, ya no sería una adecuación sino una re-afectación o un sometimiento a PHE, o una reconstitución de los derechos, imposibles de realizar en sede notarial –ni judicial– sin una manifestación de voluntad de los sujetos involucrados. Si se quisiera aprovechar el momento de la adecuación para introducir otras reformas a los reglamentos, ellas requerirán las mayorías exigidas por el CCCN y por los mismos reglamentos.

La casuística es infinita. Para abarcar a todo este universo están preparados por función y oficio los notarios.

1.6. Ventajas de la adecuación

El deber de adecuación de los CI preexistentes es de estructura legal y operativo (arts. 1184, 1, 2, 7 CCCN). Además, resulta conveniente por las **ventajas prácticas** que reporta el nuevo régimen de PHE frente a los regímenes alternativos. Dentro de estas ventajas prácticas, podemos señalar las siguientes:

- a) La configuración del consorcio con personería jurídica adecuada como persona jurídica privada (art. 148 CCCN), inscripción y rúbrica de libros sociales ante los registros inmobiliarios.
- b) Acceso de los reglamentos al registro inmobiliario.
- c) Régimen de responsabilidad de los miembros de la persona jurídica en caso de insolvencia: en las simples asociaciones (tipo muy común entre los CI preexistentes no configurados como PH ni bajo la forma de una sociedad anónima), el administrador y todo miembro que las administra de hecho es solidariamente responsable, siendo sus bienes personales susceptibles de ser afectados después de haber satisfecho a sus acreedores individuales (art. 191 CCCN). En cambio, esto no sucede con el consorcio de PHE, el que asumirá todas sus deudas mediante la vía de las expensas comunes, ya sea ordinarias o extraordinarias, y los consorcistas estarán obligados a su pago (arts. 2048-2050, 2065 y 2067 CCCN).
- d) Simplificación de estudios de títulos con remisión a un régimen claro y cognoscible de regulación (propiedad horizontal especial), que descarta posibles limitaciones a la propiedad sin publicidad suficiente.
- e) Simplificación de futuras descripciones de inmuebles ya que los callejones comuneros pasan a integrar las superficies comunes.
- f) Certeza sobre el carácter privilegiado y de título ejecutivo del crédito por expensas comunes.
- g) Facilitación y disminución de costos de los empadronamientos ante los múltiples organismos públicos involucrados (certificados catastrales, municipales, Irrigación, vialidad, servicios de agua, energía, etc.).
- h) Transparencia y cognoscibilidad de los regímenes de administración, disciplinario, construcciones, convivencia, invitados, etc.
- i) Seguridad jurídica y previsibilidad de las decisiones ante la resolución de conflictos en sede judicial.

- j) Seguridad en el sistema de atribución de responsabilidades al consorcio, al administrador y a los copropietarios.
- k) La seguridad jurídica que implica el cumplimiento de la ley (art. 2075 CCCN), que evita dilaciones en procesos judiciales, tramitaciones bancarias, impositivas, de seguros, laborales, etc.

Además de tratarse de normas de orden público, la estructura de PHE del CCCN constituye un estatuto legal que en abstracto se preconstituye como más favorable al consumidor en materia de relaciones de consumo, como lo son la gran mayoría de las propiedades de los CI.

El hecho de que ya existan CI que se han adecuado, sin que exista para ninguno un procedimiento impuesto, es evidencia suficiente de que la adecuación es posible y no requiere inexorablemente un procedimiento especial. Rige aquí el principio de libertad de formas, al no haber una forma legalmente impuesta, más que la necesidad de que tal otorgamiento se haga por escritura pública cuando se trata de actos accesorios de otros otorgados mediante esta forma legal y porque se trata de un otorgamiento que modifica derechos reales (art. 1017 inc. a) y c) CCCN).

Es conveniente instar a la adecuación voluntaria, preventiva de daños y litigios (art. 1710 CCCN) en sede extrajudicial, en la medida de lo posible, velando por el ejercicio de buena fe de los derechos involucrados (art. 9 CCCN), dentro de un marco de buena fe diligencia por parte de sus responsables y de todos los operadores del derecho involucrados, sin abusos de derechos ni de posiciones dominantes (arts. 10 y 11 CCCN), respetando y propendiendo a la vigencia del orden público en materia de derechos reales (art. 1884 CCCN), evitando siempre el fraude a la ley (art. 12 CCCN), de forma tal de lograr la finalidad de seguridad jurídica y unificación del régimen de fondo de la ley (arts. 2, 2075 CCCN), la plena vigencia del CCCN, proveyendo de los remedios o paliativos a las situaciones patológicas preexistentes producidas por la omisión estatal pertinente, consistente en la falta de legislación nacional de fondo y el avance inconstitucional de las legislaciones locales durante muchos años.

Adecuar implica algún quehacer positivo: es hacer algo (no es hacer nada), aunque de menor envergadura que reconstituir y que someter a PHE. Estas últimas alternativas también serían posibles, aunque más dificultosas y no constituyen el único camino válido y exigido para cumplir con la adecuación ordenada por el artículo 2075 CCCN. El Código ha respetado la libertad de procedimientos y de formas con respecto al modo de practicar la adecuación a PHE, siendo los operadores jurídicos quienes deben optar por la vía y forma idóneas, según cada caso particular en concreto, en forma razonablemente fundada (art. 3 CCCN), sin afectar derechos amparados por garantías constitucionales (art. 7 CCCN). Además, cabe sostener que la adecuación también podría ser ordenada en sede judicial, como votamos en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017), donde se esbozaron las dos posturas antagónicas en este tema.²³ Excede los alcances de esta publicación analizar la vinculación entre el instituto de la adecuación y

23. [N. del E.: ver conclusiones de la comisión N° 7 “Derechos reales” > punto V. “Adecuación” > inciso d. “La conversión puede ser convencional o reclamada” {p. 6}; fuente: [web oficial de las Jornadas](#); última consulta: 20/12/2018].

el de la **conversión jurídica**²⁴ (remitimos para ello a nuestro trabajo en preparación que comentamos).

Con acierto, Kiper diferencia entre creación legal y fuente legal de los derechos reales.²⁵ La creación del derecho real siempre es obra de la ley, mientras que la fuente de constitución puede ser otra. El problema de la adecuación se mueve en el terreno de la creación y en el terreno de la fuente. Los CI preexistentes –constituidos cuando aún no había en el derecho argentino ley idónea para crear tales derechos reales– se configuraron en base a fuentes igualmente inapropiadas o ante la falta absoluta de fuente creadora del derecho. La adecuación impuesta por el artículo 2075 intenta solucionar o evitar la sanción de nulidad que merecerían tales creaciones desde la dogmática de los derechos reales, conforme al artículo 1884, para evitar hacer “terrorismo legislativo”, arrojando sobre ellos un manto de piedad mediante el remedio jurídico de la adecuación, íntimamente relacionada con el instituto de la conversión jurídica, fundada en idénticos fines y presunciones.

La circunstancia de que el artículo 2075 hable de *adecuar* y no de *convalidar* –otro instituto distinto previsto por el artículo 1885 CCCN– robustece esta afirmación. Es por ello que en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 2016), entre otras importantes reuniones de especialistas, hubo un pronunciamiento unánime y terminante por la no observabilidad de los títulos de los conjuntos inmobiliarios que no se hubieren adecuado –declaración esta que, desde estas páginas, se suscribe en todos sus términos y con todos sus alcances–:

Los títulos de conjuntos inmobiliarios preexistentes que no se hayan adecuado no son observables por esas circunstancias debiendo considerarse títulos suficientes y aptos para la circulación.²⁶

La circunstancia de que el artículo 1884 CCCN no contenga la disposición final del artículo 2502 del **Código Civil** (“valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiere valer”) no implica que haya desaparecido el instituto de la conversión de este campo de aplicación, sino que ella es una herramienta en manos de los jueces, quienes podrán, ante la instrumentación de un derecho real inexistente, declarar su nulidad sin más o convertirlo en un derecho personal, o incluso en el derecho real más próximo.

Desde los fundamentos del Anteproyecto 2012, surge que no se reglan los efectos de tal conversión, “en tanto según sea el caso, el juzgador indicará si carece de todo valor, si importa un derecho personal, o si deviene en un derecho real próximo”.²⁷ En efecto, la eliminación de la última parte del artículo 2502 del Código Civil (en adelante, “CCIV”) por el actual artículo 1884 CCCN se explica por la crítica que de ella hizo Allende en su tratado sobre la enfiteusis, tomada por Alterini y Gatti, quienes propusieron, *de lege*

24. Ver SAUCEDO, Ricardo J., “Conversión formal”, en Armella, C. N. (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, t. 3, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pp. 183-217.

25. Ver KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, (2ª ed. act.), p. 37.

26. [N. del E.: ver [conclusiones](#) > tema IV “Novedades en el tratamiento de los derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial” > subtema 1 “Conjuntos inmobiliarios” > inciso 4) {p. 31}; fuente: web del CECBA; última consulta: 20/12/2018].

27. [N. del E.: ver los fundamentos del Anteproyecto 2012 completos [aquí](#) {p. 201}].

ferenda, que “la pauta legal podría ser la conversión del derecho real prohibido en el derecho real permitido cuya amplitud de contenido sea más semejante”. Así, enfiteusis o superficies perpetuas nulas como tales podrían convertirse en usufructos vitalicios o por igual lapso.²⁸

Es clara la voluntad del legislador puesta de manifiesto en los fundamentos y en la expresa omisión del último apartado del viejo artículo 2502 CCIV de mantener el instituto de la conversión jurídica, incluso con mayor amplitud, pudiendo incluso los jueces trocar un negocio jurídico creador de un derecho real inexistente en el título idóneo para constituir el derecho real más próximo; esto es, el derecho real más semejante en su estructura, finalidad y contenido que el pretendido derecho frustrado.

A diferencia del Código de Vélez Sarsfield, que no trató la figura de la conversión jurídica con alcances generales, el CCCN sí lo hace, en su artículo 384 (ubicado dentro las “Disposiciones generales” del Capítulo 9 “Ineficacia de los actos jurídicos” del Título IV “Hechos y actos jurídicos”):

Conversión. El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad.

De acuerdo con los fundamentos del Anteproyecto 2012, la configuración de conversión requiere que: a) el acto inválido reúna los requisitos de forma y sustancia de otro acto (requisito objetivo); b) las partes hubieran querido el otro acto de haber previsto la invalidez (requisito subjetivo).²⁹

Es Highton, coautora del anteproyecto luego convertido en Código Civil y Comercial, quien hace la vinculación normativa entre los artículos 1884 y 384, en los siguientes términos:

En el Proyecto no se reglan los efectos de tal creación [de derechos reales inexistentes], en tanto según sea el caso, el juzgador indicará si carece de todo valor, si importa un derecho personal, o si deviene en un derecho real próximo. El Proyecto hace uso de una norma más general, el artículo 384 ubicado dentro de las disposiciones generales sobre ineficacia de los actos jurídicos justamente se refiere a Conversión.³⁰

La subsunción de la adecuación dentro del instituto genérico de la conversión del artículo 384 CCCN podría traer como corolario la aplicación del artículo 1018 CCCN en el sentido de considerar como una obligación de hacer el otorgamiento pendiente del instrumento idóneo omitido, lo que, a su vez, acarrea la posibilidad de ejecución forzosa en sede judicial. En consecuencia, a mérito del artículo 1018 CCCN:

28. Ver CAUSSE, Jorge R., [comentario al art. 1884], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 6, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 648.

29. Ver FALBO, Marcelo M. (y FALBO, Santiago colab.), [comentario al art. 384], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 174-175. [N. del E.: ver los fundamentos del Anteproyecto 2012 completos aquí {p. 54}].

30. HIGHTON DE NOLASCO, Elena I., “Reforma al Código Civil y Comercial. Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. 2012-2 “Proyecto de Código Civil y Comercial - I”, p. 588.

El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento.

El artículo 2038 CCCN ordena la forma de escritura pública para los reglamentos de propiedad horizontal y su inscripción en el registro inmobiliario. Estas imposiciones formales no lo son con carácter solemne sino *ad probationem* y, en consecuencia, su falta de cumplimiento puede ser suplida en sede judicial.

Otros artículos del CCCN podrían conjugarse, dando como resultado interpretación de la viabilidad de la adecuación en sede judicial: 2038, 1907, 392, 7, 2075, 1884, 1907 y 384. El recurso a la adecuación ideada por el artículo 2075 provocaría en los adquirentes de derechos en tales conjuntos inmobiliarios el mantenimiento de los mismos y la consolidación de sus titulaciones, no ya como derivados de su título fuente fracasado por inidóneo, sino por el efecto *saneante* de la misma adecuación establecida *ministerio legis*. He aquí una implicancia notarial del artículo 1896 CCCN, a la que se arriba desde otros artículos del nuevo Código de eminente contenido notarialista (arts. 969, 1017, 1018, 1884) que demuestran que si bien *prima facie* el artículo 1896 CCCN no tendría incidencia en la actividad notarial, sí deviene en la vía de escape para subsanar titulaciones deficientes, acudiendo a la conversión del acto tanto material como formal, en cumplimiento del principio de la conservación del acto, como es justamente el caso de la adecuación *sub examine*.

En definitiva, la subsunción de la adecuación dentro del instituto genérico de la conversión del artículo 384 CCCN –tanto material como formal– lleva como corolario la aplicación del artículo 1018 CCCN en el sentido de considerar como una **obligación de hacer** el otorgamiento pendiente del instrumento idóneo omitido, lo que a su vez **acarreará la posibilidad de ejecución forzosa en sede judicial**, máxime cuando pesa sobre los jueces el deber de resolver los casos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3 CCCN). Dentro de estas amplias facultades judiciales cabría la posibilidad de hacer valer las anteriores configuraciones de CI como el derecho real más próximo (propiedad horizontal) o como derechos personales donde las partes se han obligado constituir el derecho real que corresponde mediante los actos idóneos conducentes para ello, que integrarán el título suficiente de sus derechos.

1.7. La adecuación. ¿Nueva incumbencia notarial?

Los notarios podrían ser los agentes jurídicos apropiados para instrumentar estas adecuaciones, por sus naturales incumbencias y competencias profesionales y funcionales, con compromiso social y como colaboradores del Estado, conforme a las leyes locales de organización de los notariados y los registros inmobiliarios. Los notarios deben velar en estos procesos y actos de adecuación en que intervengan por proteger los bienes jurídicos tutelados: los derechos amparados por garantías constitucionales, como lo son –en particular– el derecho de propiedad (en el sentido amplio del término) y el derecho de defensa.

El deber de adecuación incide de manera diferente según cuál sea el molde previo adoptado por cada CI preexistente en particular conforme a una casuística inagotable. Creemos que no se puede establecer en forma genérica el régimen de mayorías o unanimidades necesarias, ya que ello depende de las especiales circunstancias de cada caso y ello es materia de exclusivo resorte notarial, debidamente fundado, siempre con la precaución de no vulnerar garantías constitucionales. No se le pueden imponer a los procedimientos de adecuación más exigencias de fondo que las impuestas por el CCCN, que no contiene ninguna; los notarios deben cumplir su labor de adecuación conforme a criterios de prudencia notarial, en pos de la justicia y equidad en cada caso.

Cause, en su comentario al caso del Club del Campo San Diego S. A., al cual le sería predicable la adecuación, sostiene:

Para llevar a cabo la referida adecuación será necesario contar con una decisión unánime, en virtud de sus efectos sobre derechos subjetivos patrimoniales de cada uno de los socios-accionistas en relación con las parcelas de las que son propietarios. La adecuación que se pretenda, voluntaria para nosotros, implicará transformar las parcelas graficadas en los planos de subdivisión que fueron citados, en las unidades de aprovechamiento independiente que surgirán del plano de subdivisión en propiedad horizontal.³¹

Cabe apuntar que tal decisión unánime –llegado el caso de considerarla necesaria si comprometiera derechos patrimoniales de todos los involucrados– no debería ser de la asamblea de socios de la sociedad anónima, por cuanto no es ella la titular dominial de los inmuebles comprometidos en la adecuación. Antes bien, acotamos, debería tal adecuación estar otorgada, siguiendo su razonamiento, por la totalidad de los propietarios de las parcelas o lotes integrantes del club de campo, entre ellos también la sociedad (por su representante debidamente facultado) si ella titularizara algún sector del emprendimiento, ya sea parte privativa o común. El punto está en determinar si con la adecuación a otorgar se afectan o no derechos amparados por garantías constitucionales. Aquí radica la importancia del estudio de los antecedentes que realice el notario y el procedimiento que éste implemente como conducente a la adecuación. Los dos valores constitucionales que no deberían verse comprometidos son, reiteramos: el derecho de propiedad en sentido patrimonial, es decir en términos económicos –más allá del *nomen iuris*– y el derecho de defensa.

A efectos de garantizar el ejercicio del derecho de defensa, el notario debería articular –y poder acreditar– un procedimiento con fines de adecuación que asegure el conocimiento y la máxima participación de los sujetos involucrados. Al respecto, sirven de pautas orientativas algunos artículos del CCCN que son de aplicación operativa o funcional en esta materia. Así: el artículo 2059, sobre convocatoria y quórum de las asambleas de propiedad horizontal, que delinea un procedimiento analogable; el artículo 2061, que requiere la conformidad expresa del titular para decisiones de las asambleas de propiedad horizontal para asuntos que impliquen “supresión o limitación de derechos acordados a unidades funcionales” pero no para cuestiones de funcionamiento cotidiano y que permite proponer decisiones comunicadas en forma fehaciente, las que se consi-

31. CAUSSE, Jorge R., “Los marcos normativos de ciertas urbanizaciones privadas”, en *La Ley*, Buenos Aires, 7/8/2018 (t. 2018-D, cita online AR/DOC/1571/2018).

derarán aprobadas a los quince días de notificadas, excepto que estos se opongan antes por igual medio; la caducidad a los treinta días del derecho de promover acción judicial de nulidad de la decisión tomada; el artículo 2063, sobre asambleas judiciales. Estos artículos merecen ser ponderados para su utilización en forma análoga en sede notarial, a efectos de legitimar la actuación de los otorgantes de un título de adecuación.

El notario, como profesional del derecho encargado –por delegación del Estado– de cumplir no solamente una labor fedataria sino una también eminentemente jurídica, en el sentido de operar con la justicia del caso concreto –o equidad–, y preventiva de litigios, debe estar a la altura de las circunstancias para coadyuvar a los CI en el logro de la seguridad jurídica que requieren todos los sujetos que se vinculan a ellos. La virtud que les toca encarnar a los notarios de hoy en relación a este quehacer funcional que constituye su intervención en la vida de los CI es la prudencia, que por su especificidad derivada del sujeto que la practica se ha llamado “prudencia notarial”. La doctrina realista de la prudencia aparece como una síntesis de la razón y de la voluntad, de valoraciones y de lógica, de principios universales y de circunstancias singulares.

Así como, años atrás, ante la ausencia de normas nacionales que comprendieran el fenómeno de los barrios cerrados, privados o clubes de campo, los notarios fueron muy creativos operando con las normas jurídicas de que disponían, demostrando estar a la altura de aquellas circunstancias, ideando los marcos jurídicos e ingenierías regulatorias de los mismos –sin merecer mayores críticas ni planteos judiciales pese a la falta de ley de fondo apropiada–, hoy se espera de ellos la misma creatividad, responsabilidad, conocimientos jurídicos, compromiso social y sensibilidad ciudadana para proponer e instrumentar soluciones adecuatorias que instauren seguridad jurídica definitiva a los CI preexistentes, faciliten el conocimiento por parte de los terceros de los reglamentos que rigen la vida de tales conjuntos, identifiquen los CI preexistentes de modo de asegurar la clamada adecuación operativa o funcional y cierren el paso a posibles planteos que intenten sacar ventajas de la situación. Como con lucidez ha dicho declarado el II Congreso Internacional del Notariado (Madrid, 1950):

Los notarios son los profesionales del derecho más próximos a la vida por su situación en el punto de confluencia de las leyes y de los hombres. Esta situación les impone ser un elemento vivificante en la sociedad; en sus relaciones con quienes depositan en ellos su confianza, deben humanizar las normas jurídicas y adaptar la contratación a las necesidades de los particulares.

El deber de adecuación involucra a todos los operadores del derecho vinculados con los CI. El deber de adecuación del tercer párrafo del artículo 2075 está dirigido a todos los operadores de derecho involucrados: notarios, catastros, registros, municipios, cajas previsionales, administraciones tributarias, jueces, etc., quienes deberán propender a la facilitación de estos procedimientos mediante políticas tributarias afines con la finalidad de seguridad jurídica del Código.

Cabe exhortar a todos los poderes públicos y funcionarios involucrados en los procedimientos de adecuación a quienes va dirigido este imperativo legal impuesto por el artículo 2075 CCCN (organismos y administraciones locales, notariado en general, y sus organizaciones conexas, como Cajas previsionales, colegios notariales, Registros, Catastros, Municipios, etc.) al establecimiento de todas las facilidades derivadas de una

política de Estado que tienda a remediar la inseguridad jurídica provocada por su omisión legislativa, flexibilizando y eliminando de costos y recaudos administrativos, de modo tal de fomentar las adecuaciones voluntariamente asumidas con el fin de prevenir mayores daños. En este sentido, las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017) concluyeron por amplia mayoría:

Se exhorta a los organismos municipales, provinciales y nacionales a eximir tributariamente y facilitar los actos necesarios para convertir a los conjuntos inmobiliarios preexistentes al derecho de propiedad horizontal especial.³²

Con esta misma sintonía de facilitar los procedimientos de adecuación, hemos sostenido y fundado que no son necesarias ni exigibles a efectos de las adecuaciones –tanto en sede notarial como judicial y registral– las constancias de las conformidades de los acreedores preexistentes (hipotecarios ni embargantes) que gravan las parcelas involucradas en las adecuaciones; así como tampoco las de los usufructuarios ni usuarios de los lotes como tales, todos ellos anteriores a la adecuación, para el otorgamiento ni para la inscripción registral con plenos efectos de los títulos de adecuación.³³

2. Propuestas

2.1. *De lege lata*

Los CI que se constituyan *ex novo* luego de la sanción del CCCN deberían conformarse, a efectos de la plena validez de sus títulos adquisitivos, en base al régimen de propiedad horizontal especialmente establecido para ellos por el Código. Paralelamente, no debería consentirse –en sede catastral de cualquier nivel, notarial ni registral– la adopción para ellos de ropajes jurídicos diversos al legalmente ordenado.

No resulta coherente con todo el ordenamiento jurídico ni con elementales normas de la lógica y el lenguaje concebir a los conjuntos inmobiliarios preexistentes como los previos a la adecuación, en lugar de referirse con estos términos a los nacidos con anterioridad a la vigencia del nuevo Código. No es conforme al derecho vigente constituir un nuevo conjunto inmobiliario, con posterioridad al 1º de agosto de 2015, en base a derechos distintos a la PHE. No obstante, cabe contemplar aquellos casos excepcionales de CI cuyos trámites de conformación se iniciaron antes de la entrada en vigencia del CCCN, en base a instrucciones y recaudos de la anterior normativa vigente, por lo que podrían argüir a su favor derechos constitucionalmente protegidos.

32. Kiper, Cossari N., Corna, Puerta, Franchini, Vázquez, Guardiola, Alterini I., De Rosa C., Pepe, Bitar, Stachiotti, Alterini, J. H., Abreut, Boqué, Bressan, Cossari, L. Daguerre, Dallaglio, De Rosa, D., Fernández Hilda, Garay, Urbaneja, Linares, Lloyd, Luna, Massiccioni, Farina Nadalina, Navarro de Zavalia, Noriega, Palomanes, Politis, Pujol, Ruiz de Erenchun, Zuvilivia, Pérez, Pedro, Chaves, Abella. En contra: Franchini, Stachiotti, Bitar. Abstención: De Rosa D. [N. del E.: ver conclusiones de la [comisión N° 7 “Derechos reales”](#) > punto V. “Adecuación” > inciso g. {p. 7}; fuente: [web oficial de las Jornadas](#); última consulta: 20/12/2018].

33. Ver LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, “Adecuación de los conjuntos inmobiliarios”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 29/6/2017 (t. 2017-D) y en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, *La Ley*, agosto 2017; cita online: AR/DOC/1086/2017. [N. del E.: ver BRESSAN, Pablo E. y LINARES, Martha, “Una interpretación jurídica del concepto de conjuntos inmobiliarios” {online}, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 926, 2016].

En la Provincia de Mendoza, como en otras jurisdicciones con problemática afín caracterizada por la ausencia de normas que acogieran el fenómeno de las urbanizaciones especiales, no caben dudas de que los CI preexistentes se deben adecuar al régimen de la PHE, con los alcances y significados que aquí se proponen al instituto de la adecuación; siendo esta labor técnica guiada por los principios rectores de la prudencia notarial, de estricta calificación y responsabilidad profesional notarial, e incluso exigible en sede judicial ante el fracaso de la adecuación voluntariamente asumida.

Entendemos la adecuación exigida por el artículo 2075 CCCN como una traducción, en términos jurídicos, de la misma realidad patrimonial subyacente; como una traducción del *nomen iuris*; como un cambio de ropaje jurídico que no conlleve variaciones patrimoniales ni económicas que puedan afectar el derecho de propiedad constitucionalmente protegido. Si se avanzara más allá de este límite, no se estaría ante una adecuación sino ante otros institutos tales como la reconstitución, la afectación a PHE, la convalidación, la reafectación, etc. Estas adecuaciones consisten en el otorgamiento de un título jurídico válido de adecuación instrumentado en forma idónea y con acceso registral que –mínimamente– le generan a los CI preexistentes la dotación de las notas tipificantes de ellos de que adolecen, según el caso de que se trate. Las legitimaciones para el otorgamiento de los títulos de adecuación es materia de competencia estricta y exclusivamente notarial, razonablemente fundada, con el límite de no vulnerar derechos amparados por garantías constitucionales, como lo es la propiedad y el derecho de defensa.

La casuística en materia de adecuación es infinita. No se puede exigir con antelación recaudos o exigencias, mayorías o unanimidades que la norma no repara; siendo esta labor de calificación netamente notarial.

Entendemos que la adecuación, mínimamente, consistiría en brindar “publicidad” a los reglamentos de los CI preexistentes que no la tienen, mediante su acceso a los registros inmobiliarios, ya sea como dato de especificación de los inmuebles en cumplimiento del artículo 12 de la *Ley Registral Inmobiliaria* y/o mediante su vinculación a la publicidad cartular otorgada mediante escritura pública debidamente inscripta. Hecha de esta manera, la adecuación impacta en la regularización de una persona jurídica de derecho privado idónea para garantizar la perpetuidad que el derecho de propiedad horizontal requiere. Distinto es el caso de los CI preexistentes emplazados en otras jurisdicciones que permitieron su constitución antes de la vigencia del CCCN, al abrigo de normativa local que guarda coherencia ideológica y operativa con la que hoy surge de los artículos 2073, 2075, 2079 y 2080 del Código, como es el caso de la Provincia de Buenos Aires y otras demarcaciones que siguieron su normativa. Eventualmente, encuentran hoy en día algún atisbo de razonabilidad para continuar con sus anteriores regulaciones, en la medida en que se compatibilicen con las actuales normas imperativas.

Es de esperar la vigencia efectiva del derecho; no es esperable en este tema que “todo haya cambiado para que todo siga igual”. Al menos, tal interpretación o reino de los hechos no es estrictamente jurídica.

2.2. *De lege ferenda*

En caso de persuadirnos de la inconveniencia, inoportunidad o falta de racionalidad de lo normado por el tercer párrafo del artículo 2075 CCCN, se deberá propender a su

modificación, ya sea introduciendo un procedimiento de adecuación *ad hoc* o mediante su simple derogación. Mientras ello no suceda, entendemos que estamos ante derecho vigente y, por tanto, exigible y vinculante, aun en sede judicial. Como se ha dicho,

... “es el legislador el encargado de percibir cuándo la norma deja de ser exigible por desuetudo, o cuándo excede el ámbito para el que fue creada, y a partir de ello elaborarla o modificarla para que [...] cumpla con el fin previsto”.³⁴

Lo que es inconcebible en un Estado de derecho es validar jurídicamente el desconocimiento o ignorancia de las leyes, la imposición *de facto* de la norma.

3. Bibliografía

- ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- ALEGRÍA, Héctor y otros [comisión Decreto PEN 685/1995], *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998.
- AA.VV., [conclusiones de las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Buenos Aires, 1987}].
- [conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Córdoba, 2009}].
- [conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil {La Plata, 2017}].
- [conclusiones de la XXXII Jornada Notarial Argentina {Buenos Aires, 2016}].
- BERUTE, Elisa G. y otros, “Con o sin ley. Formas modernas de propiedad inmobiliaria”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 963, 2009.
- BRESSAN, Pablo E. y LINARES, Martha, “Una interpretación jurídica del concepto de conjuntos inmobiliarios” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 926, 2016.
- CAUSSE, Jorge R., [comentario al art. 1884], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 6, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- “Conjuntos inmobiliarios preexistentes. Acotaciones al deber de adecuar”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 24/10/2017 (t. 2017-E, cita online AR/DOC/2737/2017)
- “Los marcos normativos de ciertas urbanizaciones privadas”, en *La Ley*, Buenos Aires, 7/8/2018 (t. 2018-D, cita online AR/DOC/1571/2018).
- “Proyecto de legislación en trámite. Aplicación de la Ley 13512. Mitos y realidades de los barrios cerrados” [disertación en las II Jornadas sobre Planificación de Urbanizaciones Especiales {Chacras de Coria, 2000}].
- DE LA ROSA, Carlos L. y otros, [proyecto de ley de propiedad residencial; expedientes 1607-S-1998 y 508-S-2000], Buenos Aires, Cámara de Senadores de la Nación, 9/9/1998, 7/4/2000.
- FALBO, Marcelo M. (y Falbo, Santiago colab.), [comentario al art. 384], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- FERNÁNDEZ DE KIRCHNER, Cristina y otros, [Mensaje PEN 884/2012 al Honorable Congreso de la Nación; expediente 57-PE-2012], Buenos Aires, Cámara de Senadores de la Nación, 7/6/2012.
- GONZÁLEZ DE DUHALDE, Hilda, [proyecto de ley; expediente 112-S-2007], Buenos Aires, Cámara de Senadores de la Nación, 5/3/2007.
- GUARDIOLA, Juan J. y URBANEJA, Marcelo E., “La propiedad horizontal especial en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 14304, 8/11/2017 (t. 275).
- HIGHTON DE NOLASCO, Elena I., “Reforma al Código Civil y Comercial. Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. 2012-2 “Proyecto de Código Civil y Comercial - I”.

34. BERUTE, Elisa G. y otros, ob. cit. (cfr. nota 20), pp. 750-751 (donde se cita a ORIOL, Julieta E., “Propiedad horizontal”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 916, 1993).

- KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, (2ª ed. act.).
- LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/6/2017 (t. 2017-D) y en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, agosto 2017; cita online: AR/DOC/1086/2017.
- LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.
- MERA, Dalmacio E. y otros, [proyecto de ley; expediente 3972-S-2016], Buenos Aires, Cámara de Senadores de la Nación, 6/10/2016.
- NEGRONI, María L. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/5/2016 (t. 2016-C, cita online AR/DOC/976/2016).
- RIVERA, Julio C. y otros [comisión Decreto PEN 182/2018], [anteproyecto de modificación parcial del Código Civil y Comercial elevado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos], Buenos Aires, 2018.
- SAUCEDO, Ricardo J., "Conversión formal", en Armella, C. N. (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, t. 3, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
- TELMO PÉREZ, Jorge, [proyecto de ley de régimen de urbanizaciones privadas especiales; expediente 6865-D-1999], Buenos Aires, Cámara de Diputados de la Nación, 15/2/2000.

Del orden cronológico en las escrituras públicas*

Sonia Lukaszewicz

RESUMEN

Las nulidades instrumentales surgen expresamente de la ley. El legislador ha previsto normas de validez generales –aplicables a todos los instrumentos públicos– como así también normas especiales, aplicables a la escritura pública en particular. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 296 del CCCN, la fecha enunciada en la escritura goza de plena fe. No se ha contemplado como causal de nulidad la falta de orden cronológico; por ende, su ausencia no invalida la escritura. Para que así lo sea, en razón de la fecha expresada, debe ser declarada falsa en juicio civil o criminal.

PALABRAS CLAVE

Instrumentos públicos, escritura pública, forma, orden cronológico, nulidad.

Fechas de recepción y aceptación

14/8/2018 - 7/11/2018

Sumario: 1. Introducción. Forma de la declaración de voluntad. 2. Requisitos de validez de la escritura pública. 3. Las nulidades expresas. 4. Bibliografía.

1. Introducción. Forma de la declaración de voluntad

Denominamos *forma* a la manera en que el negocio jurídico se exterioriza, se hace perceptible. Sin embargo, y sin perjuicio de la interdependencia entre los conceptos de forma y de negocio jurídico, y a excepción de aquellos supuestos en los que la forma adquiere carácter substancial o constitutiva, su existencia y eficacia transita por andariveles autónomos, paralelos si se quiere, pero fluyendo en planos diferentes. Por un lado, el negocio y, por otro, el instrumento: “el plano del *negotium* pertenece al derecho material o sustantivo [...] el plano del *instrumentum* al derecho notarial, que es [...] un derecho formal”.¹ Ello nos lleva a aseverar que, salvo la excepción mencionada, actos jurídicos eficaces pueden resultar exteriorizados en instrumentos ineficaces y a la inversa: instrumentos eficaces pueden resultar portadores de actos que adolecen de vicios tales que tornen nulos a dichos negocios.

* Edición revisada y ampliada de la ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017), especial para la *Revista del Notariado*.

1. Ver NÚÑEZ LAGOS, Rafael, “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, 1953, p. 31.

Para ejemplificar el primero de los supuestos, considérese un negocio jurídico de compraventa inmobiliaria instrumentado por escritura pública, la cual fuera autorizada por un notario que no se hallare dentro de los límites del territorio asignado para el ejercicio de sus funciones. Ahora bien, si el negocio inmobiliario se autoriza en escritura pública, instrumentada conforme los recaudos de ley, pero lo otorga –interviniendo por sus propios derechos– una persona con capacidad restringida en los términos del artículo 32 del *Código Civil y Comercial de la Nación* (en adelante, “CCCN”) o es celebrado entre quienes no pueden contratar en virtud de la existencia de las inhabilidades previstas en el artículo 1002 CCCN, no cabe duda de que es el negocio, y no el instrumento, el que devendrá ineficaz, de conformidad con lo previsto en los artículos 382 y concordantes.

Sucintamente, el CCCN establece que la voluntad que declara el negocio puede exteriorizarse en forma expresa de diferentes maneras, a saber: por signos inequívocos, por la ejecución de un hecho material, oralmente o por escrito,² pudiéndose en este último caso expresarse en instrumento privado o público. Y, dentro de la especie del instrumento público, utilizar cuando la ley lo establezca o las partes así lo hayan previsto, la forma escritura pública.³

Superando tradicionales clasificaciones doctrinales en las cuales los actos –según el valor de la forma utilizada– se clasificaban en actos de solemnidad absoluta o *ad solemnitatem* y actos en los cuales la forma se adopta al solo efecto probatorio o *ad probationem*,⁴ el actual ordenamiento vigente recepta una clasificación tripartita:⁵

- *Ad probationem*: utilizada al mero efecto probatorio de la celebración del acto.
- Solemne relativa: utilizada negocialmente, insuficiente para que el acto cumpla con sus efectos propios pero suficiente para que por imperio legal las partes deban cumplir con la formalidad exigida por ley.
- Solemne absoluta, *ad solemnitatem* o *ad substantiam*: impuesta por ley como esencial con la consecuente sanción de nulidad del acto que porta el instrumento si la misma no es respetada.

En el primer caso, la elección de la forma responde a la necesidad de probar la existencia del contrato, ya que la legislación no impone, no exige una forma particular para contratar.⁶ En tanto que, en el segundo supuesto, se establece legislativamente una forma de contratación que, incumplida, modifica el efecto del contrato celebrado por

2. Art. 262 CCC.

3. Art 284 CCCN.

4. Dentro de la doctrina nacional, ver evolución en SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964 [ed. actualizada por J. M. OLACIREGUI], p. 257, y *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, t. 1, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1957 (ed. actualizada por A. Acuña Anzorena), p. 119; SPOTA, Alberto G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2ª ed. [actualizada por Luis F. P. LEIVA FERNÁNDEZ], p. 361.

5. Ver LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012: “En cuanto a la forma impuesta, se clasifican las formas distinguiendo entre formas absolutas, las relativas y formalidades para la prueba, en lugar de la clásica bipartición entre formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*, que resultaba insuficiente, sobre todo a la vista de diversos negocios con forma exigida legalmente, cuya no observancia no hace a la validez sino sólo a la producción de sus efectos propios” [N. del E.: ver fundamentos completos [aquí](#) {p. 42}; última consulta: 27/12/2018]. Ver asimismo CIFUENTES, Santos, [comentario al art. 974], en Belluscio, A. C. (dir.), Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 4, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 467.

6. P.ej., contrato de mutuo o comodato.

exclusivo designio de ley: los contratantes quedan obligados a otorgar el instrumento correspondiente. Tal es el caso de la exigencia legal de la forma escritura pública para transferir el dominio de bienes inmuebles, como resulta de lo normado en el artículo 1017 CCCN. La falta de dicho instrumento no obsta la existencia de la operación de compraventa, pero los contratantes quedan obligados a otorgar la escritura pública de transferencia del derecho real, tal como lo prevén los artículos 285, 969 y 1018 CCCN.

De manera ejemplificativa –pero no excluyente–, integran esta categoría de actos las convenciones matrimoniales (art. 448 CCCN), el consentimiento en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida (art. 561 CCCN), el contrato de *leasing* si tiene por objeto bienes inmuebles (art. 1234 CCCN), el contrato oneroso de renta vitalicia (art. 1601 CCCN), el contrato de cesión de derechos hereditarios (art. 1618 CCCN), entre otros.

Otorgado el acto de una forma no prevista por ley, el mismo vale como contrato en que las partes se han obligado a cumplir con dicha formalidad. Ahora bien, cuando la forma es sustancia, los planos paralelos a los que nos referíamos inicialmente encuentran su punto máximo de acercamiento, transformándose en una única línea. Si bien aún se diferencian, ya que una cosa es la declaración y otra la forma en la que la declaración se manifiesta, podríamos decir que se amalgaman, se fusionan. Ya no reconocen vida en forma separada: comparten un destino común.⁷ Y esa simbiosis produce un efecto dominó, ya que el error en la instrumentación determina la ineficacia del negocio.

Dentro de este tercer grupo, y en lo que atañe a la labor notarial, el codificador consagra la forma escritura pública bajo pena de nulidad para la instrumentación de donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552 CCCN). Así también, resultará nulo el testamento que no cumpla con las formalidades exigidas por ley, sea el mismo otorgado en forma ológrafa o por escritura pública.⁸

En este orden de ideas, se advierte entonces que, para nuestro derecho, la forma escritura pública es, en algunos casos, requisito esencial para la existencia del acto, y en otros, requisito para conseguir que los actos instrumentados cumplan sus efectos propios. Y el legislador no ha querido dejar al arbitrio del autor del instrumento –notario o escribano– la forma que el mismo debe tener. Por el contrario, en pos de la seguridad jurídica, lo compele a, por ejemplo, expresarse sobre un soporte determinado y, en un idioma determinado, lo somete a cumplir determinados requisitos de actuación –como ser la lectura del instrumento, la presencia de testigos–, lo conmina a recabar las firmas de los comparecientes y los testigos, lo fuerza a estampar su firma en el instrumento autorizado.

Sin embargo, no toda actuación efectuada en cumplimiento del rito ordenado tiene la misma jerarquía; por ende, su ausencia no genera idénticas consecuencias sobre el instrumento. Corresponde examinar, en fin, qué atributos debe contener la escritura pública para que sus defectos no produzcan el devastador efecto “nulidad” sobre el acto instrumentado.

7. En el mismo sentido, ver NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y derechos en el instrumento público*, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950, p. 75: “Documento constitutivo es aquel que, como tal documento, se perfecciona simultáneamente con el negocio jurídico que contiene. Un mismo consentimiento perfecciona negocio y documento: perfección *in continenti*”.

8. De conformidad con los arts. 2467, 2473-2475, 2479 y conc. CCCN.

2. Requisitos de validez de la escritura pública

Es la primera vez que la legislación de fondo define el concepto y detalla tan minuciosamente tanto las operaciones de ejercicio que el notario lleva a cabo como el contenido de la escritura en sí.

Del exiguo tratamiento legal dado por Vélez Sarsfield, pasando por las modificaciones previstas por las Leyes 9151, 15875 y las más recientes 24441 y 26140, arribamos a la fórmula actual, en la que se prevé un articulado abarcador y prácticamente reglamentador de la labor notarial donde, salvo aquellas cuestiones relacionadas con las características de los folios a utilizarse, su conservación y archivo, quedan plasmadas desde la definición de protocolo hasta la enorme labor notarial que efectúa el escribano en la interpretación, legitimación y encuadramiento del acto a documentar, pasando por la identificación de los comparecientes, el idioma de la escritura, la justificación de la representación de los sujetos que no comparecen por sí, entre otros.

El criterio del codificador velezano se basó en reglas generales y particulares para establecer los requisitos de validez de los instrumentos públicos y las escrituras, evidentemente porque instrumento público es género y escritura pública es especie. De esta forma, se trató en el título III de la sección segunda del libro II del Código Civil (en adelante, “CCIV”) los instrumentos públicos en tanto que en el Título IV hizo lo propio con la escritura pública. Dicha clasificación legal permitió la enorme labor de Pelosi, quien sistematizó de la siguiente manera las posibles nulidades formales de la escritura pública:

A) Documentos nulos

- 1) *En razón del autor*: a) Falta de firma del autorizante [...]; b) falta de competencia material, territorial y personal (arts. 980 y 985 Cód. Civil); c) falta de investidura o capacidad (art. 983).
- 2) *Por razón de los sujetos instrumentales*: a) Falta de firma de alguno de los comparecientes; b) falta de la firma a ruego cuando corresponda; c) falta de firma o incapacidad de uno o más testigos cuando su presencia fuese requerida o necesaria.
- 3) *Por razón de la forma*: a) Extensión del documento en hojas que no cumplen los extremos legales para ser considerado protocolo [...]; b) inobservancia de las formalidades enumeradas en el art. 1004 primera parte; c) transgresión al orden cronológico (art. 1005).

B) Documentos anulables

- a) Por declaración de falsedad material o ideológica (art. 989); b) cuando tuviese enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales no salvadas al fin (art. 989).⁹

La redacción actual, aunque con algunos cambios, siguió el mismo criterio: reglas generales aplicables a todos los instrumentos públicos y reglas particulares aplicables únicamente a la escritura pública, a saber:

- Reglas generales: libro primero “Parte general”, título IV “Hechos y actos jurídicos”, capítulo 5 “Actos jurídicos”, sección 4ª “Instrumentos públicos”.

9. PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 300. Se han omitido en la transcripción las referencias a la teoría de la inexistencia, atento su tratamiento implicaría exceder el marco de la presente, aunque es dable anticipar que entendemos que el CCCN recepta la misma. Ver art. 406 CCCN.

- Reglas especiales: libro primero “Parte general”, título “Hechos y actos jurídicos”, capítulo 5 “Actos jurídicos”, sección 5ª “Escritura pública y acta”.

Por ello, se entiende que la interpretación debe ser la siguiente. Se aplica a la escritura pública la regla general en tanto no exista regla particular que la complemente o contradiga.¹⁰ Parafraseando: son requisitos de validez de la escritura pública, de conformidad con el [CCCN](#):

1. En razón del autor:

- a) Que el escribano efectivamente en funciones actúe dentro de los límites de sus atribuciones y su competencia territorial, personal y temporal (arts. 290 inc. a, 291, 292).
- b) Que esté autorizada por el escribano.

2. En razón de las partes y demás comparecientes:

- a) Que esté suscripta por las partes¹¹ o sus representantes, por los firmantes a ruego y los testigos cuando sean requeridos (arts. 290 inc. b, 309, 2480).
- b) Que los testigos sean hábiles (arts. 295 y 2481).

3. En razón del instrumento:¹²

- a) Que tenga designación de tiempo y lugar de firma.
- b) Que contenga el nombre de los otorgantes.¹³
- c) Que cumpla las formalidades generales y especiales para cada instrumento en particular, por ejemplo: testamento por acto público (arts. 2474 y 2479 CCCN).

3. Las nulidades expresas

Cuando hablamos de nulidades y nos referimos al negocio jurídico, al contenido y no al continente, la lectura de los artículos 382-397 CCCN impacta en aquellos que tratan de sistematizar el régimen de las nulidades previsto, sobre todo por la falta de normas equivalentes al artículo 1037 [CCIV](#), el cual legislaba sobre nulidades expresas, y de aquellas relacionadas con el acto anulable o con la nulidad refleja. Nos referimos en este caso a las nulidades del acto, no del instrumento, y coincidimos con quienes opinan que, aun con

10. Adviértase la importancia que le da el legislador a la norma especial al referirse a la forma que debe tener el testamento otorgado por escritura pública aun remitiendo a la normativa del art. 299 y siguientes.

11. Aplicando principios generales del derecho, ha resuelto en opuesto sentido CNCiv., Sala B, 19/11/2014, “Maristany Dedesma Paula Nancy c/ Torres Ramón s/ sucesión ab-intestato s/ acción declarativa (art. 322 Código Procesal)”. [N. del E.: ver fallos completos [aquí](#) {incluye 1ª instancia y nota a fallo: Cabuli, Ezequiel, “Una esperada solución a los títulos observables” {[online](#)}, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 918, 2014].

12. Que la escritura se extienda en protocolo llevado en legal forma ante el escribano –entendemos– hace a la existencia de la misma.

13. Aunque se entiende que el legislador ha querido referirse al nombre de las partes y no a quienes comparecen a otorgar el acto notarial, ya que estos últimos pueden comparecer en representación y no por sus propios derechos.

la ausencia de norma equivalente al citado artículo 1037 CCIV, las nulidades no pueden ser producto de la discrecionalidad del juzgador.¹⁴

Sin embargo, en el ámbito de las nulidades instrumentales de la escritura pública, el codificador sí enuncia las causas por las cuales una escritura es nula, por ende, en este caso, **las nulidades son expresas**, no pudiendo inferirse otras por imperio del mismo artículo 309, que en su parte final sostiene: “La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos¹⁵ pueden ser sancionados”. Por ello, no es nulo el instrumento escritura pública si se incumple alguno de los preceptos mencionados en los artículos 301-308 CCCN.

No es nula la escritura si hay espacios en blanco, si hay abreviaturas, si no se ha consignado el documento de identidad, o el estado de familia, o no se ha agregado la minuta firmada por el otorgante que habla un idioma extranjero volcada al idioma nacional, o no se agrega la documentación habilitante prevista en el artículo 307 (nótese en este punto especialmente que la Ley 15875 del año 1961 modificó la redacción original del art. 1004 CCIV, eliminando como causa de nulidad la falta de procuraciones o documentos habilitantes).

Obviamente, el escribano podrá ser sancionado disciplinariamente por quien cuida que la función notarial sea ejercida por persona que sea idónea y proba, pero el documento notarial, el acto jurídico, el interés de las partes queda a salvo. Y es aquí donde llegamos al punto más álgido de la cuestión: el legislador ha modificado sustancialmente su criterio al no contemplar el orden cronológico como causal de nulidad de la escritura. Por ende, si advertimos que una escritura adolece de falta de orden cronológico, incumpliendo de esta manera lo previsto en las leyes locales pero no la normativa de fondo, las consecuencias que se imponen serán:

- Llegar a la conclusión de que su inobservancia proviene de un error material (de impresión, p. ej., donde habiendo dos instrumentos impresos se alteró el orden de fecha escrita pero la firma tuvo lugar en el tiempo cronológico real¹⁶); o
- Falsedad ideológica, donde por lo menos una de las escrituras contiene una fecha que no es verdadera.

“En nuestro sistema formal [...] no existe ninguna posibilidad de que una escritura no esté en el lugar que por su orden de otorgamiento le correspondiere, dado que el libro de registro o protocolo es preexistente y se numera, sella y rubrica en blanco [...] en principio esa anomalía puede tener por origen un **mero error** cuando se consignó el día mes o año fácilmente demostrable por otros elementos del protocolo, o una **falsedad** en la fecha que, una vez probada, ocasionará la invalidez del documento”.¹⁷

14. En igual sentido, ver LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos procesales y administrativos. Comentarios al nuevo Código Civil y Comercial. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, B de F, 2015, (2ª ed.).

15. En referencia a cónsules en uso de facultades notariales.

16. Supongamos que se imprimieron las escrituras 7001 y 7002 y la segunda tiene fecha anterior a la primera, habiéndose firmado las mismas en fecha mencionada en el instrumento.

17. ETCHEGARAY, Natalio P., “Sobrevuelo notarial del Código Civil y Comercial. Escrituras y actas. Artículos 299 a 312” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 921, 2015; cita de CAPURRO, Vanina L. y ETCHEGARAY, Natalio P., *Derecho notarial aplicado* (colección “Función notarial”; dirigida por Natalio Pedro Etchegaray, v. 1), Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 154.

En síntesis, el vigente artículo 296 CCCN establece: “El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto [...] a la fecha [...] hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal”.¹⁸ Por ello, hasta la decisión judicial, la primera conclusión, el error, se impone no en defensa del notario sino en defensa de la ley, del instrumento, de los contratantes. Y, por ello, hasta tanto se demuestre la falsedad de la fecha, la escritura es válida y eficaz.

Por supuesto, no es intención alguna proteger el accionar desprolijo, descuidado ni mucho menos promoverlo, sino simplemente advertir que, en la labor notarial –por más cuidadosos que seamos– no estamos exentos del error. Es nuestra condición humana. Y es cierto: el error en este caso es reprochable, y por ello la sanción disciplinaria, pero no la invalidez.

4. Bibliografía

- CIFUENTES, Santos, [comentario al art. 974], en Belluscio, A. C. (dir.), Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 4, Buenos Aires, Astrea, 1988.
- ETCHEGARAY, Natalio P., “Sobrevuelo notarial del Código Civil y Comercial. Escrituras y actas. Artículos 299 a 312” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 921, 2015.
- LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos procesales y administrativos. Comentarios al nuevo Código Civil y Comercial. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, B de F, 2015, (2ª ed.).
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael, “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, 1953.
- *Hechos y derechos en el instrumento público*, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950.
- PELOSI, Carlos, *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, [ed. actualizada por J. M. Olaciregui].
- SPOTA, Alberto G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2ª ed. [actualizada por Luis F. P. Leiva Fernández].

18. Este hecho del mundo interior, este razonamiento del notario hoy se encuentra protegido por la plena fe. Ver PELOSI, Carlos, ob. cit. (cfr. nota 9).

Marco legal de los conjuntos inmobiliarios

Adecuación*

Silvia M. Massiccioni

RESUMEN

El artículo aborda la regulación que realiza el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de conjuntos inmobiliarios, en particular el marco legal impuesto por el artículo 2075, la adecuación prevista para determinados desarrollos preexistentes y la problemática que ello suscita. Se concluirá: que la obligatoriedad de adecuación no alcanza a los conjuntos constituidos exclusivamente bajo la forma de derechos reales; los preexistentes constituidos bajo la forma de propiedad horizontal quedan convalidados por la nueva normativa, no siendo necesaria la confección de nuevo plano ni reglamento; que en los preexistentes constituidos bajo la forma de otros derechos reales, la adecuación no es obligatoria pero puede ser ejecutada si lo deciden por unanimidad sus titulares, produciéndose la modificación de los derechos reales involucrados; que respecto de los constituidos bajo la forma de derechos personales o donde coexistan derechos reales y personales, existe obligatoriedad de adecuación; que los títulos de conjuntos inmobiliarios preexistentes respecto de los cuales existe obligatoriedad de adecuación no deben ser observados en caso de no adecuación hasta que se reglamente por ley el plazo y procedimiento de adecuación.

PALABRAS CLAVE

Conjuntos inmobiliarios, derecho real autónomo, marco legal, propiedad horizontal especial, adecuación.

Fechas de recepción y aceptación

23/11/2018 - 20/12/2018

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Panorama normativo anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial. **3.** Proyectos legislativos. **4.** Creación de un nuevo derecho real autónomo. **5.** Regulación de los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial de la Nación. **6.** Marco legal impuesto para los conjuntos inmobiliarios en el artículo 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación: propiedad horizontal especial. **7.** Conclusiones.

1. Introducción

La regulación que plantea el [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”) en materia de conjuntos inmobiliarios presenta significativas innovaciones

* La autora retoma y amplía en el presente ideas tratadas en dos ponencias, presentadas en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017) y en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 2016), respectivamente.

respecto del panorama normativo anterior a su entrada en vigencia, que nos invitan a reflexionar sobre su sentido y alcance. Nos proponemos compartir aquí algunas dudas, interrogantes e ideas sobre el marco legal impuesto por el artículo 2075 del referido cuerpo normativo, en especial la adecuación prevista para determinados desarrollos pre-existentes y la problemática que suscita.

2. Panorama normativo anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial

Los conjuntos inmobiliarios en sus diversas modalidades (clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, entre otras) nacieron y se desarrollaron fácticamente en nuestro país bajo un régimen jurídico de fondo que no pudo siquiera imaginarlos al momento de su sanción,¹ originándose al respecto un vacío legislativo en la materia, que ante la falta de respuesta de la legislación nacional, las normas locales procuraron remediar. Cabe recordar, en primer lugar, que para implementar dichos emprendimientos, cualquiera sea su modalidad, deben cumplirse normas urbanísticas propias del derecho administrativo del lugar en el que se sitúan. Dichas normas coexisten con las de derecho privado tendientes a resguardar a los sujetos involucrados en el emprendimiento desde promotores, inversores y/o desarrollistas hasta adquirentes de lotes o fracciones privativas.

Refiriéndonos exclusivamente a los derechos subjetivos en juego, por tratarse esencialmente de derechos patrimoniales, su regulación es competencia del Congreso de la Nación, conforme lo dispone el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional (CN), habiendo perdurado dicha carencia normativa hasta la entrada en vigencia del CCCN.

1. Señala Del Castillo, refiriéndose a los clubes de campo que “Los más antiguos como Tortugas o Highland Park [...] nacieron porque un grupo de amigos que tenían aficiones hípcas comunes se reunieron en alguna quinta (propiedad de alguno de ellos), alrededor de la cual otros amigos fueron adquiriendo lotes que se iban fraccionando. En ellos construyeron sus quintas que usaban como casas de fin de semana o, como las califica la DGI, «viviendas transitorias». Tenían ciertos lugares que utilizaban en común. Por ejemplo: la pileta, canchas de tenis, la pista de equitación, las canchas de polo, las caballerizas y, en algunos de ellos, bungalows que usaban, turnándose, los fines de semana (más o menos como un tiempo compartido), cuando el número fue aumentando. No tenían más normas que las del Código Civil que reglaba su derecho de propiedad: el dominio de los dueños de las quintas en forma exclusiva y el condominio sobre los bienes que utilizaban en común. De a poco y para evitar los riesgos del condominio, empezaron a usar instituciones asociativas. Tenían las que proporcionaban las leyes civiles y comerciales: asociaciones civiles, sociedades civiles, sociedades comerciales (anónimas, S. R. L.), cooperativas. Al crecer, resolvieron fundar instituciones, que llamaron clubes de campo o country clubs. Como no tenían un tipo jurídico o instituto particular, buscaron figuras asociativas que les permitieran organizarse y entonces crearon sociedades civiles (La Martona), Sociedades Anónimas (Tortugas), S. R. L. y después Sociedad Cooperativa (Highland Park), Sociedades Anónimas sin fines de lucro (Olivos). Con el correr del tiempo, el desarrollo inmobiliario y la explosión demográfica –buscando una mejor calidad de vida– hizo que los inversores se dieran cuenta de que era un buen negocio la creación y comercialización de un club de campo. En estos emprendimientos se empezó a usar la Ley de Propiedad Horizontal. Así nacieron los que son hoy Miraflores, Los Cardales, Lagartos, El Argentino, Mapuche, Mayling, Campo Chico, San Diego, Las Praderas de Luján, Cuba Fátima, Cuba Villa de Mayo, etcétera [...]. Aparecida la necesidad sociológica de agruparse para tener el beneficio de que varios propietarios individuales posean sectores comunes para hacer prácticas recreativas, deportivas, sociales o culturales o, ahora también, para seguridad y, al no haber un instituto previamente legislado, adecuaron la nueva modalidad a ciertos institutos jurídicos preexistentes en la legislación. Pero eso es como poner un molde a una realidad viva y en permanente modificación, no «encaja» (DEL CASTILLO, FRANCISCO J., “Barrio cerrado y clubes de campo. Experiencia de su regulación y convivencia”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 856, 1999, p. 56. [N. del E.: ver aquí]).

Téngase presente que los primeros clubes de campo aparecieron en la provincia de Buenos Aires hace más de ochenta años, en plena vigencia del Código Civil, que nada decía al respecto. Y, como toda nueva manifestación social, sin solución legal, fue calificada y encuadrada por los operadores del derecho encargados de su implementación dentro de los tipos jurídicos existentes, pese a que para ello fuera necesario, en algunos casos, crear híbridos o, en otros, forzar la letra de la ley llegando incluso a desnaturalizarla. Fueron regulados bajo la forma de derechos reales, personales o mixtos (reales y personales a la vez) erigiéndose la última posibilidad como una opción frecuente a fin de armonizar las garantías que representan las normas imperativas propias de los derechos reales con el abanico de posibilidades característico de la autonomía de la voluntad.

No obstante lo valioso de la ingeniería jurídica ideada, lo cierto es que la misma en muchos casos resultaba incompatible con el sistema de *numerus clausus* de los derechos reales imperante en el **Código Civil derogado** (en adelante, “CCIV”), receptado también en el nuevo Código, en virtud del cual no existen otros derechos reales que los creados por ley y estos no pueden ser modificados por voluntad de los particulares.² En el campo de los derechos reales, se utilizaron las figuras del dominio (perfecto o imperfecto) y condominio en forma independiente o combinadas entre sí; usufructo o uso y habitación; servidumbres recíprocas y propiedad horizontal, siendo esta última la más elegida por asegurar la inescindibilidad de partes privativas y comunes, pese a que admitir su aplicación tal como la concebía la **Ley Nacional 13512 de Propiedad Horizontal** tropezaba con serias dificultades que la hacían objetable sin una reforma legislativa que pudiera adaptarla a las particulares manifestaciones de estas novedosas formas de propiedad.³

En cambio, en el ámbito de los derechos personales se propusieron soluciones de tipo asociativo, ya sea bajo la forma de asociaciones o sociedades de diverso tipo, siendo las sociedades anónimas las más utilizadas. Y si bien es cierto que en este campo no existía la limitación del *numerus clausus* propia de los derechos reales, resultando inobjetable en el contexto jurídico imperante, también lo es que en los hechos al ser solo válidos

2. El sistema del *numerus clausus* en materia de derechos reales había sido consagrado en el art. 2502 CCIV: “Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”. Y en la nota al artículo, Vélez Sarsfield expresaba los fundamentos de la decisión estableciendo que “la multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades”. A la vez, en la nota al art. 2828 disponía que “los actos y contratos particulares no podrían derogar la disposición del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales en general está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas y no depende de la voluntad de los particulares”. El mismo principio ha sido receptado en el art. 1884 CCCN: “Estructura. La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”. [N. del E.: ver Vélez Sarsfield, Dalmacio, Notas del Código Civil de la República Argentina, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1872, pp. 145 y 164, respectivamente, [aquí](https://archive.org/); fuente: <https://archive.org/>; última consulta: 22/1/2019].

3. En especial, debe considerarse que los adquirentes generalmente lo eran de lotes de terreno pretendiendo ser propietarios exclusivos de dichos lotes, sobre los que luego edificarían, y tal cometido no podía cumplirse con el régimen de propiedad horizontal instaurado por la Ley Nacional 13512, conforme a la cual existían al menos dos cuestiones fundamentales que ponían en tela de juicio su aplicación: por un lado, el terreno sobre el que se asentaba el edificio era considerado el bien común por excelencia; en consecuencia, el terreno de todo el emprendimiento hubiera revestido el carácter de cosa común (art. 2); por el otro, la edificación debía existir al momento de constitución del derecho real de propiedad horizontal (art. 1), exigencia que difícilmente podía cumplirse, considerando que, en la mayoría de los casos, se adquirirían lotes baldíos sobre los que luego se construía.

entre partes contratantes y sus sucesores, pero no oponibles respecto de todos, muchas veces no ofrecían las garantías deseadas para los sujetos intervinientes. En consecuencia, a fin de subsanar las fallas y llenar los vacíos que se presentaban recurriendo solo a los derechos reales o solo a los derechos personales, en la mayoría de los casos se utilizaban ambos, combinando, por ejemplo, derecho real de dominio o propiedad horizontal del adquirente del lote o fracción privativa con participación en una asociación o sociedad que le confería derechos respecto de las partes comunes.

Se advierte así que, pese a ser el Congreso de la Nación el único facultado para legislar derecho de fondo, ante la referida carencia normativa, han sido las provincias y dentro de ellas los municipios los que, obligados por las fuerzas de las circunstancias, comenzaron a regular la situación mediante leyes, decretos, resoluciones y ordenanzas, que aunque necesarios para remediar la ausencia de legislación nacional, eran a todas luces cuestionables, en muchos casos por exceder su órbita de facultades y en otros por vulnerar principios y hasta el ornamento mismo de los derechos reales a los que recurrían, fundamentalmente el de propiedad horizontal.

Lo expuesto evidencia que resultaba imperiosa la regulación del régimen jurídico de fondo aplicable. Dicha regulación, que con variantes⁴ se venía reclamando hace tiempo desde la comunidad jurídica en general, plasmó en realidad normativa con la entrada en vigencia del CCCN el día 1º de agosto de 2015.⁵

3. Proyectos legislativos

Señala Cossari, reproduciendo las normas respectivas del proyecto de reformas a la [Ley 13512](#) de autoría de los Dres. Allende, Alterini, Chevallier Boutell y Durañona y Vedia (1981), y de los Proyectos de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, de la Comisión Federal de 1993 y de [1998](#),⁶ que

... soslayando los matices que presentan, los proyectos que antecederan al Código Civil y Comercial se encontraban dirigidos a modificar aspectos de la propiedad horizontal para permitir su adaptación a las expresiones modernas de la propiedad inmobiliaria que en cada caso se incluyen y ello siempre que los particulares decidan configurarlas como derechos reales. En particular, la modificación central de la propiedad horizontal para proyectarla en los conjuntos inmobiliarios consiste en reconocer que pueden existir unidades de propiedad privativa sobre el terreno, pues es de máxima transparencia que en la propiedad horizontal el terreno es necesariamente común de todos los consorcistas (conf. Fundamentos del Proyecto de 1998).⁷

En el mismo sentido, el [Proyecto de CCCN de 2012](#), bajo el título VII del libro IV “Derechos reales”, contemplaba la figura bajo l0a denominación “Conjuntos inmobiliarios”.

4. Existían al respecto dos corrientes bien definidas: una que proponía la adecuación del derecho real de propiedad horizontal, por considerarlo el más afín para regir los conjuntos inmobiliarios, y otra que bregaba por su regulación como derecho real autónomo.

5. El CCCN entró en vigencia el día 1/8/2015 por [Ley Nacional 27077](#), que sustituyó el art. 7 de la Ley 26994.

6. [N. del E.: fuente del [hipervínculo](#): campus virtual de la [Universidad de Salamanca](#); última consulta: 22/1/2019].

7. COSSARI, Nelson G. A., [comentario al art. 2075], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 22.

El referido proyecto, sin crear un derecho real autónomo, adaptaba el de propiedad horizontal “a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial”, admitiendo que pudieran existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecieran los derechos como personales o donde coexistieran derechos reales y derechos personales, en estos términos:

Artículo 2075. *Marco legal.* Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Cuando se configuran derechos reales, los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título VI de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales.

4. Creación de un nuevo derecho real autónomo

El CCCN crea como nuevo derecho real autónomo el de conjuntos inmobiliarios, apartándose de las recomendaciones provenientes de diversos encuentros científicos, en especial de las XI y XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil,⁸ de gran parte de la doctrina autoral y de las normas proyectadas, en el sentido de no ampliar el *numerus clausus* imperante en nuestro país para los derechos reales cuando las nuevas manifestaciones fácticas puedan encuadrarse adaptando las categorías existentes (para el caso, específicamente la propiedad horizontal). No desconocemos las objeciones planteadas en doctrina, que compartimos, respecto a su autonomía como derecho real, desde que los emprendimientos sujetos a su régimen deben conformarse jurídicamente como derecho de propiedad horizontal especial.

5. Regulación de los conjuntos inmobiliarios en el CCCN

El CCCN, en el libro IV “Derechos reales”, título I “Disposiciones generales”, capítulo 1 “Principios comunes”, incorpora al elenco de los derechos reales enumerados en el artículo 1887 los conjuntos inmobiliarios (inc. d), erigiendo la figura como un nuevo derecho real autónomo, conforme se indica en el apartado anterior. Y luego, bajo la citada denominación, que debe considerarse genérica, el título VI del mismo libro regula en su capítulo primero a los señalados por la doctrina como conjuntos inmobiliarios propiamente dichos o específicos (arts. 2073-2086), dedicándose al tiempo compartido en el capítulo segundo (arts. 2087-2102) y a los cementerios privados en el capítulo tercero (arts. 2103-2113), que también han sido consagrados como nuevos derechos reales autónomos en los incisos e) y f) del artículo 1887.

8. XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987) y XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (y V Congreso Nacional de Derecho Civil) (Córdoba, 2009). [N. del E.: ver conclusiones completas aquí: a) y b), respectivamente; fuente: [web oficial de las XXV Jornadas](#); última consulta: 23/1/2019].

5.1. Denominación

Adherimos a las observaciones formuladas por parte de la doctrina sobre la denominación utilizada para el título VI, citado precedentemente, que en sus tres capítulos comprende y regula respectivamente conjuntos inmobiliarios propiamente dichos, tiempo compartido y cementerios privados. Adviértase que utiliza la misma denominación tanto para el título que comprende tres capítulos como para el primer capítulo, lo que desde el punto de vista metodológico induce a confusión. Entendemos que debió haberse utilizado para el título VI otra denominación genérica de las tantas que se han sugerido,⁹ inclinándonos por las de “formas coparticipativas de propiedad” o “propiedades coparticipativas”, propuestas por Andorno, Frickx y Luna.¹⁰

5.2. Caracterización

El derecho real de conjuntos inmobiliarios en la economía del nuevo Código debe calificarse además como derecho sobre cosa total o parcialmente propia, principal, registrable y que se ejerce por la posesión.¹¹ Por su parte, el artículo 2073¹² no conceptualiza a los conjuntos inmobiliarios sino que con una fórmula amplia refiere a su objeto enunciando de manera no taxativa las distintas modalidades que se han desarrollado en nuestro país (clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales) por lo que entendemos que conforme al citado precepto quedan sujetos al nuevo régimen todos aquellos emprendimientos, independientemente de su calificación, que reúnan los elementos característicos establecidos en el artículo 2074: cerramiento, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas.

A continuación, lejos de abordar íntegramente el articulado del referido capítulo 1 título VI del libro IV, tal como anticipamos, pretendemos compartir algunos interrogantes, dudas y reflexiones sobre el aspecto que consideramos como el más relevante a dilucidar de la nueva normativa. Nos referimos concretamente al marco legal impuesto por el artículo 2075 del CCCN, en especial a la obligatoriedad de adecuación

9. P. ej., el [Proyecto](#) de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 refiere en sus [fundamentos](#) a “nuevas formas de propiedad” y, en el título VII del [libro quinto](#) “De los derechos reales” las denomina “propiedades especiales”. [N. del E.: fuente de los [hipervínculos](#): campus virtual de la [Universidad de Salamanca](#); última consulta: 22/1/2019].

10. ANDORNO, LUIS O., FRICKX, NORBERTO O. y LUNA, DANIEL G., *Clubes de campo. “Countries”*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, pp. 31-32.

11. Conforme arts. 1888-1891 CCCN.

12. Art. 2073 CCCN: “Concepto. Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”.

para determinados desarrollos preexistentes y la problemática que suscita su sentido y alcance.

6. Marco legal impuesto para los conjuntos inmobiliarios en el artículo 2075 del Código Civil y Comercial: propiedad horizontal especial

Entendemos que el análisis del artículo 2075 CCCN referido al marco legal de los conjuntos inmobiliarios debe estructurarse en tres partes correspondientes a cada uno de los párrafos que componen su redacción. El primero establece como pauta general que la regulación de los elementos urbanísticos corresponde a las normas administrativas locales; el segundo refiere al régimen jurídico aplicable para los conjuntos inmobiliarios que se constituyan a partir de su entrada en vigencia; y el último impone la adecuación de determinados conjuntos inmobiliarios preexistentes al nuevo marco legal establecido. Nos ocuparemos de cada uno de ellos.

6.1. Aspectos urbanísticos

El primer párrafo del artículo 2075 dispone:

Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

La disposición respeta el federalismo, por lo que, desde nuestro punto de vista, no merece observación alguna. Y esto es así porque, como explican claramente Abella y Mariani de Vidal,

... los conjuntos inmobiliarios son formas de ordenar el suelo llevadas a cabo por particulares que asumen la responsabilidad de desarrollar un plan con fines específicos y determinados para determinada área urbana, suburbana o rural. Para ello, las jurisdicciones locales deben establecer políticas destinadas a la adecuada organización de las actividades en el espacio, orientar y condicionar las acciones de los sectores públicos y privados, y cubrir las exigencias que delimiten el ejercicio del derecho de propiedad y las demás funciones y usos que deben y pueden desarrollarse en el ámbito circunscrito.¹³

Naturalmente, las normas administrativas locales deben adecuarse al nuevo derecho de fondo.

13. ABELLA, Adriana N. y MARIANI de VIDAL, Marina, (a) “Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/4/2015 (t. 2015-B, cita online AR/DOC/677/2015). Ver también ABELLA, Adriana N. y MARIANI de VIDAL, Marina, (b) “Los conjuntos inmobiliarios y la deuda por expensas comunes. Otra vez el problema de la vía procesal para su cobro en los preexistentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 22/3/2017 (t. 2017-B, cita online AR/DOC/694/2017), comentario al fallo CNCom., Sala C, 13/10/2016, “Altos de los Polvorines SA c/ Castaño, Mariana s/ ejecutivo” (ver más adelante nota al pie 21).

6.2. Régimen jurídico de fondo para los nuevos conjuntos inmobiliarios

El segundo párrafo del artículo 2075 expresa:

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

El precepto admite como única posibilidad para todos los conjuntos inmobiliarios constituidos o que se constituyan a partir de la entrada en vigencia del CCCN el sometimiento a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el título V del libro IV, con las modificaciones que establece el título VI del referido cuerpo normativo, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Y con la misma claridad indican Abella y Mariani de Vidal que

... es un derecho de propiedad horizontal *especial* porque, a diferencia del régimen de la propiedad horizontal común: a) el nuevo Código dispone que las unidades privativas *pueden hallarse construidas o en proceso de construcción* (art. 2077); b) porque se determina que solo “son necesariamente comunes las partes y lugares del terreno destinados a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales” (art. 2076); y c) porque se da cabida al derecho de admisión al regular la “transmisión de unidades” en el art. 2085.¹⁴

El nuevo Código, apartándose de los lineamientos del [Proyecto de 2012](#) remitido por el Poder Ejecutivo Nacional,¹⁵ ha optado por eliminar la posibilidad de regularlos combinando otros derechos reales o bajo la forma de derechos personales imponiendo la conformación únicamente bajo el régimen de orden público de los derechos reales y dentro de éstos, específicamente el de propiedad horizontal especial. La única opción, inexistente en el Proyecto y producto del tratamiento legislativo posterior,¹⁶ ha sido receptada con beneplácito por parte de la doctrina fundándose en las indudables ventajas que confieren los derechos reales. En tanto que, desde otro sector, se señala que la norma ha desconocido la realidad social, en la que muchos de los conjuntos inmobiliarios se han desarrollado exitosamente bajo la forma de derechos personales o combinando derechos reales y personales.

6.3. Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes al Código Civil y Comercial

El párrafo final del artículo 2075 establece:

Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real.

14. Ídem (la cita se ubica en ambas obras, pp. 6 y 7, y p. 4, respectivamente).

15. Ver texto del art. 2075 del [Proyecto de 2012](#) transcrito en el apartado 3 del presente.

16. [N. del E.: ver trámites parlamentarios y acceda a los dictámenes [aquí](#); fuente: [Senado](#); última consulta: 23/1/2019].

La obligatoriedad de adecuación para los conjuntos inmobiliarios que en la disposición se indican se presenta como una novedad no prevista en el Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo en el año 2012 ni en ninguno de los proyectos anteriores, al igual que la opción única de configuración bajo el régimen de los derechos reales. La disposición, sin antecedentes, fue producto del tratamiento legislativo previo a la sanción del Código es objeto de fuertes críticas provenientes de la más calificada doctrina autoral nacional.

Se señala al respecto que la norma no establece plazo, procedimiento ni sanción. Se indica, además, que no prevé todas las situaciones por referirse únicamente a los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y personales sin referirse a los implementados adoptando uno o más derechos reales. Y prestigiosos autores reflexionan sobre su constitucionalidad. Así, por ejemplo, una corriente sostiene que la norma “impresiona como de muy dudosa constitucionalidad”,¹⁷ desde que la adecuación a los conjuntos inmobiliarios podría afectar derechos patrimoniales adquiridos amparados por la garantía de inviolabilidad de la propiedad consagrada en el artículo 17 de la Constitución Nacional, contrariando incluso lo dispuesto por el mismo Código sobre la eficacia temporal de las leyes prevista en su artículo 7. En tanto que desde otros sectores se admite que la disposición constituye una excepción al principio de irretroactividad del artículo 7 “y que en su caso habría que demostrar judicialmente que se afectan derechos constitucionales adquiridos”,¹⁸ o que se justifica si su aplicación es más beneficiosa para el interés general y el particular del titular del derecho, por lo que es necesario analizar los efectos de la adecuación en relación a los encuadres jurídicos preexistentes.¹⁹

Se plantea también que la adecuación puede abordarse de dos maneras: formal o estructural, referida a la instrumentación necesaria para configurar jurídicamente el conjunto inmobiliario preexistente dentro del marco de la propiedad horizontal especial, y funcional u operativa, referida a la aplicación inmediata del régimen de propiedad ho-

17. Abella y Mariani de Vidal expresan que “la exigencia de adecuación, impuesta por el art. 2075, último párrafo, relativamente a los *conjuntos inmobiliarios preexistentes* a la entrada en vigencia del nuevo Código, impresiona como de muy dudosa constitucionalidad, lesiva de la garantía de la propiedad (art. 17, Constitución Nacional) e incluso contraria a lo dispuesto por el art. 7 del propio Código. En efecto, si el conjunto inmobiliario fue creado con arreglo a las normas en vigor en momento anterior, tal creación constituye una situación jurídica consolidada. Y al amparo de esa situación jurídica consolidada se habrán generado derechos incorporados a los respectivos patrimonios (del propio conjunto inmobiliario y de sus integrantes). Tales derechos no pueden ser modificados –ni se puede obligar a sustituirlos por otros–, aun cuando se entienda que el régimen de los derechos reales es de orden público (arg. art. 1884 del nuevo Código). Porque ello querría decir que, al afectarse la constitución de una situación jurídica que tuvo lugar con anterioridad, el legislador ha dotado a los nuevos dispositivos de efecto retroactivo en un ámbito en el que le está vedado avanzar, que es el de los derechos amparados por garantías constitucionales (art. 17, Constitución Nacional; art. 7 Código Civil y Comercial de la Nación)” (ABELLA, Adriana N. y MARIANI de VIDAL, Marina, obs. cit. [cfr. nota 13], pp. 12-13 y p. 5, respectivamente).

18. Ver NEGRONI, María L. y PUERTA de CHACÓN, Alicia, “Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 4/5/2016 (t. 2016-C, cita online AR/DOC/976/2016), p. 2 (las autoras remiten a KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, §57.5, p. 164, y a COLMAN LERNER, Horacio, *Conjuntos inmobiliarios. Countries y barrios cerrados. Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015, p. 71).

19. Negroni y Puerta expresan que “la aplicación retroactiva de la ley se justifica si es más beneficiosa para el interés general y el particular del titular del derecho. Por tal razón, la medida de adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes al régimen de la propiedad horizontal especial exige ingresar en el casuismo y distinguir la diversa tipología del encuadre jurídico que para ellos ofrecía el mercado inmobiliario con anterioridad a la sanción del nuevo Código” (ídem, p. 2).

rizontal especial del CCCN a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas emergentes de los conjuntos inmobiliarios preexistentes.²⁰ Respecto de ambas existen posicionamientos diversos sobre su posibilidad de cumplimiento y jurisprudencia opuesta²¹ en torno a la admisión de la denominada adecuación funcional.

El tema fue abordado en la comisión N° 4 de la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 2016), de la que participamos. Allí se trataron las posiciones doctrinarias citadas precedentemente y se distinguieron los dos tipos posibles de adecuación, estructural por un lado y funcional por el otro,

... advirtiendo que la primera necesitaría una normativa de fondo de igual jerarquía que establezca plazo razonable, procedimiento y sanción, mientras que la adecuación funcional opera de pleno derecho de acuerdo con la actual legislación.²²

Y, asimismo, se puso énfasis en la necesidad de estudiar caso por caso la obligatoriedad de adecuación, concluyéndose, entre otros puntos, que los conjuntos inmobiliarios estructurados bajo la órbita exclusivamente de derechos reales no deben adecuarse, por no hallarse comprendidos en los supuestos del artículo 2075 CCCN, sin perjuicio de la posibilidad de hacerlo en forma voluntaria. Se hizo hincapié, además, en que

... la normativa que establezca el procedimiento de adecuación no sea delegada al ámbito provincial o municipal, por tratarse de derecho de fondo, atribución exclusiva del Congreso de la Nación...²³

20. En tal sentido, Negroni y Puerta explican que “la cuestión de la adecuación [...] puede ser abordada de dos maneras: la adecuación formal o estructural y la adecuación funcional u operativa. La primera importa cambiar la configuración jurídica del conjunto inmobiliario preexistente y refiere a los instrumentos que se deben realizar para registrar el conjunto inmobiliario en el marco de la propiedad horizontal especial. La segunda concierne a la aplicación del CCyC a las consecuencias jurídicas de la situación y relaciones jurídicas que nacen de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Este análisis exige ingresar en el casuismo de la configuración jurídica de los conjuntos inmobiliarios preexistentes” (idem, p. 5).

21. Así, por un lado, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil parece haber admitido la denominada adecuación funcional al disponer que “la sentencia que mandó llevar adelante la ejecución por expensas de un barrio cerrado debe confirmarse, pues, como los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal en virtud de lo dispuesto por el art. 2075 del Cód. Civ. y Com., y los preexistentes se deben adecuar a las previsiones que regulan este derecho real, de ello se colige que resulta plenamente aplicable el art. 524 del Cód. Proc., que determina el carácter ejecutivo del título por expensas comunes” (CNCiv., Sala A, 28/8/2015, “Lagunas del Polo Barrio Cerrado SA c/ G. L. G. s/ ejecución de expensas” [del sumario en La Ley, 1/12/2015 {t. 2015-F}, Doctrina Judicial, 9/3/2016, Revista Código Civil y Comercial, diciembre 2015, y Jurisprudencia Argentina, t. 2015-IV; cita online AR/JUR/35901/2015]. [N. del E.: ver fallo completo [aquí](#); fuente [CIJ](#); última consulta: 23/1/2019]). Mientras que, en sentido opuesto, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió que “una sociedad que tiene por objeto el dominio y la administración de espacios comunes no tiene derecho a reclamar ejecutivamente el cobro de un certificado de deuda por expensas, pues no acreditó el cumplimiento de la adecuación a la normativa que regula los conjuntos inmobiliarios –art. 2075, Cód. Civ. y Com.–, por lo que no puede ejercer un beneficio derivado de la configuración de un derecho real que no le asiste” (CNCom., Sala C, 13/10/2016, “Altos de los Polvorines SA c/ Castaño, Mariana s/ ejecutivo” [del sumario en La Ley, 28/12/2016 {t. 2017-A} y 22/3/2017 {t. 2017-B} y *Revista Código Civil y Comercial*, marzo 2017, cita online AR/JUR/70121/2016; comentario al fallo: Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, ob. cit. {cfr. nota 13-b}). [N. del E.: ver texto completo [aquí](#); fuente [CIJ](#); última consulta: 23/1/2019]).

22. XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 2016): conclusiones del tema 4 “Novedades en el tratamiento de los derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial” > subtema 1 “Conjuntos inmobiliarios” > pto. 1, párr. 6°. [N. del E.: ver conclusiones completas [aquí](#) {p. 30}; fuente: web de las Jornadas; última consulta: 23/1/2019].

23. XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 2016): conclusiones del tema 4 “Novedades en el tratamiento de los derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial” > subtema 1 “Conjuntos inmobiliarios” >

A la fecha, no existe legislación nacional que reglamente la disposición, y bajo el contexto doctrinario y jurisprudencial expuesto nos surge una infinidad de interrogantes sobre los pasos a seguir respecto de la adecuación ya sea frente a requerimientos para instrumentarla o al estudiar títulos de inmuebles que forman parte de conjuntos inmobiliarios no adecuados, puesto que hasta tanto la disposición no sea reformada o derogada existe y es de orden público. Ante semejante desconcierto, cabe agregar que en un artículo periodístico de reciente publicación se afirma:

Dos bancos de primera línea ya negaron créditos hipotecarios para comprar casas en *countries* porque éstos no estaban “adecuados” a las nuevas normas del Código Civil y Comercial para los “conjuntos inmobiliarios”...²⁴

7. Conclusiones

Conforme a la redacción del párrafo final del artículo 2075 CCCN referido a la adecuación del marco legal de los conjuntos inmobiliarios preexistentes a su entrada en vigencia, entendemos:

1) Que la obligatoriedad de adecuación alcanza a los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hayan constituido jurídicamente bajo la forma de derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales, pero no a los constituidos exclusivamente bajo la forma de derechos reales, los que podrán adecuarse voluntariamente si lo deciden los titulares del o de los derechos reales involucrados. Respecto de estos últimos, cabe distinguir:

1.a) Los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos bajo la forma de propiedad horizontal según la Ley Nacional 13.512 quedan convalidados por la nueva normativa. No es necesaria la confección de nuevo plano ni reglamento. Sus titulares pueden decidir la adecuación de aspectos reglamentarios reuniendo para ello las voluntades que requieran las respectivas decisiones. Dicha adecuación deberá instrumentarse mediante la escritura de modificación de reglamento e inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble (RPI).

1.b) En los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos bajo la forma de otros derechos reales, la adecuación no es obligatoria pero puede ser ejecutada si lo deciden por unanimidad sus titulares, produciéndose la modificación de los derechos reales involucrados. Para llevar a cabo tal modificación, será necesario otorgar el respectivo reglamento de adecuación mediante escritura pública, que deberá inscribirse en el RPI, contando previamente con nuevo plano de sometimiento o migración al régimen, salvo para el caso de conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos bajo la forma de dominio sobre las parcelas privativas y condominio sobre las partes comunes, solución frecuente en nuestra jurisdicción, en cuyo caso creemos que bastaría con

pto. 1, párr. 9°. [N. del E.: ver conclusiones completas [aquí](#) {p. 30}; fuente: web de las Jornadas; última consulta: 23/1/2019].

24. OLVEIRA, Dolores, “Mientras los bancos ya les niegan préstamos, los *countries* no logran adecuarse al Código”, en *El Cronista*, 10/7/2017: <https://www.cronista.com/economiapolitica/Mientras-los-bancos-ya-les-niegan-prestamos-los-countries-no-logran-adecuarse-al-Codigo-20170710-0051.html> [última consulta: 23/1/2019].

incorporar al plano de mensura originario una planilla de superficies comunes y valores proporcionales.

2) Para el caso de conjuntos inmobiliarios constituidos bajo la forma de derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales, existe obligatoriedad de adecuación, sin plazo de ejecución, procedimiento ni sanción. Dicha adecuación puede ser decidida voluntariamente por todos sus titulares, quienes deberán confeccionar nuevo plano de sometimiento o migración al régimen e instrumentar el respectivo reglamento de adecuación mediante escritura pública que deberá inscribirse en el RPI. Si tal adecuación no se resuelve por unanimidad, puede ser solicitada judicialmente por cualquiera de sus titulares siempre que acrediten haber agotado la vía interna, citando a los demás por medio fehaciente y dejando asentado mediante constatación notarial las ausencias u oposiciones.

3) Los títulos de conjuntos inmobiliarios preexistentes respecto de los cuales existe obligatoriedad de adecuación (constituidos bajo la forma de derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales) no deben ser observados, notarial ni registralmente, en caso de no adecuación, hasta que se reglamente por ley el plazo y procedimiento de adecuación.²⁵

4) Formalizada la adecuación en cualquiera de sus variantes, es de buena técnica notarial dejar constancia marginal de ella en todas las escrituras de adquisición de derechos reales sobre inmuebles integrantes del conjunto inmobiliario. Recomendamos asimismo que en los respectivos testimonios se solicite repetición de la nota de inscripción registral del reglamento de adecuación.

Por último, y fundamentalmente para sanear las dificultades interpretativas que presenta la disposición de *lege ferenda*, proponemos que la misma se reglamente de manera inmediata mediante normativa de fondo que prevea el procedimiento de adecuación, un plazo razonable de ejecución y sanciones en caso de incumplimiento.

8. Bibliografía

- AA. VV., [conclusiones de la XXXII Jornada Notarial Argentina {Buenos Aires, 2016}].
- [conclusiones de las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Buenos Aires, 1987}].
- [conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y 5º Congreso Nacional de Derecho Civil {Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2009}].
- [conclusiones del XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral {Rosario, 2015}].

25. En el XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario, 2015), se aprobaron por unanimidad las siguientes conclusiones: tema 2 “Registración de propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Cementerios privados. Tiempo compartido” > subtema 2 “Conjuntos inmobiliarios”: “2.1) Los planos presentados con anterioridad al 1º de agosto de 2015 y que fueron aprobados constituyen una situación jurídica consumada, por lo tanto no requieren ningún tipo de ratificación, sin perjuicio que el Reglamento deba redactarse conforme los Títulos V y VI del Libro IV del Código Civil y Comercial de la Nación. 2.2) La obligatoriedad de la adecuación de los conjuntos inmobiliarios prevista por el artículo 2075, CCyC no tiene plazo ni sanción, por lo tanto su cumplimiento no será objeto de calificación registral”. [N. del E.: ver conclusiones completas [aquí](#); fuente: CFNA; última consulta: 23/1/2019].

- ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, “Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/4/2015 (t. 2015-B, cita online AR/DOC/677/2015).
- “Los conjuntos inmobiliarios y la deuda por expensas comunes. Otra vez el problema de la vía procesal para su cobro en los preexistentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 22/3/2017 (t. 2017-B, cita online AR/DOC/694/2017).
- ALEGRÍA, Héctor y otros [comisión Decreto PEN 685/1995], *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998.
- ANDORNO, Luis O., FRICKX, Norberto O. y LUNA, Daniel G., *Clubes de campo. “Countries”*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.
- COLMAN LERNER, Horacio, *Conjuntos inmobiliarios. Countries y barrios cerrados. Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015.
- COSSARI, Nelson G. A., [comentario al art. 2075], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- DEL CASTILLO, Francisco J., “Barrio cerrado y clubes de campo. Experiencia de su regulación y convivencia”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 856, 1999.
- FERNÁNDEZ DE KIRCHNER, Cristina y otros, [Mensaje PEN 884/2012 al Honorable Congreso de la Nación; expediente 57-PE-2012], Buenos Aires, Cámara de Senadores de la Nación, 7/6/2012.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.
- NEGRONI, María L. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/5/2016 (t. 2016-C, cita online AR/DOC/976/2016).
- OLVEIRA, Dolores, “Mientras los bancos ya les niegan préstamos, los countries no logran adecuarse al Código”, en *El Cronista*, 10/7/2017.²⁶

26. Jurisprudencia consultada: CNCiv., Sala A, 28/8/2015, “Lagunas del Polo Barrio Cerrado SA c/ G. L. G. s/ ejecución de expensas” (*La Ley*, 1/12/2015 [t. 2015-F], *Doctrina Judicial*, 9/3/2016, *Revista Código Civil y Comercial*, diciembre 2015, y *Jurisprudencia Argentina*, t. 2015-IV; cita online AR/JUR/35901/2015); CNCom., Sala C, 13/10/2016, “Altos de los Polvorines SA c/ Castaño, Mariana s/ ejecutivo” (*La Ley*, 28/12/2016 [t. 2017-A] y 22/3/2017 [t. 2017-B], y *Revista Código Civil y Comercial*, marzo 2017, cita online AR/JUR/70121/2016).

Bibliografía complementaria: ALBERDI IMAS, Luana, “Conjuntos inmobiliarios. Perspectiva registral”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Universidad Nacional de La Plata - La Ley, N° 45, 2015 (cita online AR/DOC/3654/2015). BILVAO ARANDA, Facundo M., “Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios: regulación de los countries y otros emprendimientos urbanísticos en el Código Civil y Comercial”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 13/7/2016, y en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2016 (cita online AR/DOC/1188/2016). CULACIATI, Martín M., “Conjuntos inmobiliarios”, en Kiper, C. M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

DE HOZ, Marcelo A., “Conjuntos inmobiliarios”, en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

DE HOZ, Marcelo A., “Conjuntos inmobiliarios”, en AA. VV., *LXX Seminario Teórico Práctico “Laureano Arturo Moreira”*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2015.

FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “Situación actual de los ‘clubes de campo’ bajo la forma de sociedades anónimas. Reglas de aplicación inmediata”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2/9/2015 (t. 2015-E, cita online AR/DOC/2966/2015).

FUSTER, Gabriel A., “¿Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes? A propósito del artículo 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley Cuyo*, Buenos Aires, La Ley, noviembre 2015, y en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 27/4/2016 (cita online AR/DOC/3593/2015).

MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Los conjuntos inmobiliarios y el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 6/7/2016 (cita online AR/DOC/1554/2016).

SAUCEDO, Ricardo J., “Conjuntos inmobiliarios”, en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs. grales.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2014.

SZMUCH, Mario G., “Adecuación operativa y programática de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Constitucionalidad, naturaleza y contenido de la obligación de adecuar: ¿quién, cómo y cuándo?”, en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 6/7/2016 (cita online: AR/DOC/1731/2016).

VENTURA, Gabriel B., “Los derechos reales incorporados en el Código Civil y Comercial de la Nación y la publicidad registral”, en Kiper, C. M. (dir.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

La inscripción de la declaratoria de herederos, del testamento y la partición

Su justa medida

Bernardo Mihura de Estrada

Santiago J. E. Pano

RESUMEN

Se realiza una narración descriptiva de las etapas del proceso judicial sucesorio a la vez que una valoración de las exigencias del Registro de la Propiedad para inscribir la declaratoria de herederos, la aprobación del testamento y la partición en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, con la mención de otras demarcaciones. Se hará especial hincapié en la partición y su vinculación con el artículo 2337 del Código Civil y Comercial, y se analizará la “transferencia” a la que esta norma se refiere. Se analizarán también las diversas “formas” de partición y se confrontarán las normas del Código Civil y Comercial con las del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en particular su artículo 698, así como las normas registrales y la Ley de Tasas Judiciales. Se concluirá que para otorgar la partición privada notarial no debe exigirse más requisito de fondo que la existencia de la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento y la voluntad unánime de los herederos (que deben ser mayores y capaces). Se concluirá también que la protección de los derechos de los letrados intervinientes a percibir los honorarios legales así como el pago de la llamada tasa de justicia quedarán garantizados por la participación necesaria del escribano público en la partición privada notarial; y que –salvo para los casos de heredero único– no hay razón para inscribir la declaratoria de herederos o el testamento.

PALABRAS CLAVE

Partición, partición privada, partición judicial, partición extrajudicial, declaratoria de herederos, cesión de derechos hereditarios.

Fechas de recepción y aceptación

6/8/2018 - 6/12/2018

Sumario: 1. El proceso sucesorio. Primera etapa. 2. El proceso sucesorio. Segunda etapa. 3. La partición. 4. La partición en el Código Civil y Comercial de la Nación. 5. El proceso sucesorio en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. 6. El proceso sucesorio en las normas registrales. 7. El caso del heredero único. 8. Corolario. 9. Las normas arancelarias. 10. ¿Qué sucede en las provincias? 11. Conclusión. 12. Bibliografía.

1. El proceso sucesorio. Primera etapa

La muerte de una persona causa la apertura de su sucesión (art. 2277 [Código Civil y Comercial](#) [en adelante, “CCCN”]). El proceso sucesorio judicial es distinto según el causante haya o no otorgado testamento. Si la sucesión es *ab intestato*, el interesado debe denunciar otros herederos si los hubiera, y se dispone la citación de herederos, acreedores y todos los que se consideren con derechos por edicto publicado por un día en el boletín oficial, para que así lo acrediten en el expediente sucesorio dentro de los treinta días (art. 2340 CCCN). Transcurrido dicho plazo, el juez debe dictar la declaratoria de herederos **a los fines de transferir los bienes registrables** (2337 CCCN). Si la sucesión es testamentaria, se presenta el testamento en la sucesión. Si el testamento es ológrafo, se debe comprobar la autenticidad de la escritura y la firma del testador mediante pericia caligráfica. Cumplidos estos trámites, el juez debe rubricar el principio y fin de cada una de sus páginas y mandar a protocolizar el mismo ante escribano público (art. 2339 CCCN). Una vez protocolizado o, en su caso, presentado el testamento ya por escritura pública, el juez **debe declarar la validez formal del testamento a los fines de la transmisión de los bienes registrables** (art. 2338 CCCN).

Aquí termina la primera etapa del proceso sucesorio, que, necesariamente, es exclusivamente judicial, ya que tanto el CCCN como el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CPCCN”) y sus análogos provinciales permiten que las demás etapas se culminen de modo extrajudicial.

2. El proceso sucesorio. Segunda etapa

Los próximos pasos son: el inventario de los bienes dejados por el causante, el avalúo de los mismos, la formación de las hijuelas y la adjudicación de las mismas a cada uno de los herederos o sus cesionarios mediante partición. Para lograr partir, el CCCN y el CPCCN establecen que primero deben realizarse el inventario y avalúo (arts. 2341-2344 [CCCN](#), y arts. 716-725 [CPCCN](#) para el caso del inventario judicial). En caso de estar de acuerdo los herederos, ambas operaciones pueden realizarse en forma privada mediante la simple individualización de los bienes y la asignación de valores. Por el contrario, si no hubiera acuerdo, deberán recurrir los herederos a los peritos judiciales, que individualizarán y tasarán los bienes que integran la masa hereditaria.

Practicados el inventario y el avalúo de los bienes, el partidor judicial (art. 2373 CCCN para casos de desacuerdo) o los herederos de común acuerdo proceden a formar las hijuelas que en un caso se licitan, se adjudican por el partidor judicial o bien se sortean, o los herederos de común acuerdo se las asignan a cada uno de ellos según su libre voluntad mediante el acto privado o mixto de partición.

3. La partición

La partición¹ es el negocio jurídico otorgado por los herederos por el cuál concluyen la indivisión hereditaria (art. 2363 CCCN). Zannoni –citando a Lacruz– la define como

... el negocio jurídico que impide o pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas contenidas en la herencia...²

Es un acto declarativo de derechos mediante el cual se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes de su hijuela (2403 CCCN)³ y es oponible a terceros (si hubiera bienes registrables) desde su inscripción en los registros respectivos y no por la presentación en el expediente sucesorio (2363 CCCN).

La partición es declarativa porque se juzga que el adjudicatario es titular de dominio desde el fallecimiento del causante, desplazando a los demás herederos. La apertura de la sucesión, es decir, el fallecimiento del causante, provoca la transmisión *mortis causa* de sus derechos y es allí donde se vincula con el concepto del artículo 2337 CCCN, que dice que “a los fines de la *transferencia*⁴ de los bienes registrables” resulta necesaria la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento. La transferencia que menciona el artículo 2337 admite dos interpretaciones: que se trata de la inscripción registral de la transferencia *mortis causa* del causante a favor del heredero o legatario o que se trata de la transferencia como acto de disposición (venta o donación por ejemplo) a favor de un tercero que realiza el heredero declarado.

No puede haber partición sin sucesión⁵ y la partición no puede inscribirse en los registros públicos si previamente no se dictó la declaratoria de herederos o se aprobó el testamento (arts. 2337-2340 CCCN). Para poder partir, debe haber al menos dos herederos, es decir, indivisión hereditaria. Resta que los bienes se inscriban en los registros públicos; para ello, las normas procesales que veremos más adelante exigen que el juez de la sucesión ordene la inscripción de los mismos, lo que puede entenderse como una protección a los acreedores del causante que puedan pedir el inventario y avalúo de los bienes (arts. 2341 y 2343) a los fines de que sean pagadas sus acreencias (art. 2356).

Retornando al tema de la partición, esta puede ser hecha por el causante o por los coherederos. Si es realizada por los coherederos, puede ser privada, mixta o judicial (arts. 2369 y 2371), total o parcial, definitiva o provisional (art. 2370). Es provisional

1. Ver KUYUMDJIAN DE WILLIAMS, Patricia y PODESTÁ, Andrea I., “Partición”, en Mourelle de Tamborenea, M. C. (dir.), *Derecho de las sucesiones en el Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, pp. 407- 468.

2. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 629.

3. En opinión de Zannoni, lo que induce a confusión es que la partición origina o crea una situación jurídica diversa de la existencia durante la comunidad que sustituye el régimen jurídico de la indivisión por el de varias propiedades distintas y determinadas. Pero ello en nada invalida la naturaleza declarativa de la división de la herencia; lo que concurre es que solo luego de la partición cada heredero adquirirá derechos exclusivos sobre los bienes considerados singularmente (ZANNONI, Eduardo A., ob. cit. [cfr. nota 2], p. 705).

4. “El artículo que aquí se comenta no hace alusión a todo acto de disposición sino a la transferencia de bienes, y ello no es un sinónimo sino una especie de aquel género” (CÓRDOBA, Marcos M., [comentario al art. 2337], en Lorenzetti, R. L. [dir.], *Código Civil y Comercial comentado*, t. 10, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 611).

5. Sin perjuicio de lo expresado y como se menciona más adelante, puede haber partición por ascendientes o por testamento, pero son ajenas a este trabajo.

cuando los herederos asignan el uso y goce de los bienes; y definitiva cuando adjudican la propiedad de los mismos. Es parcial cuando no incluye la totalidad de los bienes que integran la masa hereditaria y total cuando los incluye. La partición también puede ser efectuada en vida del causante por donación (art. 2415) o por testamento, la que solo produce efectos desde su muerte (art. 2421).

Pero lo que realmente interesa en este artículo es que la partición puede ser privada cuando todos los herederos son capaces y, en ese caso, **la realizan por el acto que por unanimidad juzguen conveniente** (art. 2369). Este acto deberá ser otorgado por escritura pública cuando la masa esté compuesta por bienes inmuebles (art. 1017 inc. a), ya que se modifica el titular del derecho real (la designaremos *partición privada notarial*); o bien mediante un escrito presentado en la sucesión (la designaremos *partición mixta*).

Esta última variante es una especie dentro de la partición privada. Al haber inmuebles a distribuir, estamos ante una partición privada con defecto en la forma (escritura pública) que se subsana al presentarla y homologarla en el expediente. También la podemos ver como una partición judicial simplificada regulada en el CPCCN (art. 726) y designada como partición privada, sin perjuicio de que sea una partición mixta y cuyo único requisito sustancial es que los herederos estén de acuerdo y que sean capaces. No hay duda alguna de esto, ya que la verdadera partición judicial está prevista para cuando hay incapaces, oposición de terceros o justamente falta de acuerdo. La presentación de un simple escrito judicial en donde firman todos los herederos de común acuerdo para solicitarle al juez su aprobación e inscripción claramente no es una partición judicial sino una partición privada que debe ser presentada en el expediente a fin de obtener su registración por vía judicial. De allí que la doctrina la denomina partición mixta.

En caso de haber herederos incapaces, con capacidad restringida o ausentes o si hubiere terceros con interés legítimo o desacuerdo entre los herederos, la partición debe ser judicial (art. 2371 CCCN), lo que en la práctica significa que debe nombrarse un partidor judicial (art. 2373 CCCN y art. 727 CPCCN) a los efectos de formar las hijuelas y resolver su adjudicación. Es el propio partidor y no los herederos quien debe resolver la asignación de los lotes a cada heredero según su leal saber y entender o, en su caso, disponerlo por sorteo (art. 2378 CCCN).

Es muy claro el CCCN: **la única partición verdaderamente judicial es la hecha por un partidor judicial**, ya que dispone en su artículo 2373 que “la partición judicial se hace por un partidor o por varios que actúan conjuntamente”. Incluso dispone el referido artículo la forma en la que se debe designar al partidor, aclarando que en caso de falta de acuerdo es el propio juez quien lo designa.

En resumen, la partición de bienes registrables puede ser realizada por escritura pública cuando todos los herederos sean capaces y no hubiere oposición de terceros y se la denomina partición privada (notarial); o bien puede ser judicial. La partición judicial puede ser realizada por todos los herederos de común acuerdo, en cuyo caso se presenta con un mero escrito en la sucesión (partición mixta) y debe ser aprobada por el juez (art. 726 CPCCN, aunque no haya norma en el Código Civil y Comercial que así lo exija); o bien con los herederos en desacuerdo mediante la designación de un partidor judicial (partición judicial). Esta última debe ser aprobada por el juez (art. 731 CPCCN).

4. La partición en el Código Civil y Comercial de la Nación

La partición solo puede ser otorgada desde la muerte del causante, momento en que el heredero es investido de su calidad de tal (art. 2337 CCCN), salvo excepciones como la partición hecha directamente por los ascendientes o por donación. El CCCN prevé que, a los efectos de la transferencia de los bienes registrables, la investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos (art. 2337) o mediante la declaración de validez formal del testamento por el juez del sucesorio (art. 2338). Es decir que, si la partición se otorgara previamente a la declaratoria de herederos o de la aprobación judicial del testamento, sería condicional. Por ello, aquí tenemos el **primer requisito** para otorgar la partición privada, mixta o judicial y para transferir bienes registrables: la declaratoria de herederos o la declaración de validez formal del testamento.⁶ El segundo requisito es que haya al menos dos herederos, ya que habiendo un solo heredero con la declaratoria de herederos o el testamento, salvo oposición de acreedores e inscriptos los bienes en los registros públicos, termina el proceso sucesorio.

Nos preguntamos si hay otro requisito en el CCCN, el CPCCN o las normas registrales. Al efecto, el CCCN dispone que:

- La disposición de un bien implica un acto de aceptación de la herencia (art. 2294, inc. b).
- El heredero que enajena bienes de la sucesión responde con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y cargas de la herencia, excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa (art. 2321 inc. d).
- Son válidos los actos de disposición a título oneroso en favor de terceros que ignoren la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente o que los derechos de este están judicialmente controvertidos (art. 2315, 2º párr.).
- Los actos de disposición requieren el consentimiento de todos los coherederos (art. 2325).
- Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos a consecuencia de la partición, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos (art. 2403).

Evidentemente, el CCCN solo exige la declaratoria de herederos, o la aprobación judicial del testamento en su caso, como único requisito para disponer de los bienes de la masa hereditaria, léase vender o partir. Además, en ningún caso menciona la posibilidad de la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento sino, más bien, de la partición o de la venta de los mismos.

6. Sin perjuicio de que puede otorgarse partición antes del dictado de la declaratoria de herederos o de la aprobación del testamento, esta no podrá inscribirse en los registros públicos hasta que dichos actos sean cumplidos, por imperio de los arts. 2337-2340 CCCN. Se trataría de una partición condicional con efectos suspensivos o resolutorios dependiendo de la forma de su instrumentación. Por ello, no ahondamos en este tipo de partición en este trabajo y consignamos como primer requisito el dictado de la declaratoria de herederos o aprobación del testamento.

5. El proceso sucesorio en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Dos normas deben estudiarse con detenimiento en este Código: los artículos 698 y 730. El artículo 698 CPCCN, en sus párrafos primero y segundo, dispone que:

Aprobado el testamento o dictada la declaratoria de herederos, en su caso, si todos los herederos fueren capaces y, a juicio del juez, no mediare disconformidad fundada en razones atendibles, **los ulteriores trámites del procedimiento sucesorio continuarán extrajudicialmente a cargo del o de los profesionales intervinientes.**

En este supuesto, las operaciones de inventario, avalúo, partición y adjudicación, deberán efectuarse con la intervención y conformidad de los organismos administrativos que correspondan.

Como puede apreciarse a partir de una primera lectura, estos dos primeros párrafos coinciden con el procedimiento previsto por el CCCN para los casos en que los herederos estuvieren de acuerdo o fueren capaces o no hubiere oposición de terceros. Es decir, todas las operaciones (inventario, avalúo, partición y adjudicación) pueden realizarse de manera privada, ahorrando de esta forma sobrecargar los tribunales con procesos innecesarios.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 698 dispone: “Cumplidos estos recaudos los letrados podrán solicitar directamente la inscripción de los bienes registrables y entregar las hijuelas a los herederos”. Esta norma no tiene fundamento en el CCCN, salvo que se argumente que prevé el caso de defecto de forma, por incumplir el artículo 1017 CCCN. Es decir, la partición se realiza por instrumento privado y, para convertirse en instrumento público, se presenta en el expediente sucesorio, el juez la aprueba, ordena la inscripción y expide el pertinente testimonio judicial a los efectos de la inscripción de los bienes en los registros públicos, y termina siendo la mentada partición mixta.⁷

Finalmente, la norma tiene otros dos últimos párrafos, que disponen:

El monto de los honorarios por los trabajos efectuados será el que correspondería si aquéllos se hubiesen realizado judicialmente. No se regularán dichos honorarios hasta tanto los profesionales que hubiesen tenido a su cargo el trámite extrajudicial presenten al juzgado copia de las actuaciones cumplidas, para su agregación al expediente.

Tampoco podrán inscribirse los bienes registrables sin el certificado expedido por el secretario en el que conste que se han agregado las copias a que se refiere el párrafo anterior.

El cuarto párrafo tiende a garantizar los honorarios de los letrados intervinientes en la sucesión extrajudicial. No puede ser de otra forma, se alivianan los trámites judiciales y se descomprime el accionar de la Justicia. Pero ello no implica que el profesional interviniente pierda derechos a cobrar sus legítimos honorarios. Si así no fuera, la partición privada quedaría en letra muerta ya que nunca sería habilitada por parte del abogado interviniente.

7. Ya las Cámaras de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en pleno, decían que el escrito presentado por los herederos al expediente sucesorio que contiene el acuerdo de partición es instrumento público una vez que la partición es aprobada por el juez. Ver Cams. Civs. de la Cap. Fed., en pleno, 17/10/1924, “Bollini de Battilana, Matilde c/ Schoo Lastra, Oscar y otro” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 18, p. 114; *La Ley*, t. 33, p. 601). [N. del E.: ver fallo completo [aquí](#); fuente: [SAJ](#); última consulta: 25/1/2019].

En la misma línea, la Ley 27423 de Honorarios Profesionales de Abogados, Procuradores y Auxiliares de la Justicia Nacional y Federal, en su artículo 10, dispone que ningún asunto que haya demandado la participación de un abogado (judicial y/o extra-judicial) podrá considerarse concluido sin el previo pago de los honorarios, aclarando finalmente que no se podrán ordenar inscripciones hasta tanto no se hayan cancelado los mismos o en su defecto se contare con su conformidad. Ha de tenerse en cuenta que justamente el proceso sucesorio, a los efectos de la regulación de honorarios, se divide en tres etapas: el escrito inicial de la sucesión, las actuaciones hasta la declaratoria de herederos y los trabajos complementarios o posteriores a esta etapa judicial. Vemos claramente que la Ley de Honorarios Profesionales dispone que los trabajos posteriores a la declaratoria de herederos pueden ser “posteriores a las etapas judiciales”. La intervención en cada etapa confiere el derecho a la regulación de un tercio de los honorarios totales (art. 29 Ley 27423). El artículo 52 de la ley prevé que al dictarse sentencia se deben regular los honorarios, y podemos entender que la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento constituyen el único acto asimilable a una sentencia en el proceso sucesorio, que bien puede continuar de manera extrajudicial, como lo prevé el artículo 698 CPCCN.

Como se dijo anteriormente, el CPCCN, en el capítulo VI “Partición y adjudicación, artículo 726, prevé la partición privada judicial, o partición mixta en la clasificación más usual, para los casos en que los herederos fueren capaces y estuvieren de acuerdo. Esta norma resulta similar a la del artículo 698 y exige también la aprobación del juez y que previamente se paguen “el impuesto de justicia, gastos causídicos y honorarios, de conformidad con lo establecido en este Código y en las leyes impositivas y de aranceles”.

Como rareza a la que volveremos más adelante, el segundo párrafo del artículo 726 dispone: “Podrán igualmente solicitar que se inscriban la declaratoria de herederos o el testamento”.

En caso de que la formulación de las hijuelas fuere judicial, el CPCCN prevé un procedimiento para su aprobación por el juez en el artículo 731. El artículo 730 exige que previamente a ordenarse la inscripción de las hijuelas en el registro de la propiedad “deberá solicitarse certificación acerca del estado jurídico de los inmuebles según las constancias registrales”. Véase que solo se solicita para inmuebles y no para otros bienes registrables; que no se exige informe de inhibiciones o anotaciones personales por el causante; y que dice “certificación” acerca del estado jurídico, con lo cual confunde sobre si corresponde solicitar informes (art. 22 Ley 17801) o certificados (art. 23 Ley 17801) registrales. Más allá de esta confusión de conceptos registrales, es más que razonable el cumplimiento de estos requisitos, ya que, justamente, al no intervenir un escribano público en la partición, es el juez quien tiene que cumplir con las prescripciones de la Ley 17801. Respecto de esta última cuestión, si lo que se va a aprobar es la partición, es lógico solicitar certificados registrales, ya que se va a modificar la titularidad del derecho real sobre inmuebles.

Volviendo sobre lo analizado, solamente los artículos 726 y 730 prevén la posibilidad de inscribir la declaratoria de herederos y el testamento. Teniendo en cuenta que estas normas están situadas metodológicamente en el capítulo VI “Partición y adjudicación” –salvo un caso que se referirá seguidamente–, solo puede concluirse que no pueden

inscribirse en forma autónoma sino en el marco de una partición privada judicial, mixta en la clasificación usual, o bien en la partición judicial, ya que su inscripción no está prevista en el CCCN. La inscripción de la declaratoria de herederos o el testamento en su caso es una práctica que se fue extendiendo durante años, asimilándola sin duda a la partición privada mixta. Tan es así que los registros de la propiedad anotaron durante años condominios indivisos en casos de más de un heredero y prohibieron la registración de cesiones de derechos entre herederos una vez registrada la declaratoria o testamento en su caso.

Ha de concluirse, entonces, teniendo en cuenta la ubicación de la única norma que prevé la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento, que **el proceso sucesorio, en cuanto a bienes registrables, culmina con la inscripción de la partición o de la declaratoria de herederos o del testamento en los casos de un único heredero, ya que no puede haber partición.** Analizado el CPCCN, también podemos concluir que para otorgar la partición privada notarial **no se exige más requisito que la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento.** Ningún otro requisito surge del CCCN ni del CPCCN, en especial su artículo 698.

En el mismo sentido, Urbaneja expresa que “debe subrayarse la carencia de normativa de fondo que imponga la necesidad de «homologar» judicialmente las particiones”,⁸ coincidiendo Zannoni, quien expresa que “su incorporación a los códigos procesales excede la materia propia de la reglamentación del proceso sucesorio”.⁹

6. El proceso sucesorio en las normas registrales

Pasamos ahora a analizar las normas registrales: Ley 17801 y Decreto PEN 2080/1980 (texto ordenado Decreto PEN 466/1999) para entender su implicancia en las conclusiones arribadas.

En la Ley 17801 no hay norma que habilite la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento ni que imponga ningún requisito extra al otorgamiento de la partición privada notarial. Respecto del tracto abreviado, casos en que el acto de disposición es otorgado por un titular que todavía no está inscripto y que tienen origen en transmisiones hereditarias, está previsto en el artículo 16, incisos a), b) y c). El primer inciso se refiere a obligaciones preexistentes, el segundo a actos otorgados directamente por los herederos y el tercero –explica Villaro–¹⁰ a dos clases de actos, los preparatorios de la partición y los que son efecto de la partición, es decir, los que se traducen en la adjudicación de bienes. En definitiva, estos incisos eximen la previa inscripción de los documentos de donde surjan los herederos declarados o los sucesores testamentarios.

8. Ver URBANEJA, Marcelo E., “Casos de inexactitudes registrales en relación al tracto sucesivo abreviado”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 973, 2013, p. 150. [N. del E.: ver completo [aquí](#); fuente: CEPBA; última consulta: 24/1/2019]. En el mismo sentido, ver FENOCHIETTO, Carlos E., [comentario al art. 698], en Arazi, R. y Fenochietto, C. E. (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, t. 3, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 415-420.

9. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 683.

10. VILLARO, Felipe P., *Elementos de derecho registral inmobiliario*, La Plata, Scotti, 2003 (3ª ed. actualizada).

Asimismo, ha de tenerse especialmente en cuenta el artículo 41 que dispone que “No podrá restringirse o limitarse la inmediata inscripción de los títulos en el Registro mediante normas de carácter administrativo o tributario”.

El Decreto 2080/1980 (t.o. 466/1999), en su artículo 34, establece que

Cuando se utilice la modalidad de tracto sucesivo abreviado en los casos contemplados en los incisos a) y b) del artículo 16 de la Ley N° 17801 [...] deberá resultar: a) Que se ha dictado declaratoria de herederos o aprobado el testamento y que se ha ordenado la inscripción.

Y el artículo 97 del mismo decreto dispone:

Cuando se disponga la inscripción de una declaratoria de herederos o testamento con relación a un asiento de dominio, condominio o propiedad horizontal, del documento deberán resultar los siguientes autos: a) El que declara los herederos o aprueba el testamento, en su caso. b) El que ordena la inscripción.

Más allá del error normativo –sostenido por años en el Registro– del artículo 97 y la registración de la declaratoria de herederos cual si fuera una partición privada mixta, como ya hemos dicho, el artículo 34 de la Ley 17801 en nada contradice nuestra postura, ya que lo que reglamenta es justamente la excepción al principio de tracto sucesivo habitual y, por ello, solicita –*contra legem*, a nuestro criterio– la intervención judicial previa en la cuestionada y vacua “orden de inscripción”. Por el contrario, entendemos que en el caso de que los herederos quieran registrar una partición privada notarial y una posterior venta, estaríamos enmarcados en el supuesto del inciso d) del artículo 16 de la Ley 17801, no en los incisos a), b) ni c), entendiendo el caso del inciso c) como la partición judicial pura, ya que en este caso se exige el acto judicial homologatorio o aprobatorio de la partición judicial realizada en el expediente.

Evidentemente, no hay fundamento para que un decreto exija lo que ni el CCCN ni el CPCCN exigen, es decir, la orden de inscripción para los casos de partición privada notarial, y para la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento de manera autónoma. Tan es así que no tiene fundamento la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento que el artículo 99 del mismo decreto los confunde con la partición, y, por tal motivo, no se podían ceder derechos hereditarios una vez registrada la declaratoria o el testamento y, además, se le asignaban fracciones o porcentuales a los nuevos titulares de dominio, situación que fue tardíamente modificada por una norma de grado inferior como es la Disposición Técnico Registral (en adelante, “DTR”) 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (en adelante, “RPI-CF”).

Para dar con la justa medida a este artículo 97 del Decreto 2080/1980, entendemos que se debe interpretar conjuntamente con las normas del CPCCN y el CCCN que venimos reseñando. Es decir, solo corresponde la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento cuando hay un heredero único, porque no puede haber partición o mejor dicho porque la propia inscripción de la declaratoria en relación al inmueble es el acto partitivo o de culminación de la sucesión. Por ello, el RPI-CF dictó la DTR 7/2016, que claramente prevé que cuando se presenten a registración documentos que contengan declaratorias de herederos o testamentos **sin que exista partición**, solo se tomará razón de los datos de los herederos, sin consignarse proporción alguna; y que, como contrapartida

de esto, dispone que esta registración no importará cesación de la indivisión hereditaria, ya que esta solo concluye con el otorgamiento de la partición.

7. El caso del heredero único

Hemos dicho que en caso de haber un único heredero no corresponde hacer partición. En este caso nos preguntamos en qué momento termina el proceso sucesorio. Las opciones serían: una vez aprobado el testamento o declarados los herederos, una vez hecho el inventario y el avalúo, una vez ordenada la inscripción de los bienes o una vez inscriptos los bienes en los registros públicos.

Es importante dilucidar este asunto para poder decidir desde qué momento el heredero único puede disponer de los bienes registrables sea por venta o por cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado o sobre toda la herencia. No podrá haber cesión de derechos hereditarios después de la partición, porque ya no hay derechos hereditarios al haber culminado el proceso sucesorio. Aprobado el testamento o declarados los herederos, no termina el proceso sucesorio en el caso de heredero único porque si hubiera oposición de acreedores, estos pueden forzar el inventario y el avalúo de los bienes como hemos visto. En la práctica judicial es usual que el heredero único denuncie los bienes registrables (inventario), informe la valuación fiscal (avalúo) para el pago de la tasa de justicia y la pague y solicite la inscripción de los bienes en los registros públicos.

Como hemos dicho, la orden de inscripción no es un requisito del CCCN pero sí del CPCCN (art. 726) y del Decreto 2080/1980 - t.o. Decreto 466/1999 (art. 97). Una vez inscripto el testamento o la declaratoria de herederos, no hay duda de que culmina el proceso sucesorio y que no pueden cederse derechos hereditarios a partir de ese momento en el caso de heredero único. No hay otro acto previsto en el CCCN una vez hecho el inventario, el avalúo y pagadas las acreencias; y, por la normativa procesal, no es posible inscribir los bienes sin la orden de inscripción y esta no procede si hay oposición de acreedores.

Es difícil determinar si finaliza con el inventario o avalúo o con la orden de inscripción. Evidentemente, si la orden de inscripción no es un requisito de fondo, no debería ser el fin del proceso sucesorio para este caso. También resulta complejo el tema del inventario y del avalúo porque el inventario puede estar incompleto, el avalúo puede no reflejar el valor real de los bienes y puede haber acreedores que se opongan o a los que sea necesario abonar sus créditos.

La única conclusión segura es que, en el caso de heredero único, la sucesión termina con la inscripción de los bienes en los registros públicos y ya no pueden cederse derechos hereditarios en este caso. Debe entenderse esta conclusión en un sistema armónico de interpretación del CCCN y el CPCCN, lo que hoy no ocurre por las malas prácticas con respecto a la exigencia de la orden de inscripción, de la inscripción innecesaria de la declaratoria de herederos y de la falta de partición en la mayoría de las sucesiones que tramitan en la Ciudad de Buenos Aires. Adaptadas las normas procesales y registrales, creemos que en el caso de heredero único la sucesión termina con la inscripción de los bienes en los registros públicos y ya no pueden cederse derechos hereditarios.

8. Corolario

Para los casos de partición privada, es decir, en sede notarial por escritura pública, ¿corresponde solicitar la orden de inscripción de la declaratoria de herederos o el testamento? La realidad es que si el CCCN no lo exige, no hay motivo para que lo exija un decreto reglamentario. En definitiva, ¿qué significa que se ordene la inscripción de la declaratoria o el testamento si en rigor lo que se quiere inscribir es la partición de un bien en particular? Sin duda, es una deformación profesional generada después de tantos años de creer que la registración de la declaratoria tenía efecto partitivo. Si lo que se va a inscribir es la partición privada notarial, tampoco corresponde este requisito de la orden de inscripción, pues nada dicen al respecto ni el CCCN ni el CPCCN.

Bregamos por la registración de una partición extrajudicial entre herederos declarados como tales ante un juez competente y en relación a determinados bienes que los propios herederos enumeran y avalúan (inmuebles para nuestro caso). Aquí, la participación del escribano público como abogado, perito en materia inmobiliaria y profesional que ejerce una función pública es vital, ya que va a ser él sin duda quien lleve adelante todos los controles de legitimación, legalidad, registración, de tasas e impositivos, etc., además de asegurar una partición realizada de común acuerdo, sin presiones ni descuidos de los firmantes. Tan es así que si hubiera algún tipo de desbalance evidente y/o en su caso una compensación económica, deberá actuar como agente de información del impuesto a la transmisión gratuita de bienes en la Provincia de Buenos Aires¹¹ o como agente de recaudación del impuesto de sellos¹² que corresponda a cada caso.

En resumen, habiéndose dictado la declaratoria de herederos, siendo todos los herederos mayores y capaces, nada impide que la partición de los bienes registrales y no registrales se haga en forma privada sin ninguna participación del juez. Es lo que hacemos en todo caso cuando partimos entre los herederos dinero, joyas, bienes muebles incluso acciones. No podemos permitir que una errónea interpretación de las leyes registrales sobrecarguen innecesariamente los juzgados civiles en tiempos en que la administración de la justicia está poco menos que desbordada de procesos.

Es un caso claramente equivalente a lo que ya dispone el artículo 102 del Decreto 2080/1980 en relación con la registración de bienes inmuebles que pertenecían un cónyuge hoy divorciado. Efectivamente, el artículo 102 dispone que

11. Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, art. 318: “Sin perjuicio de la facultad de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires para establecer regímenes de información y de recaudación tendientes a asegurar el efectivo ingreso del gravamen, los representantes legales, albaceas y escribanos públicos intervinientes en transmisiones alcanzadas por el mismo, están obligados a asegurar el pago del tributo y retener, en su caso, las sumas necesarias a tales efectos”; y art. 324: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 322 del presente Código, el pago del impuesto deberá ser previo o simultáneo a todo acto de disposición, por parte del beneficiario, de los bienes que integraren su enriquecimiento a título gratuito. Los jueces, funcionarios, compañías de seguro y escribanos públicos deberán exigir la justificación del envío de la declaración jurada y/o pago, de corresponder, por parte del sujeto obligado respecto del enriquecimiento a título gratuito por el cual hubiera adquirido los bienes de los que se intenta disponer. En su defecto, deberán informar dicha circunstancia a la Autoridad de Aplicación, conforme lo establezca la reglamentación”.

12. Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, texto ordenado año 2018, art. 445: “En el caso que la transferencia de inmuebles o bienes muebles registrables sea consecuencia de una donación, partición de herencia, división de condominio, liquidación de la sociedad conyugal o como consecuencia de pactos de convivencia conforme el artículo 514 del Código Civil y Comercial de la Nación, la base imponible estará constituida por el monto de la contraprestación pactada y siempre que esté constituida por una suma cierta y determinada. De no existir contraprestación de dichas características el acto no estará alcanzado por el impuesto”.

El documento mediante el cual se inscriba la adjudicación de bienes como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, podrá ser, según el procedimiento por el que se opte, testimonio de la escritura de división de bienes o de las actuaciones judiciales respectivas. **Si la adjudicación de bienes se realizara por escritura pública, de ella deberá resultar la respectiva sentencia de divorcio y su firmeza, en cuanto disuelve la sociedad conyugal, y el juzgado, secretaría, fuero, jurisdicción y carátula del correspondiente expediente judicial.**

Con toda lógica, **nada dispone la norma sobre la denuncia de los bienes en el expediente ni orden de inscripción de los bienes gananciales, ni aun del pago de tasa judicial, ya que no estamos ante una partición judicial sino privada.**

Por su parte, la norma establece, avalando nuestra postura, que si la adjudicación se efectuara judicialmente, el documento deberá contener la relación de la respectiva sentencia de divorcio, del convenio de partición o de la resolución particionaria en su caso. Es decir, solo exige una resolución judicial con relación a los bienes cuando la partición se hace dentro del expediente de divorcio.

9. Las normas arancelarias

No se nos pasa por alto la vigencia de la [Ley 23898 de Tasas Judiciales](#). En resumen, dispone la citada norma que en los procesos sucesorios la tasa judicial a aplicar será del 1,5 % del valor de los bienes que se transmiten sobre la valuación fiscal actualizada, y la oportunidad de pago será al inicio de las actuaciones o, si se pretendiera inscribir una sucesión y/o hijuela extendida en extraña jurisdicción la tasa, se adeuda en oportunidad de la inscripción de las mismas (arts. 2, 9 y 14).

Esta norma también merece una breve interpretación. ¿En qué caso se “transmiten” los bienes dentro del proceso del juicio sucesorio? ¿En todos los casos? ¿O en la partición privada notarial los bienes se transmiten fuera del expediente y por mandato del propio CCCN? Es la propia ley la que establece una tasa fija (art. 6) para los casos de montos indeterminados, y que el secretario y prosecretario del juzgado interviniente son los obligados de velar por el cumplimiento efectivo del pago de la misma. Esto no es un obstáculo –y nunca lo fue para el RPI– para admitir la partición privada notarial. Será el secretario el que deba velar por el pago de la tasa de justicia al comienzo del proceso, que es el momento que establece la Ley 23898 y no antes de la orden de inscripción, como en la práctica se aplica.

10. ¿Qué sucede en las provincias?

Sabemos que esta deformación registral de considerar la inscripción de la declaratoria y/o el testamento como una verdadera partición es algo que no llega mucho más allá de la General Paz. En la inmensa mayoría de las provincias el tratamiento judicial y registral de una sucesión es bastante diferente. Veamos qué sucede en algunas demarcaciones.

En **Santa Fe**, es práctica inscribir la declaratoria de herederos en relación a los inmuebles sobre los que se hará acto seguido la partición. Una vez inscripta la declaratoria

en el registro en forma marginal, es práctica corriente que la partición se haga extrajudicialmente por escritura pública. Es decir, la partición se hace notarialmente pero se requiere la inscripción previa de la declaratoria en los registros inmobiliarios.

En **Córdoba**, la partición extrajudicial se hace por escritura pública, pero se le adjunta una copia de la declaratoria de herederos y copia de la constancia de que los inmuebles están incluidos o enumerados en la sucesión.

En **Formosa**, el registro de la propiedad solo pide que en la escritura de partición se cite la existencia de la declaratoria de herederos y se consignen los datos del juicio.

En **Chubut**, el registro de la propiedad solo exige que se cite en la escritura de partición la carátula del juicio sucesorio, juzgado y secretaría, la transcripción de la declaratoria y el pago de la tasa de justicia.

En **Misiones**, el registro de la propiedad exige para partir privadamente denuncia del bien y pago de la tasa de justicia en el expediente.

En **Mendoza**, si se hace partición extrajudicial se tiene que aforar el expediente en Rentas y cajas profesionales. En ningún caso el Registro de Mendoza inscribe declaratorias de herederos ni cesiones de derechos en relación con los inmuebles. En la escritura de partición se relaciona la sentencia de declaratoria de herederos y los datos del juicio.

En **Tucumán**, el registro de la propiedad no nos pedirá nada más que hacer constar en la escritura la declaratoria de herederos. Más allá de esto, es práctica verificar la carta de pago de los honorarios de los letrados y que se han pagado los aportes de ley.

En **Salta**, los requisitos para inscribir una partición y adjudicación entre herederos mayores y capaces instrumentada en escritura pública son solamente dejar constancia de que está pagada la tasa de justicia y de que esté pagado el aporte a la Caja de Abogados, además de citar y transcribir en lo pertinente la declaratoria de herederos.

En **Entre Ríos**, con declaratoria de herederos, es el escribano quien puede hacer inventario y adjudicación de bienes con la conformidad de todos los herederos. Claro que en esta provincia entra en juego también el impuesto a la transmisión gratuita de bienes y es el escribano quien debe controlar su pago, aclarando además que deberán estar pagados los aportes a la Caja Forense/Colegio de Abogados y los honorarios del abogado interviniente.

11. Conclusión

Sostenemos que para otorgar la partición privada notarial no debe exigirse más requisito de fondo que la existencia de la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento y la voluntad unánime de los herederos, que deben ser mayores y capaces. Ningún otro requisito surge ni del Código Civil y Comercial ni del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en especial su artículo 698. Más allá de la interpretación que le hemos dado en este artículo al Decreto PEN 2080/1980 (texto ordenado por Decreto PEN 466/1999) en lo que se refiere al artículo 34 inciso a), el mismo debería corregirse prontamente, adecuando esta norma de grado inferior al Código Civil y Comercial y demás normas citadas.

La protección de los derechos de los letrados intervinientes a percibir los honorarios legales así como el pago de la llamada tasa de justicia quedarán garantizados por la participación necesaria del escribano público en la partición privada notarial.

Del mismo modo, podemos concluir que, salvo para los casos de heredero único, no hay razón para inscribir la declaratoria de herederos o el testamento, ya que ni el Código Civil y Comercial ni el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ni el Decreto PEN 2080/1980 prevén esta posibilidad. Respecto de la norma del artículo 97, hay que darle su justa medida, es decir, solo debe resultar aplicable a los casos de heredero único.

12. Bibliografía

- CÓRDOBA, Marcos M., [comentario al art. 2337], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 10, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- FENOCHIETTO, Carlos E., [comentario al art. 698], en Arazi, R. y Fenochietto, C. E. (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, t. 3, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- KUYUMDJIAN DE WILLIAMS, Patricia y PODESTÁ, Andrea I., "Partición", en Mourelle de Tamborenea, M. C. (dir.), *Derecho de las sucesiones en el Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.
- URBANEJA, Marcelo E., "Casos de inexactitudes registrales en relación al tracto sucesivo abreviado", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 973, 2013.
- VILLARO, Felipe P., *Elementos de derecho registral inmobiliario*, La Plata, Scotti, 2003 (3ª ed. actualizada).
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2001.

La causa, los considerandos y la fuerza vinculante del contrato

Alfredo L. Rovira

RESUMEN

El CCCN le ha dado a la causa un peculiar protagonismo y trascendencia, no solo al tiempo de la génesis del acto sino durante toda su vigencia. Se habla en forma indiscriminada de causa del contrato y de causa de la obligación, pues es requisito de validez del contrato que se concreta en que exista causa lícita de la obligación. La cuestión está íntimamente ligada a la licitud para no admitir la validez de los contratos ilícitos o inmorales remontándose a las fuentes del ordenamiento civil. La palabra causa ha sido utilizada tanto con relación al acto jurídico como al contrato con tres diferentes significados: (a) con sentido ontológico, como "causa-fuente", como el antecedente u origen de la obligación; (b) con sentido teleológico, como "causa-fin", aludiendo a la finalidad inmediata, a los objetivos concretos perseguidos por los contratantes al tiempo de concluir su acuerdo y formando parte de la estructura del contrato, debiendo ser conocida de antemano por ambos contrayentes; (c) como "causa-motivo", ocasional o impulsiva, dada por la representación *in mente* de los efectos económicos de quien celebra el acto jurídico y que no se detiene al tiempo de la contratación ni se circunscribe a la estructura del negocio sino que llega a comprender todo lo que constituye los fines mediatos perseguidos por las partes. La existencia de causa es esencial para que el acto subsista y parte de la presunción de que toda obligación reconoce una causa legítima, con tal repercusión que la falta de causa podrá dar lugar a la nulidad, adecuación o extinción del contrato. Así, en el CCCN no solo la causa fuente es vital para el acto jurídico en tanto causa fuente obligacional sino que también la causa fin es un elemento esencial y, como tal, debe existir al tiempo de la negociación, celebración y durante toda la ejecución del contrato. Pero la causa-motivo requiere exteriorización si se los desea incorporar a la causa fin del negocio, y el modo de hacerlo es exponiéndolos en los considerandos contractuales.

PALABRAS CLAVE

Derecho mercantil, contratos, causa fin, fuerza vinculante, considerandos, teoría dualista, interpretación, frustración del contrato.

Fechas de recepción y aceptación

17/8/2018 - 16/10/2018

Sumario: 1. Introducción. 2. La causa. 3. La trascendencia que el CCCN asigna a la causa ha dado relevancia a los "considerandos" de los contratos. 4. La fuerza vinculante del contrato y la autonomía de la voluntad. 5. El análisis de las circunstancias en que se produce la contratación, la causa y sus efectos. 6. La causa y su frustración como causal de resolución. 7. Bibliografía.

1. Introducción

El derecho de los contratos ha sufrido una conmoción por la moderna visión del ordenamiento civil que ha receptado principios y dogmas propios del derecho mercantil permitiendo que ellos influyan en la regulación, particularmente en el ámbito del derecho patrimonial. Tal evolución del derecho de contenido patrimonial se tradujo en una simbiosis entre la concepción tradicional del derecho civil y las nociones pletóricas de influencia de la sociedad en la que le cabe desenvolverse, que son características propias del derecho mercantil. Este último, como “derecho vivo”,¹ mutante y flexible, ha influido fuertemente, tiñendo con principios y dogmas propios del mercantilismo al derecho civil, forzando a los civilistas, reacios a reconocer la impronta mercantil por su nombre, a hablar de un “derecho civil patrimonial”. Dichas circunstancias han constituido el punto de partida que cimentó la convicción de las bondades de hacer un tratamiento unificado de las normas de obligaciones y contratos que sentaron las bases para la tendencia unificadora de los derechos civil y comercial, fenómeno que se ha venido dando ininterrumpidamente a partir de los inicios del siglo XX.

Tal verificación de la realidad no es más que la constatación de una verdad histórica que reconoce que el derecho mercantil nació para satisfacer las exigencias del tráfico y, más modernamente, del tráfico en masa y no a los simples actos aislados de comercio.² Ello es así por cuanto el comerciante procura la difusión y propagación del comercio y de todos los actos que lo constituyen o con los que se manifiesta a la mayor cantidad de personas. Así, lo que el siglo XX demostró con transparencia es que el fruto de la revolución industrial, la producción en masa, no podía más que derivar en el derecho del consumo y de los actos de adhesión. De tal modo, se hizo apremiante buscar criterios novedosos para que se adaptasen a esa nueva modalidad de la actividad, siempre en la búsqueda de la seguridad jurídica y ponderando también la necesidad de que el tráfico goce de una cierta estabilidad de sus normas, sin perder el objetivo de adecuarlas a las nuevas prácticas y costumbres, que siempre han sido la esencia del derecho mercantil como factor dinamizante de la economía en general. La primera gran transformación consistió en relativizar la autonomía de la voluntad, pero lo que en estas líneas habremos de reflexionar gira en torno a la otra gran modificación de los tradicionales postulados del capitalismo liberal: la relativización de la máxima “*pacta sunt servanda*”.

En mérito a ello, no debe sorprender que el nuevo Código de fondo que nos rige desde el 1 de agosto de 2015 se enrole en la más moderna visión del contrato y que se hayan incorporado al ordenamiento positivo unificado nuevos institutos o fortalecido los existentes bajo la noción tradicional del derecho privado. Así, concluimos que el **Código Civil y Comercial de la Nación** (en adelante, “CCCN”) es una cabal demostración de la

1. Garrigues manifiesta cómo el derecho mercantil en España fue evolucionando de modo de abandonar la concepción del derecho mercantil en favor del concepto económico del comercio, a causa, principalmente, de la constante ampliación del número de hechos y relaciones sociales sujetas a las normas jurídicas mercantiles que obligó a determinar la noción de derecho mercantil a partir de un método que hizo énfasis en la observación de la realidad económica como la razón de ser del derecho mercantil. De esta manera, justifica cómo el derecho mercantil deja de ser la regulación de los actos aislados para pasar a ser el derecho de los actos en masa, con fuerte influencia del derecho germánico (v. GARRIGUES, Joaquín, *Temas de derecho vivo*, Madrid, Tecnos, 1978, pp. 58 y ss.).

2. Ídem, p. 60.

recepción de normas aptas para reflejar en sus disposiciones los cambios socioeconómicos producidos, particularmente, a partir de la segunda mitad del siglo XX.

En línea con lo antes expuesto, vale recalcar que el proceso de unificación del derecho civil y comercial es el reflejo de nuevas manifestaciones sociológicas que expresan la dinámica de la sociedad moderna, recogiénolas a partir de la premisa de que el derecho civil se mantiene como “derecho común”, esencia del ordenamiento jurídico privado, pero reconociendo la necesidad de subsistencia del derecho mercantil. Se confirma así el augurio de los maestros del derecho comercial clásico, que visualizaban que a la larga, en la modernidad, la columna vertebral del derecho mercantil iba a triunfar y que ello daría como consecuencia descartar la visión arcaica del derecho mercantil concebido como un derecho de excepción del derecho civil para no solo integrarse con el derecho civil sino, además, influirlo en forma significativa reconociéndose la autonomía de los postulados propios del derecho comercial.

Con este preámbulo, no debe sorprender que nuestro CCCN, lejos de reconocer la muerte del derecho mercantil lo reafirme, no solo al mantener su referencia en el título sino en su contenido, por cuanto lo hace en forma clara y manifiesta, recibiendo los influjos del derecho mercantil en todo el ámbito del derecho obligacional y de los contratos. Al así hacerlo, también recoge la moderna concepción del derecho de los contratos que parte de distinguir el vocablo acuerdo de la voz contrato, concibiendo al primero como un simple acuerdo de voluntades o, como decía el artículo 1137 del Código Civil derogado (en adelante, “CCIV”), “acuerdo de voluntades destinado a reglar derechos”, para pasar a concebir al contrato como “el acto jurídico mediante el cual dos o más personas manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales” (art. 957, CCCN).

En ese entorno, un elemento esencial del acto jurídico y por tanto del contrato, como es la causa, ha recibido en la normativa del CCCN un impulso particular, adquiriendo peculiar protagonismo y una importante trascendencia no solo al tiempo de la génesis del acto sino durante toda su vigencia. De esta forma, uno de los clásicos temas controvertidos del derecho civil adquirió especial relevancia. Ello motiva estos pensamientos que, a renglón seguido, exponemos con proyección no solo académica sino también práctica.

2. La causa

En la evolución de los sistemas jurídicos con inspiración europea continental, la cuestión de la causa pasó de ser una mera cuestión doctrinaria a considerárselo tema de debate esencial, para explicar su reconocimiento normativo. Así, desde el origen del planteo, el Código Civil francés requería la causa lícita y se sostenía que no hay obligación sin causa.³ Pero en tal cuerpo legal no se define lo que se entiende o debe entenderse por causa del contrato y se deja este punto a la elaboración doctrinal y jurisprudencial.

3. [N. del E.: el lector podrá cfr. a continuación: 1. el [Código Napoleón de 1804](#) {fuente: web oficial de la [Biblioteca Nacional de Francia](#); última consulta: 21/11/2018}, y 2. el [Código Civil francés actual](#), con la posibilidad de

En un contexto confuso se habla en forma indiscriminada de causa del contrato y de causa de la obligación, pues si por una parte la causa es requisito de validez del contrato, ese requisito se concreta en que exista causa lícita de la obligación. La cuestión está íntimamente ligada a la licitud para no admitir la validez de los contratos ilícitos o inmorales y, como veremos más adelante, la controversia se remonta a las fuentes de nuestro ordenamiento civil.

Genéricamente el vocablo *causa* es utilizado con diversos significados. Tal como explica Escriche, una primera acepción alude a la causa como “el título en virtud del cual adquirimos algún derecho; como la venta, cesión, donación, sucesión, etc.”. También se alude a la causa para hacer referencia a una “contienda judicial entre partes o todo asunto que se ventila contradictoriamente y se juzga en un tribunal, y aun el cuerpo mismo de los autos”.⁴ En el derecho privado, la palabra *causa* ha sido utilizada tanto con relación al acto jurídico como al contrato y se lo ha hecho con tres diferentes significados: (a) con sentido ontológico, como “causa-fuente”, esto es como el antecedente u origen de la obligación; (b) con sentido teleológico, como “causa-fin”, aludiendo a la finalidad inmediata, a los objetivos concretos perseguidos por los contratantes al tiempo de concluir su acuerdo y por ello formando parte de la estructura del contrato, debiendo ser conocida de antemano por ambos contrayentes. De tal modo, en los contratos onerosos, la causa fin la constituye la respectiva contraprestación de la otra parte (v. gr. en la compraventa la cosa prometida a entregar por el vendedor es la causa fin del comprador y el pago del precio estipulado a pagar por el comprador es la causa fin del vendedor). Y, finalmente, la tercera acepción de causa es (c) la de “causa-motivo”, ocasional o impulsiva, dada por la representación *in mente* de los efectos económicos que ha de acarrearle a quien celebra el acto jurídico y que no se detiene al tiempo de la contratación ni se circunscribe a la estructura del negocio sino que va más allá en cuanto a los propósitos perseguidos por las partes, hasta llegar a comprender todo lo que ellas han tenido como motivo razonable en atención al cual contrajeron la obligación. Son los propios fines mediatos perseguidos por las partes, como ser, la casa adquirida para vivir en ella o darla en locación o para instalar un hotel, etc.

Como anticipamos, la primera cuestión planteada en torno a este elemento del acto jurídico ha sido si se refiere a la causa de la obligación o a la causa del contrato. Las fuentes del CCIV, tanto el derecho español como el francés, no fueron suficientemente esclarecedoras.⁵ Durante la vigencia del CCIV, la cuestión de la causa dio origen a un

consultar las versiones consolidadas por año {fuente: web oficial del [Servicio de Público de Difusión del Derecho Francés](#); última consulta: 27/12/2018}].

4. ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería de Garnier Hermanos, 1869, pp. 435-436. [N. del E.: acceda a una edición digitalizada [aquí](#) {Madrid, 1847, p. 510}].

5. Navarro Mendizábal compara los arts. 1261 y 1274 del [Código Civil español](#) con los arts. 1131 y 1133 del [Código Civil francés](#), y concluye que ambas normas introducen factores de confusión e incertidumbre aunque coinciden en reconocer la causa como de la esencia de la obligación y, por tanto, del contrato en tanto fuente obligacional, al punto tal que el art. 1131 francés sienta el principio de que una obligación sin causa o con causa falsa o ilícita no puede producir efecto alguno: “*L’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*” (v. NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo A., *Derecho de obligaciones y contratos*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2013, [2ª ed.], p. 344). (Cabe mencionar que el art. 1131 resultó modificado en 2016 [por la [Ordonnance N° 2016-131](#), en vigor desde el 1/10/2016] al punto tal que la cuestión de la causa quedó superada, de conformidad con la redacción actual, que dice: “*Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat*”). [N. del E.: el [link al art. 1131](#) dirige a la versión consolidada al 30/9/2016; fuente de los hipervínculos:

rico debate, discutiéndose si las disposiciones de los artículos 500-502 se referían a la causa-fuente o a la causa-fin. Tal controversia se generó por la confusión planteada por el CCIV, que siguió al Código Francés en gran medida, aunque no en esta parte, respecto de si se estaba hablando de la causa de las obligaciones o de la causa de los contratos. En tal sentido, una importante corriente doctrinaria se inclinó por considerar los artículos 499-501 CCIV como exponentes de causa-fuente para comprender a cualquiera de los supuestos antes enunciados. La controversia partió de la crítica que Vélez Sarsfield hizo al Código Civil Francés por haber confundido la causa de las obligaciones con la causa de los contratos, siendo para Vélez causas (fuentes) de las obligaciones las del artículo 499. En la nota al artículo 499, se precisa que son fuentes de las obligaciones no solo los contratos sino también los cuasicontratos, los delitos, cuasidelitos y también la ley, resultando inadmisibles que, después de tan acertada distinción y crítica al Código francés, Vélez hubiese incurrido en el mismo error que había censurado, confundiendo ambos conceptos y tomando como causa de las obligaciones a la causa fin, que solo puede corresponder a los contratos. Esta corriente, sin embargo, consideraba al artículo 502 –al referirse solo a obligaciones de origen contractual– como una disposición mal ubicada aunque admitía la posibilidad de que también se refiriera a la causa fuente.

Es que, como vimos más arriba, desde la antigüedad la noción de causa dio siempre lugar a confusión y debate. Ya Escriche apuntaba a esta situación confusa no solo cuando enumera las diversas nociones del vocablo sino, también, cuando reconoce a la causa como una palabra que puede significar o aludir a la “causa final” entendida como “el fin con que se hace alguna cosa” aludiendo al tiempo venidero, distinguiéndola de la “causa impulsiva o motiva” entendida como “la razón o motivo que nos inclina a hacer alguna cosa” y que se refiere siempre al tiempo pasado.⁶ Es que sobre la noción de causa se han manifestado diversas corrientes.

El CCCN sigue la postura de la llamada doctrina o posición neocausalista,⁷ desarrollada en nuestro derecho por Videla Escalada y seguida por Borda, López Olaciregui y Cifuentes, entre otros. Para Videla Escalada, el concepto más exacto de la causa, como elemento esencial de los actos, es la finalidad o razón de ser del negocio jurídico, entendida en el doble sentido de causa uniforme y repetida, incluyendo los motivos psicológicos relevantes que impulsaron a las partes a concluir el acto. Pero, a pesar de ello, el CCCN no abandona la tradicional distinción de causa fuente y causa fin. Si bien es cierto que

webs oficiales del [Boletín Oficial del Estado Español](#) y del [Servicio de Público de Difusión del Derecho Francés](#); última consulta: 27/12/2018].

6. “La causa final suele llamarse «modo» y así se dice en materia de legados: «*Modus est ratio legandi in futurum tempus collata*». Y más adelante agrega, aludiendo a la “causa motiva”: “La causa tomada en ese sentido se suele llamar simplemente causa y se refiere siempre al tiempo pasado; y así en materia de legados se dice: «*Causa est ratio legandi in praeteritum tempus collata*»” (ESCRICHE, J., ob. cit. [cfr. nota 4], p. 436).

7. Ver BENAVENTE, María I., [comentario al art. 281], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 96-102. TOBIAS, José W., [comentario al art. 281], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 2, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2015, pp. 96-102, llama a esta posición “la tesis dualista o sincrética”, porque combina el aspecto objetivo y subjetivo de la causa. El aspecto objetivo es el fin jurídico, inmediato y tipificante procurado por las partes. Es un propósito recíproco y común de obtener el cumplimiento íntegro de los planes de prestación supuestos desde la celebración del negocio mientras que el aspecto subjetivo se configura por los móviles o motivos determinantes de la voluntad jurídica que, para “causalizarse” deben ser esenciales, exteriorizarse y ser al menos conocidos por la otra parte si el negocio es doblemente atributivo. La distinción radica en que el aspecto objetivo debe siempre estar presente mientras que el subjetivo puede no estar.

cuando trata de los elementos del acto jurídico, al referirse a la causa en el artículo 281 la caracteriza como “el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico determinante de la voluntad”, al tratar las obligaciones, en el artículo 726, precisa que no hay obligación sin causa y así se refiere a la causa fuente como el hecho generador del acto o de las obligaciones o de los presupuestos de hecho de los cuales derivan obligaciones legales. Concretamente en tal disposición precisa: “No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico”.

El contrato es una fuente de obligaciones y, por ende, con esa concepción genérica de “hecho” el codificador comprende en la causa fuente, hechos o actos jurídicos. Recuérdese la distinción que formulan los artículos 257 y 259 CCCN. El primero caracteriza al hecho jurídico como “el acontecimiento que, conforme el ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”, mientras que el segundo define al acto jurídico como “el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”. Para evitar toda confusión posible respecto a la presunción de que toda obligación presupone la existencia de una causa, tanto el artículo 282 lo recuerda al regular los actos jurídicos como el artículo 1013 deja ello en claro cuando enfatiza que la causa debe existir en la formación tanto del acto jurídico (y el contrato lo es) como en la celebración pero, además, también debe subsistir durante la ejecución.

Ya hemos visto que la causa fuente se presume y debe existir en todo acto jurídico, pero se ha discutido en doctrina si la causa fin es también elemento esencial del acto jurídico. Quienes niegan el valor de la causa como elemento esencial la han subsumido en el concepto de objeto o confundido con la intención perseguida por las partes; es la doctrina anticausalista que ha quedado desacreditada.

El codificador alude a la causa fin al tratar de los actos jurídicos y, por serlo, también alude a la causa fin al regular el contrato (art. 281, al que se remite cuando trata la causa del contrato en el art. 1012) y alude al fin que las partes se propusieron lograr al celebrar el acto o el “fin inmediato” y propio del negocio jurídico. Surge así nítido como el codificador de 2015 adopta la tesis de Videla Escalada reconociendo a la causa como una noción que expresa “la finalidad o razón de ser del negocio jurídico”. Asimismo, debe recordarse que la fuente originaria de nuestro derecho civil, el derecho francés, concebía no solo a la causa como un elemento esencial sino que, sancionaba al acto como produciendo “ningún efecto” cuando careciese de causa. Pero el interrogante que se planteaba es si tal recaudo aludía a la causa fuente o también a la causa fin. La respuesta surge de la interpretación del artículo 1013 CCCN.

No solo la noción básica de que la existencia de causa es esencial para el acto subsiste y se subsume con la presunción de que toda obligación presume la existencia de una causa legítima, sino que se amplía. En efecto, tal noción subsiste, pero, por las circunstancias expuestas en el preámbulo de estas notas, expande sus efectos. Ello se advierte en el artículo 1013 CCCN cuando establece que la falta de causa es considerado elemento tan esencial que, según los casos, podrá dar lugar a la nulidad, adecuación o extinción del contrato. La única excepción a la regla general se da en el acto abstracto (art. 283).

En nuestra opinión, tal como está redactado hoy nuestro CCCN, no hay duda que no solo la causa fuente es vital para el acto jurídico en tanto causa fuente obligacional

sino que también la causa fin es un elemento esencial del mismo y, como tal, debe existir al tiempo de la negociación, celebración y durante toda la ejecución del contrato. Pero, teniendo en cuenta la forma acotada con que –en principio– el codificador enuncia la causa fin, su caracterización merece especiales disquisiciones. Al respecto, cabe analizar la causa fin objetiva y distinguirla de la causa fin subjetiva.

Como vimos, todo contrato cuenta con una causa fin objetiva que consiste en el propósito recíproco y común de los agentes de obtener el cumplimiento íntegro de las prestaciones.⁸ Tal es la conclusión que se desprende del artículo 282 CCCN, que establece que “aunque la causa no esté expresada en el acto se presume existe mientras no se pruebe lo contrario”. Esta norma sigue al artículo 502 CCIV, pero bajo dicho Código la discusión era si la norma se refería a la causa fuente o eficiente (Llambías) o si, en cambio, se refería a la causa fin (Borda). Los intérpretes del artículo 282 CCCN sostienen que no hay duda que se refiera a la causa fin objetiva, que, además, aparece como un elemento fundamental del contrato sobre todo al tiempo de analizar las posibilidades de modificación o extinción, y, para nosotros, tampoco afecta concluir que la presunción de causa debe entenderse en sentido lato y genérico sin distinguir si se trata de la causa fuente o la fin, pues tal distinción apunta a tiempos diversos del acto jurídico. La presunción de causa es presupuesto de reconocimiento de la existencia del acto y de la obligación que el mismo crea y, por otro lado, todo acto persigue un fin o finalidad y lo que trasciende es que tal finalidad debe persistir durante la vigencia de la relación jurídica creada.

Para entender la lógica racional que subyace de la conclusión anterior vale recordar que, a partir del Código Napoleónico, se desarrolló una línea de pensamiento tradicional que consideró no solo a la causa presente en los contratos onerosos sino también en los gratuitos, y, de tal modo, como ejemplo, concibió a la causa de los contratos gratuitos en la liberalidad del donante mientras que en los contratos sinalagmáticos la obligación de cada contratante encuentra su causa en la obligación a ser ejecutada por el otro. De ahí la necesidad de un equilibrio en las prestaciones. La jurisprudencia francesa asimiló así la causa con el propósito específico o intención que guía a las partes a celebrar el negocio jurídico. Esta teoría es la que concluye que la causa es el motivo determinante de la obligación. Pero esa teoría, llamada la teoría subjetivista de la causa, fue considerada insuficiente para explicar todas las posibilidades de la actuación del sujeto y surgió así otra posición que postuló la combinación de la teoría objetiva y subjetiva, que es la que finalmente adoptó nuestro codificador, al enrolarse en la teoría neo-causalista liderada por Videla Escalada.

De acá se desprende otra consecuencia. Existe indudablemente una relación entre la causa y la buena fe, hoy principio general del derecho, conforme lo establece el artículo 9 CCCN. Al respecto, Ordoqui Castilla nos dice:

El ensanchamiento de las funciones de la buena fe en la relación contractual ha determinado que cierto sector de la doctrina llegara a sostener que, en definitiva, lo que está ocurriendo es que la buena fe viene sustituyendo o consustanciándose con la misma noción de causa...⁹

8. Según DE LORENZO, citado por BENAVENTE, María I., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 100.

9. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Buena fe en los contratos*, Bogotá-Buenos Aires-Madrid-México, Temis-Zavalía-Reus-Ubijus (colección “Biblioteca Iberoamericana de Derecho”), 2011, p. 85.

En verdad, el CCCN parece confirmar tal aseveración, ya que el artículo 1014, al referirse a la causa ilícita, establece:

El contrato es nulo cuando a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; y b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común; y si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido.

Es que el principio general de la buena fe en muchos casos permite identificar conductas prohibidas más allá de las disposiciones legales. Hay una especie de identidad entre las buenas costumbres, la moral y la regla de la buena fe, pues todas derivan de un tronco ético común.

3. La trascendencia que el CCCN asigna a la causa ha dado relevancia a los “considerandos” de los contratos

Debemos iniciar esta parte del análisis volviendo sobre la distinción entre la causa fin objetiva y la causa fin subjetiva con un breve relato de la evolución doctrinaria de carácter histórico. Con Betti, en Italia, se desarrolló una línea doctrinaria en virtud de la cual la causa es la razón del negocio, es su función económico-social. Así la causa, como razón o justificación objetiva del negocio, se encuentra en su función y así se vinculan la noción de causa con la de finalidad. Tal concepción tuvo acogida en la redacción del *Código Civil italiano de 1942*¹⁰ donde se concluyó que la causa no es el fin subjetivo perseguido por el contratante sino la función económico social que el derecho reconoce como relevante para sus fines y justifica la tutela jurídica de la autonomía privada. Esta teoría, denominada la teoría objetiva de la causa, ha sido criticada porque la función económicosocial no actúa como causa, haciéndose necesario valorar las motivaciones comunes a ambas partes en donde la causa es de la esencia para tildar de nulo a un negocio inmoral o ilícito.

Como adelantamos, el artículo 281 CCCN adopta una posición en mérito a la cual se recepta como causa no solo el elemento finalidad (objetivo) sino también los motivos que indujeron a las partes a contratar (elemento subjetivo) pero solo en la medida que estuviesen exteriorizados en el contrato. La causa explica el común propósito de las partes de alcanzar la finalidad práctica tutelada por el ordenamiento jurídico y explica el negocio sin causa (apariencia de negocio), el negocio con causa falsa (negocio que encubre otro distinto o simulación) y la ilicitud que es la disconformidad del resultado o de la intención con la ley y la moral; esto se da cuando el propósito es inmoral o pretende violar la ley. Sin embargo, ya hemos visto que la doctrina ha hecho énfasis en la distinción entre la causa y los móviles. La causa es el fin inmediato que determinó la celebración del acto, los motivos son los móviles indirectos que no necesariamente se vinculan con la finalidad.

Como vimos, para el CCCN la causa es tanto el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad como así también los

10. [N. del E.: fuente: [portal oficial de la legislación italiana](#); última consulta: 27/12/2018].

motivos. Pero el CCCN no apunta o enfatiza en los fines de tales móviles. El análisis parte de reconocer los móviles como integrantes de la causa solo en la medida que fueren exteriorizados y solo cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa. También deben considerarse determinantes de la voluntad aunque resulten tácitamente, si son esenciales para ambas partes.¹¹ Resulta entonces fundamental para que los motivos puedan considerarse incorporados a la causa fin del negocio que los motivos sean exteriorizados, y el modo de hacerlo es, naturalmente, exponiéndolos en los considerandos contractuales. Pero en ese particular, también debe tenerse presente que de los considerandos debe resultar claro que tales motivos deben ser relevantes o esenciales para ambas partes ya sea por una referencia a los mismos indirecta o en forma expresa. Dado que desde el punto de vista interpretativo la demostración de los motivos tácitamente existentes será de difícil acreditación, de ahí resulta la trascendencia de su exteriorización en forma expresa por vía de los considerandos contractuales.¹²

Como derivación de lo antedicho, puede concluirse que los móviles son subjetivos y jurídicamente intrascendentes porque los motivos son individuales y no integran el acuerdo de voluntades, aunque ello no priva la posibilidad de que los motivos puedan ser elevados por las partes a la categoría de causa fin.

El artículo 281 CCCN, al caracterizar la causa fin, agrega que

También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente, pero en este último caso solo si son esenciales para ambas partes.

El lugar sugerido para contemplar tal situación es el capítulo de “considerandos” del contrato. De tal forma, los considerandos de los contratos adquirieren relevancia por cuanto es el lugar y medio idóneo para que cada una de las partes explicita no solo la finalidad inmediata sino también los móviles que, para cada una de las partes (o ambas) los indujo a contratar englobándolos en la noción de causa que debe permanecer durante toda la contratación hasta su conclusión.

Al manifestarse en modo expreso tales móviles, los mismos alcanzan la relevancia de la causa fin y complementan el cuadro de elementos esenciales causales. Recalco, la causa fin debe ser esencial para ambas partes y exteriorizada en el acto de modo expreso o tácita¹³, mientras que los móviles pueden ser solo de una de las partes, pero aun así pueden tener relevancia y operan con toda su fuerza al tiempo de la interpretación de la convención si los mismos fueron explícitamente expuestos en los considerandos del contrato (pues normalmente no sería lógico exponerlos en la parte dispositiva del mismo). Además, utilizado de tal modo los considerandos de los contratos pasan a jugar un rol preponderante, no solo a los fines de la existencia del acto jurídico sino también al tiempo de su interpretación. Expresar en forma clara la intención determinante de la

11. Para el derecho español, Navarro Mendizábal sostiene en líneas generales que “los motivos internos que mueven al contratante creo que no tienen ninguna trascendencia jurídica salvo los supuestos de vicios del consentimiento” (NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo A., ob. cit. [cfr. nota 5], p. 345). Esa conclusión no resulta aplicable en nuestro derecho.

12. TOBIAS, José W., ob. cit. (cfr. nota 7), pp. 351-352.

13. BENAVENTE, María I., ob. cit. (cfr. nota 7), pp. 99-101.

conducta de los contratantes ayuda a la recta interpretación de la voluntad de las partes subsumiendo el criterio de interpretación en función de las palabras (regla gramatical) con la regla de indagación de la voluntad y, por tanto, coadyuva también para aclarar su contenido.

Como corolario, podemos decir que la doctrina moderna, sin duda seguida por el CCCN, destacó que el concepto de causa-fin es propio de los contratos y más ampliamente de los actos jurídicos, en tanto que la causa de las obligaciones no puede ser otra que su fuente pues no se puede hablar de causa final de una obligación sino solamente de su causa eficiente o más precisamente de la fuente de la obligación. Ello parece desprenderse de la lectura del artículo 726 CCCN, que dice: “No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico”. Por ende, el CCCN elimina esa discusión pues sin duda trata de la causa fin del acto jurídico en los artículos 281 a 283 y considera al contrato como una especie de acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (art. 957). El encuadre es ratificado por los artículos 1012 y 1013 del CCCN cuando se remite a lo normado sobre la causa de los actos jurídicos (art. 1012) y se insiste en la necesidad de que la causa exista en todo momento de vigencia del contrato, claramente aludiendo a la causa-fin o causa-motivo (art. 1013).

4. La fuerza vinculante del contrato y la autonomía de la voluntad

Claramente compatibles con los principios del derecho mercantil son, por un lado, la afirmación de la libertad de contratación y, por el otro, el efecto vinculante del contrato, que lleva como apéndice el corolario de que los jueces, como regla general, no deben inmiscuirse en cuestiones propias del tráfico y por lo tanto no les es dable alterar lo acordado por las partes contratantes. Esta conclusión fue incorporada al CCCN que, en su artículo 960, establece:

Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

Pero estos principios no son absolutos y a lo largo de la evolución histórica se ha ido demostrando cómo el necesario equilibrio entre los intereses individuales con los colectivos que propugnan una mejor y más justa y equitativa estructura social generan situaciones propicias para que la fuerza vinculante del contrato no sea necia a la realidad socioeconómica y admita, en caso de controversias, su revisión por un tercero neutral como es el juez.

Cierto es que las ideas que predominaron en el siglo XIX requirieron una adaptación a la realidad social que la sucedió. De ahí que los principios considerados básicos de toda relación jurídica, como es el respeto por lo acordado y a limitar la intervención de terceros entre las partes (incluyendo al juez) fue evolucionando al compás de los cambios sociales, pero también influido por las ideas políticas.

Del temor a la interferencia del Estado en los contratos surge también el temor a la intervención judicial en el ámbito contractual y la necesidad de enfatizar que ello solo puede ocurrir en puntuales circunstancias. Como dice el artículo 960, cuando sea a pedido de alguna de las partes en los supuestos que la ley lo autorice o cuando de un modo manifiesto se afecte el orden público (lo que, por definición, debería ocurrir en mínimas y puntuales ocasiones).

No estamos en los tiempos modernos frente a la disyuntiva de reconocer la plenitud de la fuerza contractual o la incertidumbre derivada de la interferencia judicial¹⁴ sino que se trata de encuadrar adecuadamente el necesario y deseado equilibrio entre el valor de lo pactado y la preservación de otro valor ínsito en todo contrato, el del equilibrio entre las prestaciones debidas mutuamente por las partes.

Por otra parte, compartimos la conclusión de Mosset Iturraspe y Piedecabras de que el contrato es una obra compartida, fruto de las partes y la normativa legal,¹⁵ pues si bien es cierto que el contrato es un acto jurídico resultante de la libre voluntad de las partes, la misma tiene el acotamiento del sistema jurídico en el que tal voluntad es expresada. Se trata del límite que imponen las normas imperativas a la autonomía de la voluntad. Como se advierte, también desde esta perspectiva, la noción de causa adquiere relevancia y ello se acentúa aún más cuando se aborda esta cuestión en el campo de los contratos bilaterales y conmutativos.

No es cierto que los principios que inspiraron la legislación europea del siglo XIX –tildada de liberal e individualista– propusieran los dogmas de moralidad, libertad y seguridad como factores ajenos a la realidad socioeconómica¹⁶ y mucho menos a las circunstancias propias de cada una de las partes contratantes. Los dogmas antes referidos son valores inmanentes y parten del reconocimiento de un derecho natural que propende a lo justo y equitativo.

Ya vimos también cómo en la doctrina jurídica la exégesis del derecho ha evolucionado al compás de los cambios socioeconómicos. Más aún, varios principios liminares del derecho de los contratos como la noción de distribución del riesgo y el equilibrio de las prestaciones se vio necesario revisarlos en tiempos de desestabilización económica, sea que ello fuese el fruto de situaciones bélicas –como las guerras mundiales– o de catástrofes económicas –como fue la crisis argentina del año 2001–.

Como adelanto, debemos tomar conciencia de que nos adentramos al análisis de uno de los elementos esenciales del contrato (la causa) en su proyección posterior a la celebración del contrato cuando el acto sinalagmático es puesto en situación de crisis. Con la visión moderna que inspira el derecho de los contratos, la causa no solo es elemento esencial del acto jurídico sino que también pasa a jugar un rol predominante al tiempo de querer poner en crisis al aforismo “*pacta sunt servanda*”.

Con la incorporación de las disposiciones sobre la causa se consolida una noción de contrato que toma en cuenta los fines tenidos en mira por los celebrantes a la

14. Mosset Iturraspe y Piedecabras recuerdan las controversias en torno a este tema planteadas por Bibiloni y Risolia y respondidas por Dalmiro Alsina Atienza y Eduardo Busso, entre otros, al sancionarse la reforma de la Ley 17711 del año 1968 al CCIV (v. MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECABRAS, Miguel A, *La revisión del contrato*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008).

15. Ídem, p. 24.

16. Ídem, pp. 11-16.

hora de contratar, modificación que fue denominada “espiritualización” de la noción de contrato,¹⁷ y mi recomendación es concretar tal noción doctrinaria o teórica con su exposición práctica mediante la explicación de la causa contractual en el cuerpo preliminar del contrato o “considerandos” del mismo. Ello permite no solo facilitar la interpretación sino convertirse en útil herramienta llegado el momento de que alguna de las partes desee revisar la fuerza vinculante del contrato pues, cuando se desvanecen los móviles o directamente son frustrados por circunstancias ajenas a la voluntad de quien los tuviese y fueran compartidos o aceptados por la otra parte, se abre pie a la posibilidad de replantear la obligatoriedad del vínculo convencionalmente creado. El CCCN lo contempla en forma expresa en el artículo 1090.

La fuerza vinculante del contrato se pone a prueba en un momento crucial de su propia vida: cuando alguna de las partes acusa a la otra de incumplimiento o cuando el cumplimiento implica una real inequidad y, en tal momento, deviene esencial el análisis de la causa, sobre todo si está bien expresada en el contrato.

5. El análisis de las circunstancias en que se produce la contratación, la causa y sus efectos

El artículo 1090 establece:

La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

El instituto no existía en el CCIV y tampoco en el Código de Comercio, y fue admitido por la jurisprudencia y doctrina como una consecuencia de la elaboración y profundización de la teoría de la causa fin elaborada a partir de los artículos 500, 501 y 502 CCIV, hoy expresamente previstos en los artículos 281-283 CCCN, que la regulan como elemento del acto jurídico, complementados por los artículos 1013 y 1014, que la contemplan específicamente para los contratos. De esta forma, el CCCN siguió la línea propiciada por los Proyectos de Reforma de 1987 y 1998.¹⁸

La frustración del fin del contrato es un modo de resolver los desajustes que se producen en una relación jurídica por afectarse a la causa fin y puede constituirse así en un modo no previsto originalmente de terminación de la relación contractual. De tal modo, el CCCN siguió la postura de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991), en donde se consideró *–de lege lata–* que

17. Ver ARIZA, Ariel, [comentario al art. 1012], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 5, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 755.

18. Ver LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., [comentario al art. 1090], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 5, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2015, pp. 710 y ss. La doctrina reconoce origen en los casos de la coronación (Ídem, pp.712-715).

La frustración del fin del contrato es capítulo inherente a la causa; entendida ésta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio.¹⁹

Así, se ha abierto la posibilidad a revisar la obligatoriedad de las prestaciones comprometidas por las partes por alguna contingencia sobrevenida que prive de razón de ser al contrato, por afectar su causa, dando pie a la parte afectada a hacer valer la repercusión de tal circunstancia como afectación causal y permitirá que sobre esa base se justifique la incidencia de los mecanismos de resolución. La trascendencia práctica de esta postura surge no solo del hecho de haberse elevado a norma de derecho positivo la teoría de la frustración de la finalidad, sino que refuerza la reflexión en torno a la relevancia del elemento causal al tiempo de celebrarse el acto jurídico y redactarse en un instrumento la voluntad de las partes del mismo.

Ya vimos que la causa es, pues, el fin que las partes se han propuesto, lo cual posibilita analizar su intención y admitir o rechazar la validez del acto.²⁰ El CCCN, en el artículo 281, lo cataloga como elemento esencial de los actos jurídicos –y por lo tanto del contrato–, encuadrando el concepto en la noción de causa-fin, diciendo que es el fin inmediato que autoriza la ley y determina la voluntad de los sujetos.²¹

Por otra parte, el CCCN también ratifica el principio de fidelidad al contrato cuando en el artículo 959 establece: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”. Y tal principio es ratificado por la norma siguiente, pues el artículo 960, referido a las facultades de los jueces, dice: “Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”.

El inspirador de la teoría de la frustración de la finalidad fue Larenz, quien desarrolló su teoría partiendo del análisis de la relación jurídica vinculando la base del negocio jurídico con su causa. Ello tuvo lugar en tiempos en que los intérpretes del Código Civil alemán también consideraban que el problema sobre cuál era la causa de la prestación era una cuestión sumamente controvertida. Pero la discusión llegó a su apogeo cuando, como fruto de la Primera Guerra Mundial, se produjo un serio desbarajuste en las relaciones jurídicas establecidas y se tornó un clamor encontrar una solución jurídica equitativa. Locher intentó apoyar legalmente la falta o desaparición de la base del negocio en la *condictio* del derecho romano, por entender que en tales supuestos se daba la “no realización del resultado perseguido” por una prestación. Es más, Oertmann consideraba posible la teoría de la base del negocio y su vinculación con la *condictio*

19. [N. del E.: acceda a las conclusiones completas [aquí](#), comisión N° 3 “Contratos: Frustración del fin del contrato” > De lege lata > I. Noción de frustración del fin > punto 1., por mayoría {p. 7}; fuente: web oficial de las **XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil**; última consulta: 27/11/2018].

20. Ver TRIGO REPRESAS, Félix A, [comentario a los arts. 501 y 502], en Compagnucci de Caso, R. H. y otros (dirs.), *Código Civil de la República Argentina explicado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, pp. 309-310.

21. Ver COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., [análisis del art. 281], en Bueres, A. J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pp. 252-253.

solamente en los negocios de prestación, pero aclarando que no resultaba aplicable a los negocios constitutivos de obligaciones porque estos solo excepcionalmente se consideran una prestación.²²

Partiendo de la premisa que la afectación esencial de la causa conduce a la extinción del contrato, las antedichas elaboraciones llevaron a Larenz a distinguir la falta o posterior desaparición de la causa de aquel otro supuesto donde lo que se analiza es la no realización del resultado perseguido. Larenz considera que por causa no puede entenderse, de ningún modo, o por lo menos en primer lugar, ni un motivo, ni una presuposición unilateral o incluso bilateral, ni tampoco la base del negocio en sentido subjetivo. En tales supuestos, como el planteo lleva a la resolución por pérdida de la causa, el fundamento determinante de la repetición no es que el que realiza la prestación hubiese incurrido en un error sobre la causa de la misma, aunque en caso de prestación por una deuda inexistente puede oponerse a la repetición la circunstancia de que se conociese la inexistencia de la deuda y por consiguiente no estuviese obligado. En su posición, el fundamento de la repetición es que el destinatario de la prestación ha obtenido algo con la que se ha enriquecido injustamente. La causa de una adquisición realizada mediante una prestación de cualquier otro modo es, por tanto, un requisito objetivo de su subsistencia jurídica pero no una base del negocio subjetiva atribuida por medio de las representaciones de las partes al negocio de prestación. El magistral jurista sostenía que si alguien paga una deuda parte del supuesto que esta deuda existe y que esa representación constituye para él la base de su voluntad negocial, pero este no es en modo alguno el motivo, por lo menos principal, por el que la ley, si la deuda no existe, le concede la repetición de la prestación. En tal caso, la ley le concede la repetición porque no quiere conservar un desplazamiento patrimonial que objetivamente carece de causa.

Para Larenz, la causa no es la finalidad inmediata de la prestación (*causa solvendi, donandi* o *credendi*) sino la relación jurídica, en la que la prestación se basa objetivamente y que representa el fundamento reconocido por el ordenamiento jurídico.

6. La causa y su frustración como causal de resolución

Como anticipamos párrafos arriba, el CCCN recepta el instituto de la frustración del fin contractual, siguiendo las ideas arraigadas en la doctrina y continuando la inspiración de Larenz²³ desde el análisis de las bases circunstanciales del negocio jurídico y desarrollada en nuestro derecho por Atilio Alterini e importante doctrina nacional, recogiendo también experiencias del derecho comparado. La premisa para incorporar este instituto es que la cuestión se relaciona también al contrato bilateral en el cual cada parte se obliga frente a la otra a una prestación, haciéndolo para obtener la contraprestación fijada en el contrato.

Siguiendo esa línea de razonamiento, esa contraprestación es, a juicio de cada parte, el exacto equivalente de su propia prestación conforme su propia y subjetiva valoración.

22. Ver el prólogo de Carlos Fernández Rodríguez en LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, (trad. de Carlos Fernández Rodríguez).

23. Ídem.

Se sigue la doctrina de que el contrato implica un reparto de riesgos. Por ello no es de la esencia en el contrato bilateral que la equivalencia de ambas prestaciones sea medida con una escala objetiva y general, pues puede ocurrir que, en mérito a las circunstancias tenidas en cuenta por cada parte, tales prestaciones y contraprestación, respectivamente pueden no ser objetivamente equivalentes. Pero esa cuestión no es relevante para el instituto de la frustración de la finalidad si no se afecta la causa.

En el ámbito del contrato, la equivalencia está dada por lo que cada parte esté dispuesta a recibir y entregar y que la voluntad de ambas partes tenga por objeto una prestación a cambio de una contraprestación. La equivalencia resulta entonces fruto de un análisis subjetivo e individual, esto es lo que hace a la esencia del contrato bilateral. Por tanto, un contrato celebrado como bilateral pierde su sentido y carácter originarios cuando, a consecuencia de una transformación de las circunstancias, la relación de equivalencia se modifica tanto que no puede hablarse de contraprestación, o de un equivalente que pueda considerarse como tal por razón de haberse alterado la base del contrato. En tal supuesto será más apropiado aplicar la teoría de la imprevisión que la de la frustración de la finalidad.

Ya apuntamos que el artículo 1090 CCCN, al regular la posibilidad de que la parte perjudicada del contrato pueda declarar su resolución cuando se produzca la frustración definitiva de la finalidad del contrato constituye una innovación que resalta el valor y efecto de la causa del contrato que, como también comentamos más arriba, fue materia de arduos debates, y finalmente consensos, habidos en el país en los últimos años a partir de la XIII edición de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991),²⁴ en donde se propició por primera vez en Argentina su incorporación legislativa.²⁵ Si bien hay similitud con el instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente, la principal distinción radica en que este instituto (el de la frustración de la finalidad) se estructura en torno a la afectación de la causa del contrato, mientras que en la excesiva onerosidad solo se afecta la magnitud de la prestación, se pierde la proporción entre el valor que se esperaba pagar o recibir y el que se pretende recibir o pagar.

Durante la vigencia del CCIV hubo un intenso debate sobre la posibilidad de revisión de un contrato ya celebrado. La doctrina y jurisprudencia evolucionaron introduciendo al derecho positivo el instituto de la lesión y el de la excesiva onerosidad sobreviniente. La incorporación del artículo 1090 es un tercer paso en línea con la relativización del concepto de que “los contratos están para ser cumplidos”.²⁶ En rigor, el artículo 1090 es una de las excepciones contemplada por el artículo 959 CCCN y abre la discusión si tal norma también autoriza a que esa parte perjudicada plantee al tribunal el ejercicio de la facultad de modificar lo estipulado contractualmente conforme lo que autoriza el artículo 960 CCCN o, si simplemente su opción es continuar el contrato o resolverlo, pero no está facultado a pedir la adecuación a las nuevas circunstancias. Cuando se frustra la finalidad el contrato puede cumplirse pero la prestación resulta inútil mientras que en la

24. [N. del E.: cfr. nota 19].

25. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 717.

26. Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La excesiva onerosidad sobreviniente y la acción autónoma de revisión”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 7/2/2006 (t. 2006-A, cita online AR/DOC/103/2006); interesante comentario crítico al fallo CNCom., 1/9/2005, “Inversora Azucarera SA c/ Cía. Swift de La Plata SAF y otros s/ ordinario”.

excesiva onerosidad sobreviniente la prestación es útil pero de cumplimiento muy gravoso porque la esencia radica en la afectación del equilibrio de las prestaciones, se afectan los valores económicos y por eso puede inhibirse la resolución readecuando los valores, lo que no es posible en la frustración porque la causa se frustra, desaparece y, por tanto, no es posible que el acto jurídico subsista.²⁷ Resumiendo, la respuesta a tal interrogante es que el artículo 1090 solo autoriza a pedir la resolución. Sin embargo, ello no es óbice para que, por voluntad conjunta de las partes, se modifique el contrato y, de tal modo, las partes acuerden impedir la efectiva resolución.²⁸ Será materia de consenso pero no de decisión judicial que, en el mejor de los casos sólo se hará presente para homologar el nuevo acuerdo.

La cuestión a mi juicio plantea una interesante disyuntiva. ¿Debe el artículo 1090 interpretarse a la luz de la doctrina de la causa-fin del contrato que es un campo que la doctrina calificó como un concepto reducido, estrecho, oscuro e impreciso?²⁹ ¿O debe buscarse su explicación en otro instituto? Como resulta de la explicación que sigue, en mi opinión no hay duda de que la resolución del interrogante se encuentra a través de la indagación de la causa fin.

Por otra parte, el encuadre del artículo 1090 claramente se conecta con los principios enunciados por el artículo 1732 CCCN, que trata de la imposibilidad de cumplimiento, pues, si bien la frustración de la finalidad no es asimilable a la frustración del contrato por incumplimiento, está íntimamente ligada a ese supuesto aunque se trate de situaciones distintas.³⁰ En ambos supuestos, la parte afectada puede liberarse del vínculo sin penalidad o deber de resarcimiento.

Pero la novedad de la norma y del enfoque en el que se funda fuerza una tarea interpretativa del contrato en el que se la pretenda utilizar. Es entonces cuando los Considerandos del contrato en tanto exponentes, no solo de la causa fin objetiva sino de los motivos subjetivos que llevaron a las partes a contratar, permitirán a las partes y al juez reconocer las circunstancias bajo las cuales se contrató y, eventualmente, abrir la puerta a la posibilidad de reconocer los términos de tal contratación pero traídos a las nuevas circunstancias que se hubiesen dado que afectarían la causa fin integralmente considerada, esto es, no solo la causa fin objetiva sino también la subjetiva.

La cuestión tiene, asimismo, íntima relación con el instituto considerado, pues la interpretación de un contrato no depende exclusivamente de las palabras usadas y de su significación para las partes sino también de las circunstancias en las que fue celebrado y a las que aquellas se ajustaron. Tales circunstancias –entonces– devienen de algún modo en un elemento complementario de la causa y ayuda entonces su exposición en los considerandos contractuales. Si luego de la celebración se hubiese operado una transformación fundamental de las circunstancias tenidas en miras al tiempo de contratar, coyuntura que las partes no habían pensado al ponderar sus intereses y acordar la dis-

27. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 720.

28. Ver HERNÁNDEZ, Carlos A., [comentario al art. 1090], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 6, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 218.

29. Ver TRIGO REPRESAS, Félix A, ob. cit. (cfr. nota 20), p. 316.

30. El profesor Bueres parece compartir este criterio pues señala que la norma del art. 1090 solo se refiere a la frustración del fin del contrato y no a la frustración del contrato (ver KITAINIK, Nicolás, en Bueres, A. J., [dir.], *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 623).

tribución de los riesgos propios de la contratación, no hay duda que la fuerza vinculante del contrato se pone en crisis.

Puede ocurrir que, de ejecutarse el contrato conforme lo acordado, esto es prescindiendo de las circunstancias imperantes al tiempo de la ejecución, pierda por completo el sentido originario y tenga consecuencias totalmente distintas de las que las partes habían imaginado o debieron razonablemente prever.³¹ Es este supuesto al que el artículo 1090 está dirigido y para poder plantearlo es menester revisar la causa fin del contrato como se hubiese considerado y, eventualmente, expuesto. De ahí que una práctica que en nuestro derecho no tuvo demasiada acogida, como es la de relatar los antecedentes o considerandos tenidos en cuenta para celebrar la contratación, bajo la vigencia del nuevo CCCN se torna una cuestión que hace a la diligencia debida al tiempo de la redacción e instrumentación del acto jurídico.

7. Bibliografía

- AA. VV., [conclusiones de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Buenos Aires, 1991}].
- ARIZA, Ariel, [comentario al art. 1012], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 5, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- BENAVENTE, María I., [comentario al art. 281], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., [análisis del art. 281], en Bueres, A. J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería de Garnier Hermanos, 1869.
- GARRIGUES, Joaquín, *Temas de derecho vivo*, Madrid, Tecnos, 1978.
- HERNÁNDEZ, Carlos A., [comentario al art. 1090], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 6, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- KITAINIK, Nicolás, [análisis del art. 1090], en Bueres, A. J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.
- LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, (trad. de Carlos Fernández Rodríguez).
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., [comentario al art. 1090], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 5, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2015.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La excesiva onerosidad sobreviniente y la acción autónoma de revisión", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 7/2/2006 (t. 2006-A, cita online AR/DOC/103/2006).
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel A, *La revisión del contrato*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo A., *Derecho de obligaciones y contratos*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2013, (2ª ed.).
- ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Buena fe en los contratos*, Bogotá-Buenos Aires-Madrid-México, Temis-Zavalía-Reus-Ubijus (colección "Biblioteca Iberoamericana de Derecho"), 2011.
- TOBIÁS, José W., [comentario al art. 281], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 2, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2015.
- TRIGO REPRESAS, Félix A, [comentario a los arts. 501 y 502], en Compagnucci de Caso, R. H. y otros (dirs.), *Código Civil de la República Argentina explicado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011.

31. La idea está tomada y es un desarrollo de lo expuesto por Larenz, con cita de Jagusch, en LARENZ, Karl, ob. cit. (cfr. nota 22), pp. 97-98.