

octubre | diciembre 2018

934

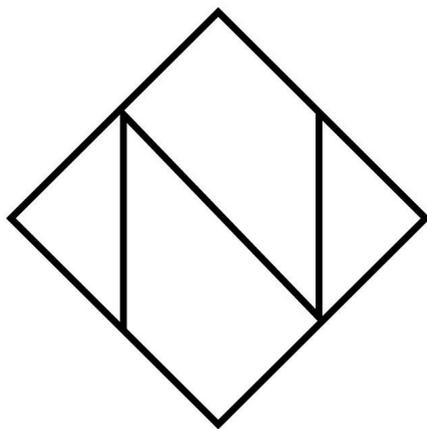
REVISTA DEL  
NOTARIADO

---

Director: Diego M. Martí

octubre | diciembre 2018

934



**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:** Agustín Rodríguez

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 1<sup>er</sup> piso

Buenos Aires - República Argentina

+ 54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

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

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

Nº de Registro DNDA: 5353496

ISSN: 2362-6186

Diseño de tapa: Florencia Cardoso

Diseño de interior: Liliana Chouza

Todos los derechos reservados.

# Consejo Directivo

Ejercicio 2017-2019

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

### Editorial | 6

#### Doctrina

Alcances del deber de responder del escribano en el Código Civil y Comercial, por *Ignacio E. Alterini* | 10

Representación convencional y orgánica, por *Norberto R. Benseñor* | 30

Régimen de separación de bienes. Una opción aun poco conocida, por *Julio C. Capparelli* | 54

La preferencia del boleto de compraventa del artículo 1170 del Código Civil y Comercial de la Nación, por *Anahí Carrascosa de Granata* | 65

Estudio de títulos, por *Marcelo de Hoz* | 91

Posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes en el Código Civil y Comercial: A) por declaración en el acta de matrimonio; B) por convención matrimonial previa o posterior al matrimonio, por *Natalio P. Etchegaray* | 104

El *blockchain* en la actividad jurídica registral y notarial. Y reflexiones sobre la evolución del pensamiento sobre estos temas, por *Marcelo N. Falbo* | 111

El cusufructo en acción, por *Pedro F. Sáenz* | 125

Formas de la partición de las comunidades, por *Marcelo E. Urbaneja* | 145

Estimados lectores:

Entre los diversos artículos y tópicos que incluye este número 934, quiero referirme aquí a los temas planteados en los dos que abordan la opción del régimen patrimonial matrimonial, de autoría de los escribanos Julio Capparelli y Natalio Etchegaray respectivamente, a la luz del que trata sobre el estudio de títulos, de autoría del escribano Marcelo de Hoz –este último, en el marco de una exposición en sesión pública de la Academia Nacional del Notariado–.

Citaba en el [editorial anterior](#) a Alberto Spota (*Contratos*, t. VII, p. 324), quien, abordando el tema de la bondad de algunos títulos provenientes de determinados negocios jurídicos (en la época del Código de Vélez Sarsfield), sostuvo que toda vacilación debía resolverse sobre la base de una interpretación restrictiva de la norma a fin de no aumentar los supuestos de títulos imperfectos, que constituyen una rémora para el tráfico jurídico.

### **La opción de régimen patrimonial matrimonial**

En los artículos de Etchegaray y Capparelli se plantea concretamente, entre otras, la cuestión de la forma en el ejercicio de la opción del régimen patrimonial matrimonial. Uno con criterio algo más flexible que el otro, pero ambos autores concluyen en la validez de la opción efectuada en el acta matrimonial. Sin embargo, sucede que, por ejemplo, en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Ciudad de Buenos Aires, 24-26 de agosto de 2016), [se concluyó](#), entre otras cuestiones, que

La opción por el régimen de separación debe hacerse en la convención matrimonial. La declaración efectuada en el acta de matrimonio se exige a los fines de la publicidad frente a terceros. En ningún caso puede optarse por el régimen de separación ante el oficial del Registro Civil al momento de la celebración del matrimonio.

Tal vez ya no hablemos de “el nuevo Código”, dado que está por cumplir cuatro años de aplicación, pero las consecuencias de los cambios más relevantes que ha introducido –y el tema en cuestión es sin duda uno de ellos– aún no están puestas sobre la mesa en toda su extensión, fundamentalmente porque no ha pasado tiempo suficiente como para que el conflicto se haya planteado y la jurisprudencia se haya expedido. Seguramente la evolución en los criterios interpretativos al respecto desde entonces haya hecho que el tema ya no genere fuertes debates, pero me parece interesante tomarlo como ejemplo.

Me refiero a los inconvenientes que podría encontrar para su circulación un documento notarial que contenga un acto de disposición del cónyuge titular de dominio respecto de un inmueble adquirido a título oneroso, durante la vigencia del matrimonio, sin contar con el asentimiento del otro cónyuge (y no tratándose de la vivienda familiar), pero con opción de régimen de separación solo expresada en el acta. Es decir, ¿qué actitud habremos de tomar al respecto? Si nos plantásemos firmemente en el criterio de la Jornada Notarial Argentina de 2016, ¿qué haríamos con relación al cónyuge no titular que no comparece en la escritura –sea porque no quiere o no puede, sea porque

tiene restringida su capacidad con relación al acto, porque falleció o porque se disolvió el vínculo por divorcio—?

La realidad es que no está sucediendo, no se ha planteado, pero lo mismo da, sea este u otro tema. Es lógico: el notariado hace camino al andar tanto en cuanto a la generación de normas en base a la gestión o a partir de una iniciativa práctica como en tanto en cuanto primer intérprete de la ley. La cuestión es cómo coordinar esto con el estudio de títulos, con el análisis que inevitablemente deberá hacerse *a posteriori* cuando el adquirente del ejemplo, que, al contraer nupcias, haya optado por el régimen de separación solo mediante manifestación en el acta matrimonial, pretenda disponer del inmueble o gravarlo.

## Estudio de títulos

Decía el Dr. Jorge Alterini que el estudio de títulos consistía en el estudio del derecho que se alega. Como hemos dicho en [algún dictamen](#):

La perfección u observabilidad de un título puede determinarse, en la mayoría de los casos, de manera indubitada. Pero en algunos, la objetividad que debe primar en nuestro análisis se ve influida, legítimamente, por las concepciones y la formación de cada intérprete. Es allí cuando, en definitiva, determinar lo que debe entenderse en un caso concreto por título perfecto importa una cuestión circunstancial sujeta al arbitrio o criterio judicial. Parece apropiado, entonces, provocar un acercamiento al concepto jurisprudencial de título perfecto.

Así, en [trabajo](#) presentado a la XVIII Jornada Notarial Argentina [...] coordinado por María T. Acquarone y Eduardo H. Plaetsier, se informa que, según el concepto jurisprudencial, título perfecto es el que no permite que el adquirente del bien sea perturbado por acciones reales de terceros o el que le permite al comprador, por sus antecedentes, pensar fundamentalmente que no será molestado por terceros que ejerzan acciones reales, que no ofrecerá objeciones en los negocios inmobiliarios (para lo cual es suficiente que no ofrezca motivos que hagan presumir ese peligro). Y se sostiene que el título «será perfecto en tanto y en cuanto su titular no se vea perturbado en el libre ejercicio de su derecho por la existencia de algún vicio oculto con respecto al acto jurídico del transmitente y posibles acciones reivindicatorias anteriores [...] [y que] título perfecto [es] aquel que reúne los requisitos esenciales para su validez y se encuentra libre de todo vicio».

Por su parte, refiere Marcelo de Hoz en la exposición que publicamos que el ámbito de aplicación del estudio de títulos es esencialmente la configuración de la buena fe del tercero en los términos del artículo 392 CCCN (art. 1051 en el Código Civil), requisito para que el tercero pueda ser protegido ante la acción reivindicatoria.

## El asesoramiento jurídico notarial

Nos dice Capparelli que

En un esquema de reparto algo más tradicional, en el que uno solo de los cónyuges evoluciona más en lo patrimonial y el otro o no es tan exitoso o bien se ocupa de otros intereses

y tareas que afectan a la familia, el régimen de comunidad es sin lugar a dudas el que ofrece una mayor protección al económicamente débil...

Lo que pone de manifiesto la gran importancia del asesoramiento profesional respecto de “las ventajas y desventajas de uno u otro régimen”. Resulta claro entonces para el autor que

La ley ha confiado este asesoramiento particularmente en el notariado –aunque lógicamente no en forma exclusiva–, ya que las convenciones matrimoniales han de otorgarse en escritura pública y el cambio de régimen de comunidad a separación también recorre ese camino.

La cuestión gira en torno a la interpretación de dos incisos del artículo 420 CCCN (contenido del acta matrimonial), que en el i) dispone que debe reflejar la declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó, mientras que debe expresar, según el inciso j), la declaración de los contrayentes acerca de si se ha optado por el régimen de separación de bienes. También resulta relevante al respecto lo dicho en los [fundamentos](#) del Anteproyecto de Código Civil y Comercial elaborados por la comisión reformadora.

Ante la disparidad de criterios, los Registros Civiles de la Ciudad y de la Provincia de Buenos Aires han adoptado soluciones opuestas, como autoridades de aplicación de la ley para la celebración del matrimonio.

Es evidentemente de toda lógica que el momento de la celebración del matrimonio no es el adecuado para asesorarse respecto de las consecuencias de optar por un régimen de separación de bienes o no hacerlo. Me consta que el oficial del Registro Civil expresa en voz alta, ante los contrayentes, los testigos y quien quiera escucharlo, que los primeros han optado por dicho régimen, así como que les pregunta si han sido asesorados y si comprenden sus alcances. Pero a tenor de las consecuencias que la opción implica, y en virtud de lo inapropiado y fugaz del momento, parece ser que ello no basta.

### Por último

De vez en cuando, me resulta imprescindible hacer algunos reconocimientos, fundamentalmente porque es justo. La *Revista del Notariado* implica el trabajo de mucha gente que no todos los lectores tienen presente –excepto que se busque específicamente la información en nuestro sitio web–. De tal modo, me permito poner de relieve la tarea del Departamento de Comunicaciones del Colegio, que, encabezado por Valentina Noblía, hace la coordinación editorial, contando con Agustín Rodríguez como secretario de redacción y encargado, además, de la corrección y edición, y con Ramiro Chanes a cargo de la página web.

Pero además contamos con el invalorable aporte del Comité Editorial, conformado por los colegas y amigos Maritel Mariela Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Martín Jaime Giralt Font, Alfonso Gutiérrez Zaldívar, María Marta Luisa Herrera, Mariana Claudia Massone, Alberto María Miguens y Pilar María Rodríguez Acquarone.

Los resultados del trabajo que se hace respecto del material que generan los autores son los que llegan a ustedes con cada número digital y con cada anuario, pero es

importante que se tenga en cuenta –y también por eso mi necesidad de cerrar el Editorial con estas palabras– que la inmensa mayoría de las publicaciones son objeto, fundamentalmente, de dos procesos: en primer lugar, el referato que formulan de manera anónima los miembros del Comité Editorial, y, en segundo, las correcciones y aplicación de herramientas digitales. Ambos dan a cada artículo, comentario a fallo o exposición que publicamos un valor agregado que los propios autores se encargan de resaltar –tanto quienes están haciendo sus primeras armas en esto como aquellos ya consagrados y con varias publicaciones en su haber, tanto aquí como en otras publicaciones jurídicas–.

A todos ellos, ¡felicitaciones y gracias!

En este número, además de los tres artículos referidos, nuevamente nos gratificamos de publicar una importante cantidad de doctrina: “Alcances del deber de responder del escribano en el Código Civil y Comercial” (*Ignacio E. Alterini*), “Representación convencional y orgánica” (*Norberto R. Benseñor*), “La preferencia del boleto de compra-venta del artículo 1170 del Código Civil y Comercial de la Nación” (*Anahí Carrascosa de Granata*), “El *blockchain* en la actividad jurídica registral y notarial. Y reflexiones sobre la evolución del pensamiento sobre estos temas” (*Marcelo N. Falbo*), “El *cousufructo* en acción” (*Pedro F. Sáenz*), “Formas de la partición de las comunidades” (*Marcelo E. Urbaneja*).

DIEGO M. MARTÍ

# Alcances del deber de responder del escribano en el Código Civil y Comercial

Ignacio E. Alterini

## RESUMEN

El escribano no es un “garante” de todos los riesgos que pueden presentarse durante su actuación, pues entre los débitos que asume solo algunos de ellos conforman obligaciones de resultado en las que deba garantizar su eficacia. A partir del distingo de las nociones de “acto instrumentado” y de “acto instrumental”, y con basamento en la categoría de obligaciones de resultado y de medios diseñada por el Código Civil y Comercial, se procura identificar la naturaleza de las obligaciones involucradas en la función notarial.

## PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil; obligaciones de resultado y de medios; naturaleza de la función notarial; asesoramiento; estudio de títulos; justificación de la identidad.

## Fechas de recepción y aceptación

10/10/2018 - 30/1/2019

**Sumario:** 1. Planteamiento. 2. Naturaleza de la función notarial. 3. La categoría de obligaciones de resultado y de medios como soporte conceptual. 4. ¿Contrato de obra o de servicios? 5. Fuente del responder notarial ante la insatisfacción de los débitos respectivos. 6. Encuadramiento de las principales obligaciones del escribano. 7. Valoraciones conclusivas. 8. Bibliografía.

## 1. Planteamiento

En otra oportunidad nos detuvimos en el análisis de los límites del deber de responder del escribano,<sup>1</sup> pero tal investigación fue desplegada cuando todavía estaba en vigor el [Código Civil derogado](#). La novedosa formulación de la categoría de obligaciones de resultado y de medios que efectúa el [Código Civil y Comercial](#) (en adelante, “CCCN”) plantea renovados interrogantes sobre el encuadramiento de los débitos notariales, que precisan ser analizados. Esta es la motivación de este aporte.

1. ALTERINI, Ignacio E., “Límites del deber de responder del escribano. Lo verdadero y lo falso”, en *La Ley*, Buenos Aires, 20/8/2014 (t. 2014-D, p. 1131-1142, cita online AR/DOC/2434/2014).

## 2. Naturaleza de la función notarial

Existe un amplio consenso en la doctrina científica moderna acerca de que el escribano no reviste la calidad de funcionario público pero que su actividad excede la meramente privada. Se lo califica como un profesional de derecho que ejerce una función pública.<sup>2</sup>

Jorge H. Alterini plantea la cuestión en los siguientes términos:

Las réplicas al encasillamiento del escribano de registro como funcionario público [...] no deben, sin embargo, oscurecer la peculiar naturaleza de las funciones del notario, cuya envergadura e importancia social no se agota con una explicación puramente profesionalista. Por eso creo más convenientes las formulaciones de las tesis intermedias, que pese a partir de que el escribano es un profesional, paralelamente resaltan que se pone a su cargo el ejercicio de una función pública.<sup>3</sup>

Los fundamentos que movilizan esta concepción han sido correctamente trazados por Bueres. Manifiesta que el escribano no confecciona escrituras en representación del Estado sino que lo hace en nombre propio, que tiene independencia profesional y de actuación, que no cobra sueldo, ni aguinaldo, ni plus por horas extras, ni tiene partidas para viáticos ni para gastos de representación, y, principalmente, que el cliente puede elegir al escribano con absoluta libertad, pues no le es impuesto como ocurre con el funcionario público.<sup>4</sup>

El I Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, 1948) declaró que

... el notario latino es el profesional de derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que dan fe de su contenido.<sup>5</sup>

2. Ver BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los escribanos", en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 4B, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 734; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987 (5ª ed.), §1451, p. 473; CALVO COSTA, Carlos A., "La responsabilidad civil notarial", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 8/3/2006 (cita online AR/DOC/1006/2006); COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Responsabilidad de los escribanos", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1999-B (cita online AR/DOC/4945/2001); DE CUPIS, Adriano, "La responsabilidad civil del notario", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 634, 1957, p. 456; FERRARI CERETTI, Francisco, "Responsabilidad civil del escribano", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1986-II, p. 722; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Honorarios del escribano designado irrevocablemente en caso de reemplazo incausado", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1989-B (cita online AR/DOC/7019/2001); LLOVERAS DE RESK, María E., "La responsabilidad civil del escribano público", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 105, 1984, p. 929; PIÑÓN, Benjamín P., "Responsabilidad de los escribanos públicos", en Stiglitz, R. S. y Trigo Represas, F. A. (dirs.), *Derecho de daños. En homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, La Rocca, 1988, p. 498; SAVRANSKY, Moisés J., *Función y responsabilidad notarial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 115; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad civil del escribano público", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 871, 2003.

3. ALTERINI, Jorge H., [su voto], en CNCiv., Sala C, 5/11/1976, "Quiroga, Remedios c/ Viale, Victoriano" (*El Derecho*, t. 71, 1977, p. 399; *La Ley Online*, AR/JUR/993/1976). (El voto del Dr. Alterini contó con la adhesión de los Dres. Belluscio y Cifuentes).

4. Ver BUERES, Alberto J., ob. cit. (cfr. nota 2), pp. 734-735.

5. [N. del E.: ver *Primer Congreso Internacional del Notariado Latino. Buenos Aires 1948* {memorias}, t. 1, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1949, p. 184].

En igual sentido se pronunciaron el X Congreso Internacional del Notariado Latino (Montevideo, 1969),<sup>6</sup> las I Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1981) y las I Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982).<sup>7</sup>

La Corte Suprema de Justicia de la Nación siguió la postura por la que nos decidimos en algunos precedentes; así, el 18 de diciembre de 1984, en la causa “Vadell”, dijo:

10) [...] si bien no caben dudas de que el fedatario cumple una función pública por la investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia [...] es evidente que no se presentan las notas características de empleo público que permitan responsabilizarlo por las consecuencias de su desempeño. En efecto, no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de jerarquía que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la Administración como puede serlo, en su medida, la remuneración.

11) Que en tales condiciones, se lo puede definir como un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública...<sup>8</sup>

De la regulación del CCCN se advierte con nitidez que la función notarial exorbita la mera función privada. En el inciso b) del artículo 289 parece rechazarse el criterio que sostuvo que el escribano es un funcionario público, pues allí se menta que son instrumentos públicos los “que extienden los escribanos o los funcionarios públicos”. La utilización de la conjunción disyuntiva “o” deja entrever que ese ordenamiento descarta la tesitura invocada.

### 3. La categoría de obligaciones de resultado y de medios como soporte conceptual

#### 3.1. Emplazamiento metodológico. Deficiencias técnicas

El CCCN regula las obligaciones de resultado y de medios dentro de los débitos de hacer, que son caracterizados en el artículo 773:

*Concepto.* La obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes.

La regulación normativa no es feliz desde la técnica jurídica y puede mover a equívocos distorsionantes del fenómeno que se pretende captar.<sup>9</sup>

6. [N. del E.: ver X Congreso Internacional del Notariado Latino. Montevideo 1969 {memorias}, t. 1, Montevideo, Editorial MBA, 1970, pp. 601-602].

7. [N. del E.: ver conclusiones completas [aquí](#), comisión N° 3].

8. CSJN, 18/12/1984, “Vadell, Jorge Fernando c/ Buenos Aires, Provincia de s/ indemnización”, apartados 10 y 11 (Fallos, 306:2030; La Ley, t. 1985-B; Doctrina Judicial, t. 1985-2. [N. del E.: ver fallo completo [aquí](#); fuente: [Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN](#); última consulta: 17/4/2019]). Expresó similar línea de pensamiento el 10/5/2005, en “Badaro, Marcelo c/ Provincia de Santiago del Estero” (Fallos, 328:1421): “es un profesional del derecho afectado a una actividad privada, con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, en tanto sus actos, vinculados al comercio jurídico privado dan fe de esas relaciones privadas”. [N. del E.: ver dictamen del procurador y fallo completos [aquí](#); fuente: [Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN](#); última consulta: 17/4/2019].

9. Ver ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., [comentario al art. 773], en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 4, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.), p. 247.

Ante todo, la idea de la “realización de un hecho” para conceptualizar la obligación de hacer es errada, pues todas las prestaciones se traducen en un hecho, ya positivo (de dar y de hacer), ya negativo (de no hacer). La pauta de “la prestación de un servicio” tampoco parece la más feliz, ya que despierta la creencia en un parangón con el contrato de servicios, muy a pesar de que hay prestaciones de hacer que se despliegan igualmente en el contrato de obra. La noción de “actividad” a la que acudía el [Proyecto de 1998](#),<sup>10</sup> al tiempo que evitaba una eventual distorsión del pensamiento, mantenía estrictamente la matriz descriptiva, ya que la actividad es un servicio. Recibir aquí la voz “actividad” hubiera permitido que el artículo 773 armonizara más fielmente con otros textos de la misma sección del Código: artículos 774 y 778.

Ubicar la obligación de hacer “en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes” provoca que, en una visión apresurada, alguien pueda interpretar que la obligación de hacer debe originarse únicamente en fuente contractual. Además, toda obligación debe cumplirse de acuerdo a los principios de puntualidad y localización del pago (arts. 867 y 871-874 CCCN), por lo que es intrascendente esa referencia normativa. Entonces, ¿qué son las obligaciones de hacer?

El artículo 725 del Proyecto de 1998 las definía sintéticamente como aquellas en las que “el deudor debe realizar una actividad”. No es inoficioso poner el acento en la ausencia en el artículo 773 CCCN de toda ponderación del ilustrativo distingo en materia de obligaciones de hacer de pura actividad y de actividad con resultado materializado, como la que regula el artículo 775 *in fine*.<sup>11</sup> Si la obligación de hacer consiste, por ejemplo, en el dictado de una conferencia pensada como una disertación oral, se tratará de una de “pura actividad”. En cambio, existen muchas obligaciones de hacer cuyo cumplimiento se traduce en una actividad encaminada a la obtención de un “resultado materializado”, como la pintura de un cuadro, una edificación o la producción de un dictamen profesional.

### 3.2. El control causal como criterio distintivo

Si bien no desconocemos los diversos fundamentos delineados por la doctrina para justificar la distinción entre obligaciones de resultado y de medios,<sup>12</sup> pensamos que el criterio que más se ajusta a la naturaleza de las cosas para determinar el carácter de la obligación es el que apunta a la existencia o no de lo aleatorio en la prestación del deudor y el interés del acreedor.

10. ALEGRIA, Héctor y otros [comisión Decreto PEN 685/1995], *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998. [N. del E.: ver fuente del [link](#): campus virtual de la [Universidad de Salamanca](#); última consulta: 22/4/2019].

11. El art. 775 CCCN establece: “*Realización de un hecho*. El obligado a realizar un hecho debe cumplirlo en tiempo y modo acordes con la intención de las partes o con la índole de la obligación. Si lo hace de otra manera, la prestación se tiene por incumplida, y el acreedor puede exigir la destrucción de lo mal hecho, siempre que tal exigencia no sea abusiva”. La previsión acerca de la “destrucción de lo mal hecho” solo tiene asidero en tanto la obligación consista en una actividad con resultado materializado, pues la remoción supone una materialidad previa (ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., [comentario al art. 775], en Alterini, J. H. [dir. gral.] y Alterini, I. E. [coord.], *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 4, Buenos Aires, La Ley, 2016 [2ª ed.], p. 256).

12. Ver, p. ej., AZAR, Aldo M., *Obligaciones de medios y de resultado*, Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 240 y ss.

Para Díez-Picazo:

La diferencia entre los dos supuestos radica en definitiva en el compromiso del deudor. El objeto de la obligación es normalmente el resultado que las partes esperan obtener con el cumplimiento del mismo. Sin embargo, cuando dicho resultado es demasiado aleatorio las partes consideran como objeto de la obligación tan solo la actividad que medió para la obtención de dicho resultado.<sup>13</sup>

Bueres postuló que

... en los deberes de medios, el interés definitivo perseguido es aleatorio, contingente, potencial, de donde el deudor cumple el plan de prestación observando el esfuerzo o actividad debidos [...]. Lo que ocurre es que en la obligación de medios el comportamiento del deudor está orientado hacia la satisfacción de un interés de obtención incierta, circunstancia que da pie a que sea suficiente para llenar aquel interés primario –y con ello actuar el contenido de la obligación– el hecho de que se despliegue la conducta debida.<sup>14</sup>

Por esas razones, durante la vigencia del Código Civil derogado, creíamos que cuando la satisfacción del interés del acreedor dependía de factores extraños a la conducta comprometida por el deudor, o sea, azarosos, este cumplía la prestación desplegando un comportamiento diligente y la obligación era de medios. En cambio, cuando la producción del interés del acreedor apuntaba exclusivamente a una actividad del deudor, la obligación era de resultado.<sup>15</sup>

Esa distinción basilar no es desmentida por el CCCN, pero este ordenamiento le agrega a la temática una variante más al diagramar obligaciones de resultado en las que el deudor no asegura la eficacia obligacional, o sea que no garantiza la satisfacción del interés del acreedor.

### 3.3. La regulación del Código Civil y Comercial

El artículo 774 CCCN (en seguimiento del art. 726 del [Proyecto de 1998](#)<sup>16</sup>) preceptúa:

*Prestación de un servicio.* La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso. Si el resultado de la actividad

13. DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. 1, Madrid, Tecnos, 1979, §522, p. 443.

14. BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Buenos Aires, Ábaco, 1981, pp. 132-133.

15. Ver ALTERINI, Ignacio E., ob. cit. (cfr. nota 1).

16. Art. 726 del [Proyecto de 1998](#): “*Circunstancias de la obligación de hacer.* La deuda de la obligación de hacer puede consistir: a) En realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, pero independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos, están comprendidas en este inciso. b) En procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia. c) En procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. Las cláusulas llave en mano, o producto en mano, están comprendidas en este inciso. Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas del Parágrafo 2º de la Sección Segunda”.

del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales.<sup>17</sup>

Adviértase que el inciso a) del artículo 774 se ocupa de las clásicas obligaciones de medios, mientras que los incisos b) y c) se ocupan de las obligaciones de resultado según que el deudor no esté comprometido a la obtención de la eficacia o sí lo esté, respectivamente. Esa distinción fue puesta de manifiesto hace mucho tiempo ya, en el año 1965, por Jorge H. Alterini:

Hay que distinguir la producción de un resultado de la “eficacia” del mismo. El empresario que se compromete a realizar obras tendientes a captar aguas subterráneas, ¿cumple su obligación si verificadas aquéllas no resultan aptas para captar las aguas o lo hace en volumen escaso? El resultado –la obra– se ha realizado pero fue ineficaz; nuevamente el pacto que ata a las partes dará la solución. Si el empresario garantizó el afloramiento de las aguas y con volumen suficiente, será responsable por la ineficacia de su resultado. Si sólo aseguró la construcción de la obra, ese resultado deficiente le bastará para liberarse.<sup>18</sup>

Azar critica el artículo 774 con la siguiente fraseología:

No puede sostenerse lógicamente ni fácticamente la validez de obligaciones de medios atenuadas o agravadas y obligaciones de resultado atenuadas o agravadas, si previamente no se configura la tipología básica de una obligación de medios y una obligación de resultado. En otras palabras, no hay gradación en subespecies, sin una especie que preceda y preexista a la subcategoría.<sup>19</sup>

No coincidimos en que no exista una “tipología básica de una obligación de medios y de una obligación de resultado”, pues el emplazamiento metodológico de la clasificación nos conduce a la clarificación de la temática; la figura “básica” es la obligación de hacer, con sus variantes.

Como primera medida, debemos señalar que la duplicación de las obligaciones de resultado, entre las de resultado con eficacia y las de resultado sin eficacia, no afecta la aproximación realizada para asentar el distinguo entre obligaciones de resultado y de medios. No hay duda de que en las obligaciones de resultado eficaz nada tiene de aleatorio el plan de la prestación, pero tampoco son totalmente aleatorias las obligaciones de resultado independiente de su eficacia, puesto que es ineludible alcanzar un resultado –aunque no sea eficaz–, pues de no haberlo se incumpliría la prestación debida.

Estas ideas se trasladan sin esfuerzo a las obligaciones de hacer, que –como ya señalamos– pueden ser de pura actividad o de actividad con resultado materializado. Las obligaciones de hacer de pura actividad conforman obligaciones de medios. En cambio, las otras son de resultado, bien que puede tratarse de un resultado “con” eficacia –cuando así se lo infiere de la fuente de la obligación– o de resultado “sin” eficacia –si tal inferencia no fuera factible–.

17. La referencia del inc. c) del art. 774 a “resultado eficaz prometido” no debe llevar a interpretar que esas obligaciones solamente pueden ser de fuente contractual, pues también pueden surgir de la ley.

18. ALTERINI, Jorge H., “Obligaciones de resultado y de medios”, en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. 20, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1965, p. 705.

19. AZAR, Aldo M., “La gradación de las obligaciones de medios y de resultado en categorías intermedias. Cuando el razonamiento jurídico general y abstracto contradice a las razones y a los fines del derecho”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 24/9/2014 (t. 2014-E, p. 963; cita online AR/DOC/3279/2014).

### 3.4. Implicancias del encuadramiento

En cuanto a la ligazón de las obligaciones de resultado y de medios con los factores de atribución, ciertos textos del CCCN muestran resonancias de esas matizaciones: los artículos 1252, 1273, 1285, 1286, 1306, 1723, 1757 y 1768.

Iluminan el criterio legal normas como las de los artículos 1723 y 1768. El primero de esos textos conecta las obligaciones de resultado con la responsabilidad objetiva, mientras que el segundo muestra obligaciones de medios como inmersas en la responsabilidad subjetiva. Quiere decir que para liberarse de responsabilidad frente al incumplimiento de una obligación de resultado, es menester acreditar la existencia de una causa ajena (caso fortuito, hecho del damnificado o de un tercero por el cual no se debe responder), mientras que en las obligaciones de medios basta con comprobar la inexistencia de culpa. Frente a este escenario, es conveniente preguntarnos si es más beneficioso para el deudor ser un obligado de medios o bien estar vinculado con el acreedor a través de una obligación de resultado con independencia de su eficacia.

Creemos que, aunque pueda resultar paradójico, al deudor le es conveniente ser un obligado de resultado sin eficacia, pues para extinguir el vínculo obligacional respectivo le bastará con demostrar que alcanzó ese resultado aun cuando fuese deficiente. Claro está que esa acreditación será suficiente siempre que la ineficacia obligacional derivada no fuese por un hecho propio del deudor, sin perjuicio de la liberación por la energía de una causa ajena. En cambio, el deudor de medios deberá demostrar que desplegó toda la diligencia que le era exigible según las circunstancias del caso.

Tanto en una como en otra obligación, el deudor no está constreñido a satisfacer el interés del acreedor, pero mientras que la liberación en las de resultado sin eficacia se alcanza “objetivamente”, en las de medios se obtiene “subjetivamente” a través de una valoración de la actuación del obligado.

## 4. ¿Contrato de obra o de servicios?

En los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se lee, entre otras consideraciones, lo siguiente: “La obra es resultado reproducible de la actividad y susceptible de entrega. En la obra se pretende la obtención de un resultado, y no sólo la actividad de trabajo”.<sup>20</sup>

No obstante ese proemio conceptual, que parecería caracterizar al contrato como de obra cada vez que se procure la obtención de un resultado, sin exigir que éste sea eficaz o no, en el artículo 1252 se enuncia: “Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega”; es decir, se requiere que el resultado comprometido sea eficaz. Querría decir que si el resultado al que se encuentra obligado no fuera eficaz, el contrato sería de servicios.

Creemos que esa inteligencia sujeta a la literalidad afectaría la coherencia del sistema, pues, según el artículo 774, la obligación es igualmente de resultado por sus características propias, aunque no se hubiera alcanzado un resultado eficaz.

20. [N. del E.: ver los fundamentos completos [aquí](#), p. 147].

La ineludible armonización entre el artículo 1252 y el artículo 774 llevaría a concluir que habría que abstraerse de la letra corruptora del primero de ellos, y, en seguimiento de los fundamentos del Anteproyecto toda vez que se persiga un resultado, sea este finalmente eficaz o no, estaríamos en presencia de un contrato de obra.

Sintéticamente, cuando el contrato engendra tan solo obligaciones de medios (art. 774, inc. a)], el contrato involucrado es de servicios; en cambio, si están en juego obligaciones de resultado, con o sin eficacia comprometida (art. 774, incs. b) y c)], subyace un contrato de obra.

Si la interpretación de la norma fuera diferente a la que propugnamos, se presentarían casos en los cuales la letra de la ley conduciría a calificarlos como contratos de servicios. Así, si una persona le encargara a otra una construcción sobre la base de determinados planos y la construcción se levantara con estricta y perfecta adecuación a ellos pero derivara en una construcción ineficaz, ¿cuál sería la calificación de ese contrato?

Si nos ajustáramos a las palabras del artículo 1252, ese contrato sería de servicios; en cambio, con la lectura correctora que proponemos, para evitar disonancias con el artículo 774, estaríamos frente a un contrato de obra. (Véase, por ejemplo, el art. 1273,<sup>21</sup> donde no se descarta que haya contrato de obra pese a la ineficacia del resultado, por ser impropia para su destino).<sup>22</sup>

## 5. Fuente del responder notarial ante la insatisfacción de los débitos respectivos

Descartada la tesis que identifica al escribano con el funcionario público, y asumido el criterio que lo caracteriza como un profesional del derecho que ejerce una función pública, se esclarece el ordenamiento jurídico aplicable. El escribano está sujeto a los principios y a las reglas del derecho común, por lo que deberá responder contractual o extracontractualmente, de acuerdo con la obligación o el deber jurídico violado, por los daños que ocasione a través de su actuación profesional.<sup>23</sup>

Es sabido que el responder contractual se origina cuando se viola un deber preexistente específico y determinado. En cambio, la responsabilidad es extracontractual si se infringe un deber preexistente genérico (deber general de no dañar) e indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos.

En el decir de Yzquierdo Tolsada, en el ámbito contractual existe un conocimiento previo, o sea, un vínculo antecedente entre las partes, no así en el terreno extracontractual en el que se conocen con motivo del ilícito.<sup>24</sup> El deber de responder del escribano frente

21. Art. 1273 CCCN: “*Obra en ruina o impropia para su destino*. El constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al comitente y al adquirente de la obra por los daños que comprometen su solidez y por los que la hacen impropia para su destino. El constructor sólo se libera si prueba la incidencia de una causa ajena. No es causa ajena el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero, ni el vicio de los materiales, aunque no sean provistos por el contratista”.

22. Ver ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., [comentario al art. 1252], en Alterini, J. H. [dir. gral.] y Alterini, I. E. [coord.], *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2016 [2ª ed.], p. 602.

23. Ver TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 51.

24. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, Reus, 1993, p. 80.

a los otorgantes del acto debe analizarse en la órbita contractual,<sup>25</sup> ya que estos son los sujetos de una relación jurídica que los liga y que es antecedente del incumplimiento que desemboca en el daño sufrido. No varía la fuente del deber de responder si su nacimiento se corresponde con el incumplimiento de un mandato legal, por ejemplo el asesoramien- to, pues es el contrato el que dinamiza el débito legal hasta entonces estático.<sup>26</sup>

Se ha objetado la naturaleza contractual del deber de responder en el supuesto del otorgante que no es cliente, pues se piensa que éste habría ingresado en contacto con el notario “por la fuerza de las circunstancias y en base a una realización profesional que no realizara”.<sup>27</sup> Nos parece incuestionable que una vez consentida la intervención del notario por el otorgante no cliente y con la aceptación de la labor por aquél, se configura el consentimiento que da vida al contrato (art. 957 CCCN).<sup>28</sup>

Cuando la actuación del escribano genera daños a personas extrañas a las partes del acto jurídico instrumentado, la obligación de reparar será extracontractual por no mediar vínculo jurídico preexistente con los dañados; verbigracia, el caso de la autorización de una escritura de dominio otorgada por quien no es el verdadero titular del derecho, donde el dañado es éste y no el sustituto apócrifo. Es que frente a los terceros rige deber genérico e indeterminado emergente del principio de no dañar a otros (art. 1716 CCCN; art. 19 Constitución Nacional).

¿Y qué implicancias tiene que la fuente del deber de responder del escribano sea el incumplimiento de una obligación o la violación del deber genérico de no dañar? Acaso, en esta temática, la diferencia más gravitante entre un responder y el otro sea la extensión del resarcimiento, pues mientras el artículo 1726 CCCN establece:

*Relación causal.* Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

el artículo 1728 regla:

*Previsibilidad contractual.* En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

El último apartado del artículo 1728 es una manifestación de la regla del agravamiento de la situación jurídica de quien obró a título de dolo, o sea, de quien ocasionó “un daño

25. Ver ABELLA, Adriana N., “Estudio de títulos”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 833, 1993, p. 455; ALTERINI, Atilio A., “Estudio de títulos”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1981-B (cita online AR/DOC/15574/2001); ALTERINI, Jorge H., “Importancia del estudio de títulos”, en *Gaceta del Notariado*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, N° 88, 1982; BUERES, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 739; BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit. (cfr. nota 2), §1468, p. 477; CALVO COSTA, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 2); LÓPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, pp. 287-288; PIÑÓN, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 499.

26. “Este contrato del escribano con su cliente supone el plexo de obligaciones que nacen de la ley [...] El contrato con el notario genera para las partes diversas responsabilidades; dentro de las responsabilidades nacidas para el escribano están la que les impone la ley, por ello la responsabilidad es contractual-legal...” (ALTERINI, Jorge H., ob. cit. [cfr. nota 23]).

27. SAVRANSKY, Moisés J., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 165; BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit. (cfr. nota 2), §1473, p. 478.

28. ALTERINI, Jorge H., ob. cit. (cfr. nota 25); LÓPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit. (cfr. nota 25), pp. 289-290.

de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” (art. 1724 CCCN).<sup>29</sup>

## 6. Encuadramiento de las principales obligaciones del escribano

### 6.1. Autorizar una escritura pública instrumentalmente eficaz

Al afrontar la tarea de analizar una escritura pública, debemos distinguir nítidamente el “continente” de lo “contenido”, pues es preciso advertir que en aquella conviven un acto del escribano autorizante y un acto de los otorgantes.<sup>30</sup> Los otorgantes, por la energía de su voluntad, conciben un acto jurídico, que denominamos *acto instrumentado*, y lo canalizan a través de la actividad del escribano, que produce el llamado “acto instrumental”.<sup>31</sup>

Pensamos que el notario asume una obligación de “resultado” consistente en autorizar una escritura pública instrumentalmente “eficaz”. En el concepto de *eficacia*, incorporamos no solo los aspectos que procuran la validez del documento sino también los débitos registrales exigibles, que persiguen la publicidad del título configurado.<sup>32</sup> La actuación del escribano debe ceñirse a la órbita de sus competencias territorial<sup>33</sup> y material (art. 290, inc. a), CCCN) y debe controlar que todos los intervinientes firmen (art. 290, inc. b), CCCN), sin perjuicio de que deba completar las demás “formas” prescriptas por la ley.

Es muy dudosa la naturaleza de la exigencia del art. 291 del Código Civil y Comercial, cuando regla:

*Prohibiciones.* Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados.

29. Ver ALTERINI, Jorge H., “El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Limitaciones. Atenuaciones. Compensaciones”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/7/2009 (t. 2009-D, cita online AR/DOC/1452/2009); en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Obligaciones y contratos. Doctrinas esenciales*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2009; y en Trigo Represas, F. A. (dir.), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho civil. Responsabilidad civil*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2009.

30. Para Carminio Castagno, “debe repararse que el «instrumento» es continente y forma –amén del «acto del notario»– del «acto negocial de las partes»” (ver CARMINIO CASTAGNO, José C., “*Teoría general del acto notarial*”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 727, 1973, pp 45 y ss.). Pelosi proclama: “El acto puede ser considerado en su noción material, es decir, con respecto al contenido, o en su aspecto formal, a la concreción física, objetiva y visible con que se hace perceptible el hecho jurídico. Técnicamente hay que separar la idea de la operación jurídica del escrito destinado a constatarla. Son dos momentos diferentes. El acto es anterior y el documento le sigue. Es ya un lugar común decir que acto es el contenido y el documento el continente” (ver PELOSI, Carlos A., “El documento notarial. Primera parte: el documento en general”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 751, 1977, p. 15).

31. Ver MÁRQUEZ, José F. y MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “*Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano*”, en *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, N° 90, 2008-02, pp. 20-21. [N. del E.: ver también en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 897, 2009, pp. 290-291.

32. Con orientación parcialmente similar se pronunciaron las I Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982) a través del punto 10 de sus conclusiones: “La obligación del escribano de autorizar una escritura instrumentalmente válida es de resultado”. [N. del E.: ver conclusiones completas [aquí](#)].

33. Ver ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., “La teoría de las nulidades ante la incompetencia territorial del escribano”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 237, 14/12/2009 (t. 2010-A, cita online AR/DOC/4410/2009). [N. del E.: ver también en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 904, 2011, p. 90].

Si el “interesado” fuera un pariente lejano que el escribano no conociera, ni hubiera de haber conocido desplegando la debida diligencia en sus investigaciones: ¿también debería responder? Pensamos que este deber deja traslucir una nítida obligación de medios, pues se traduce una prestación de pura actividad en la que su cumplimiento depende de factores externos, ajenos al escribano, incluso ante un actuar diligente, según el caso.

Los débitos registrales que debe satisfacer el escribano –como dijimos– también entrañan obligaciones de resultado, ya que están dirigidos a conceder la necesaria eficacia al instrumento respectivo. Así –de acuerdo con la [Ley 17801](#)–:

Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas... [art. 23];

la escritura deberá ser autorizada en el plazo de eficacia de los certificados con la finalidad de alcanzar los beneficios de la reserva de prioridad (arts. 24 y 25); y el escribano deberá inscribir el título en los plazos legales (arts. 5 y 17).

En contraste con la obligación de resultado eficaz que asume el escribano respecto del “acto instrumental”, este titular de la función pública no puede asegurar la eficacia del acto jurídico instrumentado.<sup>34</sup> Por ello, no deberá responder –verbigracia– por los vicios del acto jurídico o de la voluntad de los otorgantes, excepto que tenga conocimiento efectivo de las fallas o bien pueda alcanzarlo como consecuencia de un actuar diligente.

## 6.2. Prestar asesoramiento a los otorgantes del acto jurídico

El escribano no debe limitarse a instrumentar los actos pasados ante su protocolo sino que tiene el deber secundario de conducta de ilustrar a los otorgantes de los verdaderos alcances del negocio jurídico y de su conveniencia.<sup>35</sup> Es inequívoco que el asesoramiento, que hace a la esencia del notariado latino, es un típico supuesto de obligación legal, ya explícita, ya implícita.

La Ley Orgánica Notarial [404](#) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires regla en su artículo 20:

Son funciones notariales, de competencia privativa de los escribanos de registro, a requerimiento de parte o, en su caso, por orden judicial: a) Recibir, interpretar y, previo

34. En verdad, no puede ni debe, so pena de incurrir en charlatanismo. El [Código Penal](#) reprime esa conducta cuando su sujeto activo ejerce el “arte de curar”; el art. 208 regla: “Será reprimido con prisión de quince días a un año: [...] 2º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles”.

35. Ver CNCiv., Sala G, 17/3/1983, “Engel de Borejsko Wiscocki, Emilia c/ Da Costa, José E. y otra” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1984-II, p. 263; *La Ley Online* cita 70026622); CNCiv., Sala D, 27/10/1997, “Kodama, María c/ Ferrari, Osvaldo A.” (*La Ley*, t. 1998-B, cita online AR/JUR/4321/1997, con nota de Luis Andorno [cita online AR/DOC/2882/2001]); Tribunal de Superintendencia del Notariado de CABA (a cargo del TSJ), 23/5/2006, “F., R. D.” (*La Ley*, 3/8/2006, t. 2006-D, cita online AR/JUR/1926/2006); SC de Buenos Aires, 17/8/2011, “Alonso, Eulogia c/ Piñeiro, Carlos Alberto y otros s/ daños y perjuicios” (*Responsabilidad Civil y Seguros*, t. 2012-V, cita online AR/JUR/48076/2011, con nota de Ezequiel Cabuli [cita online AR/DOC/5632/2011]). [N. del E.: ver texto completo aquí; fuente: [web de la SCBA](#); última consulta: 23/4/2019].

asesoramiento sobre el alcance y efectos jurídicos del acto, dar forma legal y conferir autenticidad a las declaraciones de voluntad y de verdad de quienes rogaren su instrumentación pública.

El artículo 22 establece:

El ejercicio de la profesión de escribano comprende, además, las siguientes actividades: a) El asesoramiento y la emisión de dictámenes orales o escritos en lo relativo a cuestiones jurídico notariales en general.

En el capítulo V, que se denomina “Deberes”, se preceptúa, en el inciso d) del artículo 29, que el escribano de registro debe:

Ajustar su actuación, en los asuntos que se le encomienden, a los presupuestos de escuchar, indagar, asesorar, apreciar la licitud del acto o negocio a formalizar, así como la legitimación y aptitud de las personas intervinientes, mantener la imparcialidad y cumplimentar los recaudos administrativos, fiscales y registrales pertinentes.

En el artículo 77, inciso h), se prevé que en las escrituras se deben expresar:

Las advertencias y reservas que resultaren obligatorias por aplicación de la presente u otras disposiciones legales; y las que el notario, a su juicio, estimare oportunas, respecto del asesoramiento prestado; las prevenciones formuladas sobre el alcance y consecuencias de las estipulaciones y cláusulas que contuviere el documento, y los ulteriores deberes de los interesados.

También la Ley Notarial 9020, rectora de la actividad notarial de la Provincia de Buenos Aires, determina en el artículo 35, inciso 2), que es deber del escribano “asesorar en asuntos de naturaleza notarial a quienes requieran su ministerio”. También los artículos 128 y 136 coadyuvan a configurar ese débito notarial.

Se controvierte en doctrina acerca de la naturaleza de la obligación de asesoramiento. Durante la vigencia del Código Civil derogado, Bueres entendía que se trataba de una obligación de resultado y que, en el supuesto de opiniones jurídicas divergentes, con basamento en interpretaciones legales antitéticas:

... el notario cumplirá su prestación eligiendo y fundando uno de esos criterios. Y si el documento es luego impugnado ante un tribunal y la pretensión resulta desestimada al admitirse otro de los temperamentos en danza, tal circunstancia será suficiente para que quepa entender que se operó la fractura del nexo causal. Vale decir, que la adopción de un criterio jurídico, cuando aparecen varios que ostentan lógica, al igual que la culpa de la partes o de un tercero por el cual el escribano no debe responder, constituyen causas ajenas que eximirán de responsabilidad al profesional, al no poder adjudicarse a su autoría el fracaso del resultado.<sup>36</sup>

Desde una postura ecléctica, Orelle advirtió que “la calificación como obligación de medios o de resultado dependerá de la complejidad de la cuestión”. Opina que en los casos en que “por sus características puedan resultar dudosos o con temática muy discutida,

36. BUERES, Alberto J., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 752. Ferrari Ceretti y Piñón también consideraron que el asesoramiento configuraba una obligación de fines (FERRARI CERETTI, Francisco, ob. cit. [cfr. nota 2], p. 731; PIÑÓN, Benjamín P., ob. cit. [cfr. nota 2], p. 502).

debe considerarse como una obligación de medios<sup>37</sup>; ante supuestos indubitados, califica a la obligación como de resultado.<sup>37</sup>

En nuestra opinión, el asesoramiento constituye una obligación de medios siempre que se trate de un débito de pura actividad, por cuanto el escribano no puede asegurarles a los otorgantes que el acto jurídico instrumentado será incuestionable. El escribano solo se compromete a brindar un asesoramiento jurídico diligente. Por ello, sí deberá responder por los daños que se deriven de la instrumentación de un acto que ostente un riesgo significativo de ser atacado.<sup>38</sup>

No nos convence la inteligente idea acerca de que la sentencia que declare la nulidad de una escritura funcionaría como causa ajena con aptitud para determinar la ruptura del nexo de causalidad; idea de la que participan quienes vislumbran al asesoramiento como obligación de resultado. El eventual cuestionamiento del criterio jurídico adoptado por el escribano atañe, en realidad, a un hecho personal de este: el asesoramiento; es decir, es una causa propia y no ajena.

Lo relevante es si el escribano desplegó o no una conducta diligente en la estructuración jurídica del acto instrumentado. Si así fuera, no deberá responder por los daños que se causaran por su asesoramiento, aun frente a una declaración de ineficacia de lo documentado, pues no le cabría culpa alguna. Es aconsejable, sin embargo, que el escribano informe a los otorgantes de los riesgos que pueden presentarse en instrumentaciones de actos jurídicos con dudas científicas significativas, con el objetivo de afrontar sólidamente eventuales reclamaciones de daños.

Con esta orientación, apunta Le Tourneau:

Los notarios deben tener la precaución de preconstituir las pruebas de su diligencia [...] es prudente de hacerse escribir por la propia mano de sus clientes un documento firmado por ambos, donde en términos simples se deje constancia de lo sustancial del consejo...<sup>39</sup>

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley 404 prevé que el escribano podrá expresar en las escrituras públicas que autorice las “advertencias y reservas” que “a su juicio, estimare oportunas, respecto del asesoramiento prestado” (art. 77, inc. h)), conducta que contribuye a cristalizar su diligencia en la satisfacción de la prestación.

Distinta sería la situación jurídica del escribano si se obligara a desarrollar el asesoramiento a través de una expresión escrita, como lo es un dictamen. En ese caso, la obligación de hacer no se trataría de una de pura actividad, pues perseguiría un resultado material concreto. En este caso, el débito del notario sería de resultado pero, claro está, sin que deba garantizar la eficacia del consejo, por las razones que expusimos con anterioridad.

37. Ver ORELLE, José M. R., “Responsabilidad civil del notariado”, en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 4B, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pp. 847 y 848.

38. LÓPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit. (cfr. nota 25), p. 294.

39. LE TOURNEAU, Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, §4939, p. 883 (citado por LÓPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit. [cfr. nota 25], p. 293).

### 6.3. Estudiar los títulos antecedentes

El estudio de títulos es una “investigación prolija, personal y crítica del derecho invocado por una persona, que la hace o no indudablemente titular de ese derecho”.<sup>40</sup>

La más correcta técnica notarial propicia, por regla general, extender tales estudios por un plazo mínimo de veinte años, porque se parte de la suposición de que transcurrido ese lapso desde que se presenta la última imperfección en la cadena de títulos, tal falencia en el emplazamiento jurídico del transmitente se habría expurgado por vía de la usucapión larga o veintenaria en favor de quien o quienes se beneficiaron con la ostentación de la posesión en ese período.<sup>41</sup>

Existe un consenso generalizado acerca de la conveniencia del estudio de títulos en el afianzamiento de la seguridad jurídica y de su necesidad para la configuración de la buena fe<sup>42</sup> que el artículo 392 CCCN le exige al subadquirente para tutelar la apariencia creada.<sup>43</sup>

Durante la vigencia del Código Civil derogado, frente a la ausencia de una norma expresa que impusiera la obligación de estudiar los títulos antecedentes, la doctrina controvertió acerca de cuál era la fuente del débito. Una postura la concebía como una obligación *ex-lege* implícita,<sup>44</sup> pues comprometía a la esencia de la actividad nota-

40. MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, “Estudio de títulos de dominio”, en *Gaceta del Notariado*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, N° 51/52, 1970, p. 627.

41. ALTERINI, Jorge H., “La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 17/4/2008 (t. 2008-D, p. 870; cita online AR/DOC/1183/2008).

42. No se nos escapa que pese al estudio de títulos, determinadas situaciones jurídicas que provocaron la nulidad del acto respectivo igualmente pueden ser desconocidas por el subadquirente y que, por tanto, no obstarán a su buena fe; así, los supuestos que regulan los arts. 291 y 1002 CCCN. Como lamentablemente no se ha organizado una registración de la sentencia de incapacidad o capacidad restringida a través de un registro federal o de registros locales integrados, resulta una eventualidad posible que el incapaz o con capacidad restringida opere en una demarcación distinta a aquella donde se tomó razón del acto, el que consiguientemente podrá ser ignorado por el subadquirente (ver ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E., ALTERINI, María E. [y ALTERINI, Francisco J., colab.], *Tratado de los derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2018, §180, p. 177).

43. CNCiv., Sala F, 3/11/1978, “Trevisán, José c/ Zimmer, José y Monfasani, Juan c/ Zanardi de Ferraris, Margarita” (*La Ley Online*, AR/JUR/109/1978); CNCiv., Sala F, 14/11/1978, “Marciales, Juan, suc. y otra c/ N. N. Álvarez Jonte 4072/76” (*La Ley*, t. 1979-D, p. 103, con nota de J. J. Llambías [cita online AR/DOC/18842/2001]); CNCiv., Sala F, 27/8/1979, “Sigfrido SA en: ‘Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros c/ Lozada, Mario’” (*La Ley*, t. 1980-D, p. 295, con nota de E. I. Highton [cita online AR/DOC/2533/2001]; *El Derecho*, t. 87, p. 252); CCiv. y Com. de Lomas de Zamora, Sala I, 24/2/1981, “Larrea, Osvaldo S. c/ Rojas de Figueroa, Laurentina” (*La Ley Online*, AR/JUR/2361/1981); CSJN, 11/12/1986, “Inverfin SA Compañía Financiera SA c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (*Fallos*, 308:2461; *La Ley*, t. 1987-C, p. 144, cita online AR/JUR/1294/1986 [N. del E.: ver fallo [aquí](#); fuente: [Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN](#); última consulta: 23/4/2019]); SC de Buenos Aires, 7/11/1995, “Firinú, Ángel A. c/ Frigorífico Alca SRL y otros s/ reivindicación” (*Acuerdos y Sentencias*, t. 1995-IV, p. 152; *La Ley Online*, AR/JUR/2186/1995 [N. del E.: ver fallo [aquí](#); fuente: [web de la SCBA](#); última consulta: 23/4/2019]); CSJN, 19/12/1995, “Martínez, Hugo O. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de australes” (*Fallos*, 318:2575; *La Ley Online*, 04\_318v3t145 [N. del E.: ver fallo [aquí](#); fuente: [Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN](#); última consulta: 23/4/2019]); CSJN, 13/8/1998, “Giménez Zapiola Viviendas SA c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios” (*Fallos*, 321:2144; *La Ley Online*, 04\_321v2t084 [N. del E.: ver fallo [aquí](#); fuente: [Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN](#); última consulta: 23/4/2019]).

44. Jorge Alterini argumentó de la siguiente manera: “Yo siempre he pensado que hay directivas en el Código Civil que sustentan la obligación del estudio de títulos; así el art. 902 dispone que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y diligencia mayor será la responsabilidad que resulte de las consecuencias posibles de los hechos. Acaso no es máxima la responsabilidad que este profesional en ejercicio de una función pública asume como cristizador de la forma con la cual la ley quiere brindarle seguridad a la comunidad. También el art. 909 del Código, donde

rial. Otro criterio, que era mayoritario, vislumbraba que la fuente de la obligación era el contrato.<sup>45</sup>

Quienes advirtieron que el estudio de títulos procura tutelar intereses que exceden los propios de las partes se encontraron con el insuperable valladar emergente del artículo 872 del *Código Civil derogado*, que reglaba que no se puede renunciar a los derechos atribuidos “menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público”; obstáculo que sorteaban quienes sostenían la naturaleza contractual de la obligación. El contenido preceptivo del artículo 872 del régimen abrogado se mantiene en el artículo 944 CCCN. Sin perjuicio de ello, no debió perderse de vista que, de adoptarse la tesitura que posibilitaba la dispensa, esta solo tenía una eficacia relativa, en razón de que no sería oponible a un tercero ajeno al acto instrumentado. En otras palabras, aun cuando se admitiera la dispensa de la obligación, quedaba latente el deber de responder frente a terceros que resultaran lesionados.<sup>46</sup>

Pensamos que ya no es dudoso que la fuente de la obligación del escribano de realizar el estudio de los antecedentes de los títulos es la propia ley.<sup>47</sup> Ello surge literalmente del artículo 1138 CCCN, que le impone al vendedor, entre los gastos de entrega de la cosa, “los del estudio del título y sus antecedentes”. La regla transcripta es corroborada por el artículo 1725.<sup>48</sup> Precisamente, los textos paralelos incluidos en el *Código Civil derogado* de los artículos 902<sup>49</sup> y 909<sup>50</sup> eran elementos decisivos para captar la obligatoriedad del estudio de títulos cuando era aplicable dicho Código.

---

aletea la figura del buen padre de familia romano, del hombre medio, nos dice que no debe exigirse a los contratantes condiciones especiales para graduar su responsabilidad, pero hace la salvedad de los contratos que suponen una confianza especial entre los contratantes, donde entonces sí, hay que ponderar las condiciones especiales de los agentes y evidentemente hay una confianza especial hacia el escribano, de quienes acuden a la notaría para que les otorgue seguridad jurídica. Desnaturalizar esto, importaría desnaturalizar las esencias mismas de la función notarial. Las obligaciones no tienen por qué ser expresas, pueden nacer implícitas de la ley...” (ALTERINI, Jorge H., ob. cit. [cfr. nota 25]). Conformes con la caracterización como obligación legal implícita, ver BUERES, Alberto J., ob. cit. (cfr. nota 2), pp. 746-748; CALVO COSTA, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 2); FERRARI CERETTI, Francisco, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 731; ORELLE, José M. R., ob. cit. (cfr. nota 37), p. 824.

45. Ver ABELLA, Adriana N., ob. cit. (cfr. nota 25); ALTERINI, Atilio A., ob. cit. (cfr. nota 25); BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit. (cfr. nota 2), §1498, p. 421; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “La responsabilidad civil del escribano en razón de las deficiencias internas de los instrumentos públicos”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 31, 1929, p. 255; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. 4-B, Buenos Aires, Perrot, 1982 (3ª ed.), §2841, pp. 166-167; SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, t. 1, v. 3 (7), Buenos Aires, Depalma, Buenos Aires, 1968, §2118, p. 669.

46. Ver D’ALESSIO, Carlos M., “Estudio de títulos y responsabilidad del notario” (conferencia ofrecida en el marco de la I Asamblea Ordinaria Anual 2009 [Mendoza, 2009]), en *Foros de Interés Notarial*, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, diciembre 2009.

47. Ver ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E., ALTERINI, María E. (y ALTERINI, Francisco J., colab.), ob. cit. (cfr. nota 42), §296, pp. 313-316.

48. Art. 1725 CCCN: “*Valoración de la conducta*. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

49. Art. 902 del *Código Civil derogado*: “Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

50. Art. 909 del *Código Civil derogado*: “Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen

La doctrina también polemizó acerca de la entidad del compromiso asumido por el escribano a través del estudio de títulos. Algunos opinaron que se trataba de una obligación de medios;<sup>51</sup> otros, en cambio, que significaba una obligación de resultado.<sup>52</sup> Para definirnos en esta temática, nos preguntamos: ¿el escribano puede garantizar la existencia de títulos perfectos?; ¿la extensión temporal veintañal del estudio de los antecedentes superaría toda imperfección en la cadena de transmisiones? Sin dudas, contestamos negativamente.

La prescripción que supondría la “purificación” del título no brinda tantas certezas como se le suele atribuir. Basta con señalar que el curso del plazo está sometido a diversas vicisitudes que, en su inmensa mayoría, no podrían advertirse aun desde el más detallado análisis de antecedentes. Basta con señalar las alternativas que suponen los institutos de la suspensión e interrupción de la prescripción, e incluso la dubitación existente sobre la purga de los vicios de la posesión.<sup>53</sup> Tales circunstancias determinaron que en el pasado nos inclináramos por pensar que se trataba de una típica obligación de medios. Pero tal consideración debe inexorablemente variar con la dogmática que el CCCN le imprime a la cuestión, pues que el deudor obligacional no pueda garantizar la eficacia de la labor efectuada no debe llevar inexorablemente a concluir que se trata de una obligación de medios. ¿Por qué?

Ya dijimos que las obligaciones de hacer pueden implicar que el deudor deba desplegar una actividad dirigida a la obtención de un resultado material y que cuando ello ocurre la obligación no puede ser otra que de resultado. En el caso bajo análisis, el resultado material exigido es el estudio de títulos. Tal reflexión, unida a que el escribano no tiene el control causal total de la prestación, nos lleva pensar que estamos en presencia de una obligación de resultado que es independiente de la eficacia.

#### 6.4. Justificar la identidad de los comparecientes

La finalidad del deber del escribano de justificar la identidad de los comparecientes al acto escriturario se funda en elementales razones de seguridad jurídica encaminadas a obtener certeza en los actos celebrados y como mecanismo disuasivo de maniobras fraudulentas. El CCCN se ocupa de la cuestión en el artículo 306:

*Justificación de identidad.* La identidad de los comparecientes debe justificarse por cualquiera de los siguientes medios: a) por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes; b) por afirmación del conocimiento por parte del escribano.

---

una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes”.

51. ABELLA, Adriana N., ob. cit. (cfr. nota 25); BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit. (cfr. nota 2), §1472, p. 478; DE CUPIS, Adriano, ob. cit. (cfr. nota 2); LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit. (cfr. nota 45), §2841, p. 167.

52. ALTERINI, Atilio A., ob. cit. (cfr. nota 25); BUERES, Alberto J., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 745; CALVO COSTA, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 2); FERRARI CERETTI, Francisco, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 731; LÓPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit. (cfr. nota 25), p. 308; PIÑÓN, Benjamín P., ob. cit. (cfr. nota 2), pp. 505-506.

53. Ver ALTERINI, Jorge H., ob. cit. (cfr. nota 41).

Repárese en que el CCCN derogó la alternativa de la justificación de la identidad a través de los testigos de conocimiento.<sup>54</sup> Esta discutible supresión no le alcanzaba al Proyecto de 1998, que la incluía expresamente en el artículo 283.<sup>55</sup>

Nos preguntamos qué alternativa existe en el supuesto de que, por razones circunstanciales, un compareciente no pueda acreditar su identidad por documento idóneo<sup>56</sup> y no sea de conocimiento del escribano. “Los testigos de conocimiento del escribano pueden implicar, en casos excepcionales, la única posibilidad de configurar en escritura la voluntad de los otorgantes”.<sup>57</sup>

La necesidad de que la acreditación de la identidad de los comparecientes al acto escriturario respectivo conste materialmente en el instrumento autorizado nos ubica –en nuestro pensar– en el ámbito de las obligaciones de resultado. El interrogante que subyace es si el escribano asume la eficacia de ese acto; en otras palabras, si puede “garantizar” que la identidad del compareciente es la verdadera. Basta con pensar en un documento falsificado para desechar tal encuadramiento. De allí que estemos persuadidos de que el escribano contrae una obligación de resultado –en cuanto a la necesidad de la manifestación escrita en el instrumento– pero sin aseguramiento de la eficacia del mismo.

## 7. Valoraciones conclusivas

La trascendente función notarial, que colabora en la construcción de la paz social,<sup>58</sup> no debe llevar a pensar que el escribano es una suerte de garante de todas las vicisitudes que puedan atravesar los otorgantes del acto instrumentado y aun los terceros que resulten dañados. Es imperioso que la temática sea repensada, pues parece una demasía

54. El otrora art. 1001 del Código Civil derogado establecía que el escribano “debe dar fe de que conoce a los otorgantes”, y el artículo siguiente reglaba que “si el escribano no conociere las partes, estas pueden justificar ante él su identidad personal con dos testigos que el escribano conozca, poniendo en la escritura sus nombres y residencia, y dando fe que los conoce”. La Ley 26140 del año 2006 modificó el texto de los arts. 1001 y 1002 del ahora derogado Código Civil. Del art. 1001 se suprimió la obligación del escribano de dar fe de conocimiento sobre los otorgantes de la escritura, y el art. 1002 quedó redactado de la siguiente manera: “La identidad de los comparecientes deberá justificarse por cualquiera de los siguientes medios: a) Por afirmación del conocimiento por parte del escribano; b) Por declaración de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación; c) Por exhibición que se hiciera al escribano de documento idóneo. En este caso, se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes”.

55. Art. 283 del Proyecto de 1998: “Justificación de identidad. Si el escribano no conoce a los otorgantes, éstos deben justificar su identidad mediante la exhibición de un documento que sea hábil para ello, o por la declaración de dos (2) testigos de conocimiento del escribano. En la escritura debe constar el número de documento exhibido, o el nombre, documento de identidad y domicilio de los testigos, asentarse la impresión digital del otorgante no conocido por el escribano, y agregarse al protocolo fotocopias de los documentos del otorgante y de los testigos, certificadas por el escribano”.

56. En el sentir de Orelle: “Es presumible que se haya considerado que la solución que brinda la acreditación por medio de documento idóneo hacía superfluo el medio supletorio de los testigos. No obstante, en el juego de innumerables circunstancias de la vida cotidiana, son muchos los casos en los cuales las personas no tienen su documento (por pérdida, sustracciones, etc.)...” (ver ORELLE, José M. R., [comentario al art. 306], en Alterini, J. H. [dir. gral.] y Alterini, I. E. [coord.], *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2016 [2ª ed.], p. 568).

57. ALTERINI, Jorge H. y ALTERINI, Ignacio E., [comentario al art. 306], en Alterini, J. H. [dir. gral.] y Alterini, I. E. [coord.], *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2016 [2ª ed.], p. 569.

58. En otro aporte hicimos mérito de la importancia del notariado latino para la consecución de la paz social (ver ALTERINI, Ignacio E., *Transmisiones inmobiliarias*, Buenos Aires, La Ley, 2018, pp. 60-61).

considerar al escribano como un “asegurador” de todos los riesgos<sup>59</sup> que rodean a su actuación.

No comprendemos la razón de ser del diverso tratamiento que se le suele brindar al deber de responder del escribano respecto de otras profesiones liberales, sin perjuicio de que no desconocemos la función pública comprometida. Así, ¿qué diferencias existen entre el asesoramiento que efectúa un abogado y el que realiza un escribano? No encontramos ninguna respuesta satisfactoria a estos interrogantes. El escribano, en el ejercicio de la función pública, tiene importantes deberes, pero solo algunos conforman obligaciones de resultado en las que deba garantizar la eficacia de ellas.

Concluimos este trabajo con una frase que acuñó nuestro siempre recordado y muy querido padre, el Dr. Jorge H. Alterini, en una conferencia que dictó sobre “Litigiosidad y notariado”; luego de poner de manifiesto su prolongada actuación en el Poder Judicial de la Nación, que culminó con veintisiete años como juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, afirmó: “si hay escribano, el juez está en vano”.<sup>60</sup>

## 8. Bibliografía

- AA.VV., (conclusiones de las I Jornadas Provinciales de Derecho Civil [Mercedes, 1981]).
- (conclusiones de las I Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil [1981]).
  - (declaraciones del I Congreso Internacional del Notariado Latino [Buenos Aires, 1948]).
  - (declaraciones del X Congreso Internacional del Notariado Latino [Montevideo, 1969]).
- ABELLA, Adriana N., “Estudio de títulos”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 833, 1993.
- ALEGRIA, Héctor y otros (comisión Decreto PEN 685/1995), *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998.
- ALTERINI, Atilio A., “Estudio de títulos”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1981-B (cita online AR/DOC/15574/2001).
- ALTERINI, Ignacio E., *Transmisiones inmobiliarias*, Buenos Aires, La Ley, 2018.
- “Límites del deber de responder del escribano. Lo verdadero y lo falso”, en *La Ley*, Buenos Aires, 20/8/2014 (t. 2014-D, pp. 1131-1142, cita online AR/DOC/2434/2014).
- ALTERINI, Jorge H. y Alterini, Ignacio E., “La teoría de las nulidades ante la incompetencia territorial del escribanos”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, N° 237, 14/12/2009 (t. 2010-A, cita online AR/DOC/4410/2009).
- (comentario al art. 1252), en Alterini, J. H. [dir. gral.] y Alterini, I. E. [coord.], *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2016 [2ª ed.].
  - (comentario al art. 306), en Alterini, J. H. [dir. gral.] y Alterini, I. E. [coord.], *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2016 [2ª ed.].
  - (comentario al art. 773), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 4, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.).
  - (comentario al art. 775), en Alterini, J. H. [dir. gral.] y Alterini, I. E. [coord.], *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 4, Buenos Aires, La Ley, 2016 [2ª ed.].

59. Cfr. DE LA MARNIERRE, E. S., “Responsabilité du notaire du fait de son comportement et de son devoir de conseil et ses limites”, en *Recueil Dalloz*, t. 1990 (sec. “Jurisprudence”), p. 348 (citado por LÓPEZ MESA, Marcelo J. y TRIGO REPESAS, Félix A., ob. cit. [cfr. nota 25], p. 291).

60. Ver ALTERINI, Jorge H. y otros, “El notariado latino. Análisis comparativo entre el sistema jurídico documental latino y el anglosajón. Costo del contencioso y de las indemnizaciones” (mesa redonda desarrollada en el marco de la XXXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires [Buenos Aires, 14/9/2006]), en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 888, 2007, p. 96.

- ALTERINI, Jorge H., "Obligaciones de resultado y de medios", en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. 20, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1965.
- [su voto], en CNCiv., Sala C, 5/11/1976, "Quiroga, Remedios c/ Viale, Victoriano" (*El Derecho*, t. 71, 1977; p. 399; *La Ley Online*, AR/JUR/993/1976).
- "Importancia del estudio de títulos", en *Gaceta del Notariado*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, N° 88, 1982.
- "La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 17/4/2008 (t. 2008-D; cita online AR/DOC/1183/2008).
- "El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Limitaciones. Atenuaciones. Compensaciones", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/7/2009 (t. 2009-D, cita online AR/DOC/1452/2009).
- ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E., ALTERINI, María E. [y ALTERINI, Francisco J., colab.], *Tratado de los derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2018.
- ANDORNO, Luis, "Fallo trascendente en materia de cesión gratuita de derechos de autor por parte de Jorge Luis Borges", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1998-B (cita online AR/DOC/2882/2001).
- AZAR, Aldo M., *Obligaciones de medios y de resultado*, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- "La gradación de las obligaciones de medios y de resultado en categorías intermedias. Cuando el razonamiento jurídico general y abstracto contradice a las razones y a los fines del derecho", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 24/9/2014 (t. 2014-E, p. 963; cita online AR/DOC/3279/2014).
- BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Buenos Aires, Ábaco, 1981.
- "Responsabilidad civil de los escribanos", en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 4B, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987 (5ª ed.).
- CABULI, Ezequiel, "La responsabilidad notarial de asesorar", en *Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, t. 2012-V (cita online AR/DOC/5632/2011).
- CALVO COSTA, Carlos A., "La responsabilidad civil notarial", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 8/3/2006 (cita online AR/DOC/1006/2006).
- CARMINIO CASTAGNO, José C., "Teoría general del acto notarial", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 727, 1973.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Responsabilidad de los escribanos", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1999-B (cita online AR/DOC/4945/2001).
- D'ALESSIO, Carlos M., "Estudio de títulos y responsabilidad del notario" (conferencia ofrecida en el marco de la I Asamblea Ordinaria Anual 2009 [Mendoza, 2009]), en *Foros de Interés Notarial*, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, diciembre 2009.
- DE CUPIS, Adriano, "La responsabilidad civil del notario", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 634, 1957.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La responsabilidad civil del escribano en razón de las deficiencias internas de los instrumentos públicos", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 31, 1929.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. 1, Madrid, Tecnos, 1979.
- FERRARI CERETTI, Francisco, "Responsabilidad civil del escribano", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1986-II.
- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Honorarios del escribano designado irrevocablemente en caso de reemplazo incausado", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1989-B (cita online AR/DOC/7019/2001).
- HIGHTON, Elena I., "Solución a algunos problemas que plantea el artículo 1051 del Código Civil", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1980-D (cita online AR/DOC/2533/2001).
- LLAMBIÁS, Jorge J., "Nulidad y terceros de buena fe", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1979-D (cita online AR/DOC/18842/2001).
- *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. 4-B, Buenos Aires, Perrot, 1982 (3ª ed.).
- LLOVERAS DE RESK, María E., "La responsabilidad civil del escribano público", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 105, 1984.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. y Trigo Represas, Félix A., *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005.
- LORENZETTI, Ricardo L. y otros (comisión Decreto PEN 191/2011), *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.

- MÁRQUEZ, José F. y MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano", en *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, N° 90, 2008-02.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, "Estudio de títulos de dominio", en *Gaceta del Notariado*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, N° 51/52, 1970.
- ORELLE, José M. R., "Responsabilidad civil del notariado", en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 4B, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- (comentario al art. 306), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.).
- PELOSI, Carlos A., "El documento notarial. Primera parte: el documento en general", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 751, 1977.
- PIÑÓN, Benjamín P., "Responsabilidad de los escribanos públicos", en Stiglitz, R. S. y Trigo Represas, F. A. (dirs.), *Derecho de daños. En homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, La Rocca, 1988.
- SAVRANSKY, Moisés J., *Función y responsabilidad notarial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.
- SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, t. 1, v. 3 (7), Buenos Aires, Depalma, Buenos Aires, 1968.
- TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad civil del escribano público", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 871, 2003.

# Representación convencional y orgánica

Norberto R. Benseñor

## RESUMEN

Habitualmente, la instrumentación de actos, negocios y operaciones utiliza la técnica de la representación para su concertación, sin contar en tales casos con la presencia de quienes son los titulares directos. Esta situación, por demás frecuente, al emplear el mecanismo citado, obtiene como resultado un efecto idéntico al que se dispone si el sujeto negocial hubiera estado efectivamente presente. Entre las modalidades de la representación se distinguen la representación voluntaria, que resulta de un acto jurídico, la legal, que deriva de la aplicación de una regla de derecho, y la orgánica, que, según sostiene el Código Civil y Comercial, proviene de un estatuto. En el presente se abordan exclusivamente los aspectos más relevantes vinculados con la representación voluntaria y la orgánica, cuya aplicación concita un destacado interés profesional. Se intenta explicar los distintos alcances de cada instituto, subrayando que los apoderamientos (instrumentos más calificados de la representación voluntaria) se originan cuando alguien (el representado) faculta a otro (el representante) para que en su nombre realice uno o varios negocios jurídicos. Se configuran como un acto unilateral y recepticio diferente del mandato, que es un contrato, un acto bilateral, que puede originar o no un apoderamiento pero que, esencialmente, exige un acto jurídico bilateral y, por lo tanto, dos contratantes, mientras que en el primero la contractualidad se encuentra ausente. Por otra parte, la representación orgánica consiste en una articulación específica e inexcusable mediante la cual los entes asociativos se vinculan en sus relaciones con los terceros, individualizando, además, a quienes están legitimados para expresar la voluntad de una persona jurídica, adquiriendo un perfil distinto, propio y particular que merece especial atención.

## PALABRAS CLAVE

Poder; representación convencional; poderes especiales; contrato consigno mismo; representación orgánica; actos notoriamente extraños al objeto social; restricciones estatutarias a la representación.

## Fechas de recepción y aceptación

8/11/2018 - 17/12/2018

**Sumario:** 1. La representación en el ámbito jurídico. 2. La regulación del Código Civil de 1871. 3. La representación en el Código Civil y Comercial. 4. Actos admisibles de representación. Actos que no pueden ser realizados por representantes. 5. Efectos generales de la representación. 6. La representación voluntaria. 7. Representación tácita. Apariencia. Relaciones empresariales y mercantiles. 8. Autocontrato. Acto consigno mismo. 9. Ratificación. Artículo 369. Ratificación. 10. Derechos de los contratantes con el representante. 11. Extensión del apoderamiento. 12. Sustitución. 13. Pluralidad de representantes. 14. Extinción. 15. La representación orgánica. 16. Diferencias entre representación orgánica y convencional. 17. Bibliografía.

## 1. La representación en el ámbito jurídico

Mediante la figura de la representación, una persona puede ser sujeto de negocios y relaciones jurídicas en diferentes lugares, en forma simultánea o sucesiva, sin limitación de tiempo y espacio, fuera de su lugar de residencia o morada y en sitios distantes o remotos. En este sentido, la representación es un medio que permite extender la personalidad humana.<sup>1</sup>

Dentro de la estructura del Código Civil de Vélez Sarsfield, la figura se apoyaba en el aspecto contractual; orientación que incluso le sirvió para fundamentar la actuación de las personas jurídicas. Contemporáneamente, esta situación ha evolucionado favorablemente, concibiéndose una teoría general de la representación que permite advertir aspectos y situaciones que no pueden soslayarse y que de otro modo no tenían una resolución adecuada. Además, la denominada *representación orgánica* tiende a presentarse como una mecánica diferenciada con soluciones particulares que la distinguen por su especificidad.

## 2. La regulación del Código Civil de 1871

A diferencia del actual ordenamiento, el Código Civil (en adelante, “CCIV”) no legislaba en forma especial la representación en sí misma. Por el contrario, sus disposiciones la incluían al tratar el **mandato** (arts. 1869 y ss. CCIV), el cual se definía contractualmente como aquel mediante el cual “una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico o una serie de actos” para representarla.

Distinguiendo dos situaciones particularizadas en lugar de agruparlas, el **Código Civil y Comercial** vigente (en adelante, “CCCN”) reglamenta el mandato (en los arts. 1319 y ss.) como el contrato en que “una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra”. Por otra parte, a partir del artículo 358 (capítulo 8 del título IV del libro primero), se legisla la representación sin vincularla con un contrato que le dé nacimiento. No obstante, si en el primer caso, además, el contrato de mandato confiere poder, le son aplicables las disposiciones de los artículos 362 y siguientes, en cuyo caso se prioriza el aspecto representativo sobre las reglas previstas en los artículos que regulan el contrato.

Doctrinariamente, el poder se configura cuando alguien (*representado*) faculta a otro (*representante*) para que en su nombre realice uno o varios negocios jurídicos. De tal modo, es un acto **unilateral** y **recepticio**. A su vez, el mandato es un contrato que **puede originar un apoderamiento** (aunque no necesariamente) **pero que, esencialmente, exige un acto jurídico bilateral**. Este acto jurídico específico propio de la contractualidad puede estar ausente en el acto de apoderamiento. Es más, según calificada doctrina, el mandato configurado solo como acto de apoderamiento no debería ser catalogado como contrato.<sup>2</sup>

1. Concepto incluido en una sentencia del Tribunal Supremo de España del 8/10/1927.

2. Ver SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. 8, p. 2.

Teóricamente, la representación es el género que se caracteriza por una actuación *alieno nomine*, es decir, por cuenta ajena, mientras que el mandato representativo es una de las especies de la representación.<sup>3</sup> Durante la vigencia del CCIV, la jurisprudencia había sostenido que el mandato con representación se configura cuando el mandatario actúa en nombre de su mandante haciéndole saber al tercero que obra en nombre y por cuenta de aquel.

Desde tiempo atrás, la doctrina moderna distingue la figura del poder respecto de la del mandato,<sup>4</sup> circunstancia que pone de resalto la propia exposición de motivos del hoy Código Civil y Comercial, al reconocer que si bien Vélez Sarsfield no desconocía la representación, no contenía referencia alguna a una teoría general de la representación, continuando un criterio habitual en los códigos de esa época. Con esta orientación, se consagra la noción de que

... la única representación verdadera y propia exige la manifestación o la consciencia, tanto para el representante como para el tercero con quien realiza el acto, de que el negocio no es del representante, sino de la persona por quien él actúa, y de que, por tanto, éste obra sólo en concepto de tal y sin que en principio quiera quedar vinculado y responder de ese acto.<sup>5</sup>

Hay poder cuando se confiere una autorización que el representado da al representante para que en su nombre realice uno o varios negocios jurídicos. Es un acto autónomo y recepticio en el cual un sujeto, sin otra intervención, emite una declaración de voluntad que autoriza a que el otro despliegue cierta actividad. Por otra parte, el mandato es un contrato que puede obrar como negocio subyacente del poder y que, por su particularidad, exige un acto jurídico bilateral. El mandato obliga a ambos contratantes. El poder siempre es representativo; solo liga al poderdante. El primero siempre exige concretar un acto jurídico bilateral.

Sin embargo, no puede desconocerse que Vélez Sarsfield conocía la teoría de la representación. Prueba de ello es el texto del artículo 1929 CCIV, que se refiere precisamente a la posibilidad de que el mandatario opte por “contratar en su propio nombre o en el del mandante”, aclarando expresamente que si lo hace en su propio nombre, “no obliga al mandante respecto de terceros”. Sin embargo, no la incluyó como proposición y cuando mencionó a la representación, siempre se apoyó en el mandato (arts. 36 y 37, 1677, 1681, 1682, 1683, 1688, 1694, 1870 CCIV).

### 3. La representación en el Código Civil y Comercial

Conforme toda relación expresada, el CCCN consagra la independencia exegética de la figura contractual del mandato. En materia representativa, el artículo 358 expresa

3. Ver citas contenidas en: BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, p. 419; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios sobre el mandato*, p. 75; DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, t. 1, p. 274; DIEZ-PICAZO, *La representación*, p. 58; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 2, §1483, p. 350; SPOTA, Alberto G., t. 1, v. 3, p. 883; BELLUSCIO, A. C. (dir.) y ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Buenos Aires, Astrea, p. 179.

4. Ver HUPKA, Josef, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*; LENEL, Otto, *Mandato y poder*.

5. LORENZETTI, Ricardo L. y otros (comisión Decreto PEN 191/2011), *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012, p. 53. [N. del E.: ver [aquí](#)].

que “los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante, excepto en los casos en que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho”. A su vez, el artículo distingue los siguientes supuestos:

- 1) La representación es **voluntaria cuando resulta de un acto jurídico**, el cual no necesariamente tiene que ser el mandato, ya que podría derivar de un contrato asociativo, como la unión transitoria o el acuerdo de colaboración, que en todo caso obliga a designar un representante o también de una declaración unilateral de voluntad.
- 2) Es **legal cuando resulta de una regla de derecho** (arts. 26, 645 y 646 inc. f]) respecto de los padres, lo cual supone el ejercicio de la responsabilidad parental, y también en caso de personas humanas con capacidad restringida y con incapacidad (art. 32, 38, 44).
- 3) Es **orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica** (arts. 170 y concordantes de cada clase de persona jurídica; art. 58 Ley 19550).

Para distinguir adecuadamente el desenvolvimiento de la representación en sí misma del acto jurídico bilateral que presupone el mandato, el artículo 1319 define el contrato de mandato diciendo que existe “cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra”. Admite su otorgamiento y aceptación en forma expresa y tácita; incluso dispone que “si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato”, aclarando que “la ejecución del mandato implica aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella”. De tal forma, desaparece el apoderamiento como elemento constitutivo de la definición de mandato que contenía expresamente el texto del artículo 1869 CCIV.

A fin de guardar coherencia y correlación en la utilización, el artículo 1320 establece que “si el mandante confiere poder para ser representado le son aplicables las disposiciones de los artículos 362 y siguientes”; y el artículo 1321 aclara que “si el mandante no otorga poder de representación, el mandatario actúa en nombre propio pero en interés del mandante, quien no queda obligado directamente respecto del tercero”.

La representación introduce un dualismo en la concertación operatoria, por cuanto en general los negocios jurídicos se generan con la intervención de quienes son sus autores y los dueños de la voluntad y que coinciden con quienes expresan el consentimiento para la celebración, en cuyo caso son la misma persona el sujeto del negocio y el sujeto interviniente. Mediante la técnica representativa, el otorgante del negocio difiere del sujeto negocial o titular del interés jurídico.

Tal como hemos indicado precedentemente, para que la representación opere no es suficiente solamente obrar a nombre de otro sino que es necesario que el representante le haga conocer al tercero la identidad de la persona por la cual actúa, aplicando una *contemplatio domini*.<sup>6</sup>

6. ALTERINI, J. H. (dir. gral.), ALTERINI, I. E. (coord.) y TOBÍAS, José W. (dir. tomo), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, p. 867.

#### 4. Actos admisibles de representación.

##### Actos que no pueden ser realizados por representantes

El principio general es que los actos entre vivos pueden celebrarse por medio de representante (art. 358 CCCN), salvo aquellos que la ley dispone sean otorgados por el titular del derecho. Por tal motivo, no pueden ser efectuados por el representante:

- a) las disposiciones de última voluntad (ver art. 2465)
- b) los actos derivados del ejercicio del albaceazgo (art. 2525)
- c) los inherentes al ejercicio de la tutela (art. 105)
- d) el ejercicio del sufragio y otros derechos políticos
- e) la celebración de matrimonio (art. 418), con excepción del matrimonio a distancia (que se acepta por la Convención de Nueva York de 1962<sup>7</sup>).
- f) determinados actos procesales.

#### 5. Efectos generales de la representación

En la representación operan los siguientes efectos:

- a) “Los actos celebrados por el representante en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento producen efecto directamente para el representado” (art. 359).
- b) “La representación alcanza a los actos objeto del apoderamiento, a las facultades otorgadas por la ley y también a los actos necesarios para su ejecución” (art. 360).
- c) La eficacia de las limitaciones, la extinción del poder o la existencia de supuestos (actos jurídicos) no autorizados, “son oponibles a terceros si éstos las conocen o pudieron conocerlas actuando con la debida diligencia” (art. 361).

En este último sentido, existen diversos criterios para interpretar el texto del apoderamiento y la extensión de las atribuciones. Un primer enfoque prefiere utilizar el sentido literal de las facultades otorgadas, por lo cual habrá que emplear el lenguaje corriente para conocer el significado de los términos. Si existen acepciones confusas o ambiguas, los defectos de su comprensión recaen sobre el representado; si las restricciones impuestas están formuladas con modismos poco claros, imprecisos o equívocos, el tercero podría prescindir de ellas. Otro criterio prefiere aplicar una metodología contextual, sistemática y conservadora del acto jurídico, en cuyo caso el objeto para el cual fue conferido el poder determina las facultades y su extensión conforme al uso y las reglas de la buena fe, sobre todo respecto de aquellas que no hayan sido explícitamente indicadas pero que, en definitiva, son necesarias para lograr la finalidad perseguida,<sup>8</sup> sin perder

7. Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima y Registro (Nueva York, 7/11/1962). Dice la Convención en su artículo I que “no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente”. [N. del E.: ver texto completo de la Convención [aquí](#); fuente: adhesión argentina a la Convención por [Ley Nacional 18444](#), en [Infoleg](#); última consulta: 30/4/2019].

8. LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 213.

de vista que la normativa, en forma general, dispone que las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva (art. 375).

## 6. La representación voluntaria

6.1. La representación voluntaria comprende, exclusivamente, los actos que el representado **puede otorgar por sí mismo**, en cuyo caso deben considerarse excluidos aquellos actos que son personalísimos y no pueden ser conferidos por apoderado, por ejemplo, el testamento y los mencionados anteriormente.

6.2. Las limitaciones a la representación, la extinción y las instrucciones no contenidas en el apoderamiento son oponibles a terceros si éstos han tomado conocimiento de tales circunstancias o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión (art. 361).

6.3. La forma del apoderamiento está determinada por la prescripta en cada caso para el acto que el representante debe realizar, para lo cual debe ser analizado cada supuesto en forma particular. Se impone analizar el acto en cuestión. Ejemplificativamente, para ceder derechos hereditarios (1618 inc. a), se requiere escritura pública, por lo que, consecuentemente, el apoderamiento para ceder también deberá instrumentarse así. Por demás, deben ser otorgados por escritura pública, de acuerdo con el artículo 1017:

- a) Los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa.
- b) Los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles.
- c) Todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública.
- d) Los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública.

6.4. El representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento, mientras que para el representante es suficiente el discernimiento (art. 364), por lo cual puede admitirse que la representación sea conferida a quien, de acuerdo con la ley, tenga discernimiento para los actos lícitos (trece años de edad, art. 261).<sup>9</sup>

6.5. Cuando el representante actúa dentro del marco de su poder, sus actos obligan directamente al representado y a los terceros. El representante (apoderado) no queda obligado para con los terceros, excepto que haya garantizado de algún modo el negocio. Si la voluntad de obrar en nombre de otro no aparece claramente, se entiende que ha procedido en nombre propio (*contemplatio domine*).

## 7. Representación tácita. Apariencia. Relaciones empresariales y mercantiles

El artículo 367 indica que cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su represen-

9. En el contrato de mandato a persona incapaz, esta puede oponer la nulidad al tiempo de ser demandado por inejecución de las obligaciones, salvo la restitución (art. 1323 CCCN).

tante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente.

### 7.1. Efectos aplicables al ejercicio de actividades mercantiles y lucrativas

Se presume que:

- a) Quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de este.
- b) Los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan.
- c) Los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo.

## 8. Autocontrato. Acto consigo mismo

Nadie puede, en representación de otro, efectuar consigo mismo un acto jurídico, sea por cuenta propia o de un tercero, sin la autorización del representado (art. 368). El contrato consigo mismo o la autocontratación **es una figura por medio de la cual mediante el otorgamiento unilateral de una sola persona se crean relaciones jurídicas entre dos patrimonios distintos**. El supuesto se presenta cuando la persona actúa simultáneamente en nombre propio y en el de un tercero o en nombre de dos sujetos diferentes.

Por más que exista un otorgamiento de características unipersonales, si el negocio jurídico instrumentado es contractual, la relación generada seguirá siendo, a nuestro juicio, bilateral. Este artículo mejora sustancialmente la previsión que el derogado CCIV tenía en su artículo 1918, ya que este limitaba su ámbito, exclusivamente, a prohibir al mandatario comprar, por sí o por persona interpuesta, las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que este le ha ordenado comprar si no fuese con su aprobación expresa. Sin embargo, el artículo 372, inciso e), CCCN impone la prohibición del representante, como regla, de adquirir por compraventa o actos análogos los bienes de su representado, disposición que cede frente a la autorización que en forma expresa se le hubiere concedido y que habilita actuar y contratar consigo mismo (art. 368).

## 9. Ratificación. Artículo 369. Ratificación

La ratificación suple el defecto de representación, cubre su carencia o los defectos de que ella adolezca. Cumplida la ratificación, la actuación se reputa autorizada, con efecto retroactivo al día del acto, pero es inoponible a terceros que hayan adquirido derechos con anterioridad.

Realmente, la ratificación puede hacerse en cualquier tiempo y ella resulta eficaz entre las partes sin perjuicio de los terceros que pudieran invocar derechos adquiridos precedentemente. Mediante la ratificación se confirman los vicios y defectos de que

adolecía el acto celebrado por un representante sin legitimación o con atribuciones insuficientes.

La ratificación puede hacerse en cualquier tiempo; sin embargo, el artículo 370 les acuerda a los interesados el derecho de requerirla, fijando un plazo para ello que no podrá excederse de quince días, y agrega que el silencio se debe interpretar como negativa. Si la ratificación depende de la autoridad administrativa o judicial, el término se extiende a tres meses. El tercero que no haya requerido la ratificación puede revocar su consentimiento sin esperar el vencimiento de estos términos.

La ratificación resulta de cualquier manifestación expresa o de cualquier acto o comportamiento concluyente que necesariamente importe una aprobación de lo que haya hecho el que invoca la representación (art. 371). Puede ser expresa o tácita; en este último caso, resultará del comportamiento exhibido mediante uno o más actos que exhiban la inequívoca y verosímil aceptación de lo realizado por el representante. Cuando la ratificación es expresa, será concluida con los mismos requisitos de forma exigida para el negocio que se ratifica. Debe ser pura, no condicionada y sin introducir variantes o modificaciones al negocio concertado.<sup>10</sup>

Los plazos establecidos han sido impuestos en función del interés de quienes exigen una definición sobre las relaciones afectadas, lo que en modo alguno impide que la misma pueda hacerse en cualquier tiempo mediante acuerdo de las partes intervinientes.

## 10. Derechos de los contratantes con el representante

Según el artículo 374 CCCN, “los terceros pueden exigir que el representante suscriba y les entregue copia firmada por él del instrumento del que resulta su representación”. Esta norma no resulta imperativa para la celebración del contrato, pero tiene la finalidad de integrar la actuación del representante con el documento que le confiere la representación y perfecciona la contratación. Para los actos instrumentados notarialmente, rige el artículo 307, que mantiene el criterio del artículo 1003 CCIV (texto según la reforma introducida por la Ley 15785).

## 11. Extensión del apoderamiento

Los apoderamientos pueden ser conferidos en términos generales o con facultades expresas (art. 375).

11.1. Las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva. Por ello, el apoderamiento siempre constituirá el límite para la actuación del representante.

11.2. El poder conferido en términos generales solo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución. La determinación respecto de si un acto es de administración ordinaria o no dependerá, seguramente, del análisis del caso concreto, tomando en cuenta, siempre, que la distinción entre actos de administración y de disposición radica fundamentalmente en determinar si se afectan los frutos y rentas

10. ALTERINI, J. H. (dir. gral.), ALTERINI, I. E. (coord.) y TOBÍAS, José W. (dir. tomo), ob. cit. (cfr. nota 6), p. 906.

o, por el contrario, disponen el capital en sí mismo. A nuestro juicio, el empleo de la acepción “ordinaria”, calificando al acto de administración, tiene por finalidad excluir la realización de actos de administración extraordinaria, o sea, aquellos que si bien pueden catalogarse como de administración su ejecución implica un riesgo potencial a la composición del patrimonio. De todas formas, la hermenéutica del artículo 375 nos sugiere que su exégesis sea completa, es decir, analizando la totalidad de su normativa, con lo cual de la generalidad quedan excluidos los actos para los cuales se exigen facultades expresas.

11.3. Un poder conferido en términos generales, e incluso amplios, puede contener las facultades especiales exigidas por el artículo 375 nos sugiere cuando su mención integre el cuerpo o texto del mismo, en cuyo caso se interpreta cumplida debidamente la explicación de la atribución y, por lo tanto, el poder puede considerarse especial a esos efectos.

11.4. Son necesarias facultades expresas para:

- a) Peticionar el divorcio, la nulidad de matrimonio, la modificación, disolución o liquidación del régimen patrimonial del matrimonio.
- b) Otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere.<sup>11</sup>
- c) Reconocer hijos, caso en el que debe individualizarse a la persona que se reconoce.
- d) Aceptar herencias.
- e) Constituir, modificar, transferir o extinguir derechos reales sobre inmuebles u otros bienes registrables.
- f) Crear obligaciones por una declaración unilateral de voluntad.<sup>12</sup>
- g) Reconocer o novar obligaciones anteriores al otorgamiento del poder.
- h) Hacer pagos que no sean los ordinarios de la administración.
- i) Renunciar, transar, someter a juicio arbitral derechos u obligaciones, sin perjuicio de las reglas aplicables en materia de concursos y quiebras”.
- j) Formar uniones transitorias de empresas, agrupamientos de colaboración empresaria, sociedades, asociaciones, o fundaciones.
- k) Dar o tomar en locación inmuebles por más de tres años, o cobrar alquileres anticipados por más de un año.
- l) Realizar donaciones, u otras liberalidades, excepto pequeñas gratificaciones habituales.
- m) Dar fianzas, comprometer servicios personales, recibir cosas en depósito si no se trata del necesario, y dar o tomar dinero en préstamo, excepto cuando estos actos correspondan al objeto para el que se otorgó un poder en términos generales.

11.5. Se han suprimido las exclusiones de actos conexos o consecuentes como la del artículo 1883 CCIV, que indicaba que el poder para vender no comprendía para hipotecar ni recibir el precio de venta aplazado, el de transar no habilitaba comprometer en árbitros, y el de hipotecar facultaba a hipotecar por deudas anteriores al mandato, etc., ya que las actuales disposiciones son para resolver los supuestos enumerados en el artículo no reproducido.

11. El inciso difiere del art. 457, que determina que el asentimiento debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos. Jorge H. ALTERINI e Ignacio E. ALTERINI sostienen que el acto en sí y sus elementos constitutivos deben surgir del poder (ob. cit. [cfr. nota 6], p. 921). Nosotros nos permitimos disentir del criterio, ya que el inciso es autosuficiente por cuanto se refiere al acto que requiere el asentimiento, con lo cual hay que indicarlo y los bienes a los que se refiere. En cuanto a los demás elementos constitutivos del negocio, los podría resolver el apoderado si además cuenta con facultades para ello.

12. Tales como el reconocimiento y la promesa de pago (art. 1801), las cartas de crédito (art. 1802), la promesa pública de recompena (art. 1803), el concurso público (art. 1807) y las garantías unilaterales (art. 1810).

11.6. De la comparación con el artículo 1881 CCIV, advertimos que se enuncian supuestos no contemplados anteriormente: el inciso a), que requiere facultades expresas para petitionar el divorcio, la nulidad de matrimonio y la modificación, disolución y liquidación del régimen patrimonial del matrimonio; el b), relativo al asentimiento conyugal; el f), para crear obligaciones por una declaración unilateral de voluntad; el e), que incluye los bienes registrables; el j), que incorpora a las uniones transitorias, agrupaciones de colaboración, asociaciones o fundaciones, además de las sociedades ya mencionadas por el inciso 13) del artículo 1881 CCIV.

En materia de contratos de locación, se necesitan facultades expresas para contratar por un lapso superior a tres años, reduciendo el plazo de seis años previsto en el CCIV y exigiendo mencionar expresamente si se autorizara a cobrar alquileres anticipados por más de un año.

11.7. Otras disposiciones del CCCN imponen también facultades expresas para que el agente, en el contrato de agencia, pueda cobrar y percibir créditos resultantes de su gestión, conceder quitas o esperas, consentir acuerdos, desistimientos o avenimientos concursales, debiendo indicarse específicamente el monto de la quita o plazo de la espera (art. 1485); también, para que el franquiciado defienda al franquiciante en las franquicias internacionales (art. 1514, inc. i]) y para celebrar contrato de comodato (art. 1535, inc. b)]; y, durante la indivisión hereditaria, para todo acto que excede la explotación normal de los bienes indivisos y para la contratación y renovación de locaciones (art. 2325).

## 12. Sustitución

El representante puede sustituir el poder en otro, respondiendo por el sustituto si incurre en culpa por la elección. Si el poderdante hubiera indicado la persona del sustituto, el representante no responde por los actos de este. Responde por el sustituto si incurre en culpa al elegir. “El representado puede indicar la persona del sustituto, caso en el cual el representante no responde por éste. El representado puede prohibir la sustitución” (art. 377).

El sentido del artículo permite obtener las siguientes conclusiones:

- 1) El silencio acerca de la facultad de sustituir no impide que el representado pueda sustituir el poder en otro, lo que podrá hacer total o parcialmente.
- 2) Alguna doctrina interpreta que, mediando sustitución, el representante agota su función y no puede seguir desenvolviéndose como tal<sup>13</sup> al entender que en este caso hay una cesión de la posición contractual (art. 1636). No participamos de este criterio, por cuanto, fundamentalmente, el apoderamiento en sí, tal cual lo estamos desarrollando, resulta de un acto unilateral y no de un contrato. Además, porque pese a que el CCCN no reproduce el artículo 1925 del CCIV, que permitía que el mandatario pudiera revocar la sustitución cuando lo juzgara conveniente, la misma doctrina que sostiene aquel criterio admite que el sustituyente puede revocar el acto de sustitución, con la salvedad de que el sustituido haya sido designado por

13. ALTERINI, J. H. (dir. gral.), ALTERINI, I. E. (coord.) y TOBIÁS, J. W. (dir. tomo), ob. cit. (cfr. nota 6), pp. 928-930.

el representado,<sup>14</sup> en cuyo caso no podría dejar sin efecto la sustitución sin el consentimiento de este, opinión con la cual también discrepamos atento a que, según el propio artículo 377, la designación de la persona del sustituido solamente exime de responsabilidad al sustituyente sin que pueda considerarse obligado a realizar la sustitución.

- 3) Si el poder prohíbe expresamente la sustitución, la que se hiciera sería nula. La prohibición debe ser expresa, estar contenida en el poder o ser comunicada fehacientemente al representante.

### 13. Pluralidad de representantes

La designación de varios representantes sin indicación de que deban actuar conjuntamente, todos o algunos de ellos, se entenderá que faculta a actuar indistintamente a cualquiera de ellos (art. 378). El texto se aparta del criterio del artículo 1899 CCIV, que ante el nombramiento de dos o más mandatarios, salvo indicación expresa, se entendía que el nombramiento fue hecho para ser aceptado por uno solo de los nombrados, originando dificultades de aplicación hoy superadas. Esta modalidad de actuación ya había sido adoptada por la Ley 19550.<sup>15</sup>

### 14. Extinción

El artículo 380 CCCN dispone que el poder se extingue:

- a) Por el cumplimiento del o de los actos encomendados en el apoderamiento (criterio consagrado por el art. 1960 CCIV).
- b) Por la muerte del representante o del representado (anteriormente, art. 1963, inc. 3], CCIV); sin embargo subsiste en caso de muerte del representado siempre que haya sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero.
- c) Por la revocación efectuada por el representado (antes, art. 1963, inc. 1], CCIV); sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa.
- d) Por la renuncia del representante (art. 1963, inc. 2], CCIV), pero este debe continuar en funciones hasta que notifique aquella al representado, quien puede actuar

14. Ídem, p. 931.

15. Ver arts. 127, 128 y 157 2º párrafo.

por sí o reemplazarlo, excepto que acredite un impedimento que configure justa causa.

- e) Por la declaración de muerte presunta del representante o del representado.
- f) Por la declaración de ausencia del representante.
- g) Por la quiebra del representante o representado.
- h) Por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado (anteriormente, art. 1963, inc. 4], CCIV).

En esta materia puede destacarse lo siguiente:

- 1) El cumplimiento de los actos encomendados produce su extinción si las facultades fueren específicas; y, aun así, hay que admitir su vigencia para cumplir las diligencias complementarias, accesorias y necesarias para asegurar el resultado de la gestión.
- 2) Solo la irrevocabilidad del poder requiere la mención de un plazo cierto, no así la subsistencia del apoderamiento por muerte del presentado.
- 3) La revocación, como cualquier modificación o renuncia deben ser puestas en conocimiento de los terceros por medios idóneos, no siendo oponibles a estos, a menos que se pruebe su conocimiento al tiempo de celebrar el acto jurídico. Las demás causales de revocación no son oponibles a los terceros que las hayan ignorado sin su culpa (art. 381).
- 4) Aun cuando el artículo 380 no lo menciona, el transcurso del término por el cual fue otorgado también provoca la extinción del poder (art. 1329, inc. 1]).

## 15. La representación orgánica

### 15.1. La cuestión

15.1.1. La **representación orgánica** consiste en el mecanismo mediante el cual los entes asociativos se vinculan en sus relaciones con los terceros, individualizando, además, a quienes están legitimados para expresar la voluntad de una persona jurídica. Dicho de otro modo, se trata de conocer cómo los actos celebrados resultan imputables al patrimonio colectivo y cuáles son las condiciones que el ordenamiento dispone a tal fin.

15.1.2. La imputación resultante es correlato de la **personificación**, calidad que, en términos generales, puede definirse, de acuerdo al concepto del art. 141 CCCN, como la aptitud que tienen ciertos entes de adquirir derechos y contraer obligaciones. Para disponer de este atributo, no es requisito inexcusable tener corporeidad física, puesto que los signos característicos de humanidad solamente son exigibles para las personas humanas.

15.1.3. No toda colectividad o agrupamiento de personas dispone de personalidad diferenciada. Hay modalidades grupales, como el caso del condominio y las agrupaciones asociativas, como las surgidas de los contratos asociativos (arts. 1442 y ss. CCCN), que están excluidas de dicha calidad.

15.1.4. En estos supuestos coexisten tantos centros de imputación como sujetos individuales componen la relación, y, por ello, los actos dispositivos requieren la intervención de todos, aun en el caso de los contratos asociativos en que al representante se le reputa

que tiene los poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que hacer al desarrollo o ejecución (art. 1465 CCCN).

15.1.5. En las personas humanas, la manifestación de la voluntad se transmite sensorialmente mediante la comunicación, sea verbal o documental, mientras que las personas jurídicas, que por naturaleza carecen de atributos físicos, requieren de la asistencia humana para relacionarse, a la cual tienen que recurrir como soporte indispensable.

15.1.6. Una primera elaboración de este fenómeno había asimilado la representación de los entes jurídicos al ejercicio de un mandato, sometiéndola a sus mismas reglas.<sup>16</sup> En cierta forma, la cuestión se asimilaba al supuesto de quien sufre una incapacidad de hecho o de ejercicio, en cuyo caso necesita recurrir al auxilio del tercero que expone o transmite la voluntad social.<sup>17</sup> La inconsistencia de las reglas del mandato para explicar la función y responsabilidad de los administradores sociales, además de no brindar soluciones a la esencia del problema, demostró la insuficiencia del recurso y la ineptitud para explicar el fenómeno de la representación societaria. Amén de ello, su etiología aleja las aplicaciones de la institución de las reales necesidades societarias. En efecto, **resultan inaplicables a la mecánica social**<sup>18</sup> la coexistencia de dos voluntades distintas, la del mandante (entidad) y la del mandatario (representante), o la exigencia de que las facultades conferidas y su extensión sean enunciadas de modo preciso y detallado (cumpliendo el imperativo de contar con poderes especiales según el art. 375), las limitaciones propias vinculadas con la naturaleza del negocio y su interpretación restrictiva (art. 375), y que la expiración del término por el cual fue designado el administrador o representante podría inducir la cesación de su cargo (art. 1328, inc. a)).

15.1.7. El pensamiento contemporáneo introduce la teoría o doctrina orgánica, donde la figura del representante societario resulta ser el vehículo de expresión propio y genuino de la sociedad, en el entendimiento de que la sociedad actúa sin acudir al auxilio de la representación. Quien opera por ella es considerado un funcionario de la sociedad, por cuanto el órgano absorbe la figura del representante, y, por ello, se dice que es la propia sociedad quien actúa, al punto tal que no se le admite a quien ejerce el cargo excusar su respuesta alegando desconocimiento o ignorancia de los actos cumplimentados por sus antecesores en el cargo.<sup>19</sup> De tal modo, resulta atendible la crítica a la semántica empleada, ya que **en la realidad jurídica más que representación orgánica existe actuación orgánica** en tanto este componente es condición inexcusable de la personificación.

Esta actuación orgánica es consecuencia natural y derivada de la personalidad jurídica societaria que, como ordenamiento organizado, dispone de diversos componentes

16. El art. 1870, inc. 3, CCIIV sometía a las disposiciones del título las representaciones por administraciones o liquidaciones de sociedades.

17. Lo expuesto no contradecía la tesis del mandato por cuanto también las representaciones necesarias quedaban sujetas a las disposiciones del mandato, conforme lo disponía el inc. 1 del art. 1870 CCIIV en todo lo que no se opusiera a las leyes especiales sobre ellas.

18. Hemos abordado las disimilitudes que provoca adherirse al mandato o a la tesis orgánica, con mayor amplitud, en BENSEÑOR, Norberto R., (comentario al art. 1942), en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Buenos Aires, Astrea, p. 273.

19. Ver CNCom., Sala A, 12/8/1976, "Banco Tornquist SA c/ Teneza SCA" (*La Ley*, t. 1977-A, p. 432): en el caso, el presidente de una sociedad alegó no poder reconocer la firma puesta al pie de un documento por cuanto pertenecía a quien lo había antecedido en el cargo, en cuyo caso la Cámara, aplicando la doctrina orgánica, rechazó la objeción y dio por reconocida la firma.

(órganos) que posibilitan técnicamente el cumplimiento de sus funciones, tales como las de administrar y conectarse con los terceros, de modo tal que su modalidad de actuación quede asimilada en la mayoría de las veces a las que utilizan las personas físicas para concretar sus actos y negocios.<sup>20</sup> Estos componentes contienen dos elementos, uno de ellos es el objetivo, o sea aquel que le atribuye la competencia de actuar en determinadas materias o para cumplir funciones específicas. El otro es de carácter subjetivo y determina quienes son las personas que lo integran a los efectos de desempeñar la competencia asignada.

En materia de representación, existe alguna diversidad de criterio entre quienes le asignan calidad de órgano en sí mismo a quien la ejerza –como es nuestra opinión– y aquellos otros que reservan ese atributo solamente al órgano de administración, sosteniendo que la representación es solamente una función dentro de la administración, acentuando que no sería posible que el representante integrara dos órganos al mismo tiempo.<sup>21</sup> Para el caso, el tema queda reducido a una cuestión académica, ya que coincidimos plenamente en que, tanto como órgano en sí mismo o en el desempeño de una función, en la sociedad anónima el presidente ejerce la representación orgánica de la sociedad, la que también atribuirse a los directores autorizados por el estatuto (art. 268 Ley 19550), aplicándose en todos los supuestos el artículo 58.<sup>22</sup>

15.1.8. En el cometido orgánico, la ley, al atribuir el marco de competencia determinado, torna innecesario enumerar las atribuciones, ya que las mismas surgen del ordenamiento legal de modo directo.<sup>23</sup> Por lo demás, en materia orgánica, se aplica el principio de continuidad de los órganos mientras no sean reemplazados (art. 257 Ley 19550), evitando la caducidad del ejercicio del cargo por el mero transcurso del tiempo; y, ante la pluralidad de administradores o socios, a falta de indicación de la forma de actuación, se presume la actuación indistinta (arts. 127 y 157 Ley 19550), criterio que actualmente incorpora el CCCN para la representación y el mandato (arts. 379 y 1326).

20. Ver BENSEÑOR, Norberto R. y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “La representación orgánica de las sociedades anónimas”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 795, 1984, p. 633.

21. La ley no impide que alguien pueda integrar más de un órgano al mismo tiempo, lo que siempre sucede con los accionistas que son miembros natos del órgano de gobierno y además pueden integrar otros, como el directorio o el consejo de vigilancia. Además, la especialidad de la función representativa, frente a la disociación de los poderes de gestión dos órganos, justifica de por sí la asignación. A favor de considerarlo órgano, ver CABANELLAS, Guillermo, *Derecho societario*, t. 4, p. 62. En contra: OTAEGUI, Julio C., *Administración societaria*, p. 157; ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada*, t. 1, p. 832.

22. El art. 358 CCCN distingue en su segunda parte la representación voluntaria, que resulta de un acto jurídico, la legal, que resulta de una regla de derecho, y la orgánica, cuando resulta del estatuto de una persona jurídica.

23. Ver CNCom., Sala A, 22/11/1985, “Calzetti c/ Parking Náutico SA”: todo acto que el órgano realice en el ámbito de sus facultades y competencia será imputado a la sociedad; CNCom., Sala A, 30/12/1976, “Amenta, Roberto c/ Pasquariello, Italo O. P.” (*El Derecho*, t. 74, p. 702, fallo N° 30028 [N. del E.: Se advierte al lector que la carátula también ha sido consignada ahí mismo como “Armenta, Roberto c/ Pasquariello, Italo”]): el órgano no es mandatario del ente social, es la sociedad misma la que actúa, mediante la actividad concreta de una persona física, tampoco el órgano es mandatario de alguno, varios o de todos los socios.

## 15.2. El funcionamiento del mecanismo de vinculación. La determinación del agente y las condiciones de ejercicio. El representante societario debido

15.2.1. La formulación legislativa del mecanismo de vinculación está contenida en el artículo 58 de la Ley 19550: “El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social”.

15.2.2. Como todo sistema de relación, cabe individualizar quién ejerce la representación social, tal cual lo enuncia el artículo 58 de la Ley 19550, el cual cumple tal finalidad en tanto refiere la figura del sujeto actuante y la extensión de sus facultades.

15.2.3. De este modo, la definición de las competencias surge primeramente de la ley. En segundo grado, como corresponde, se organizan por vía estatutaria o contractual. La atribución de competencias no es desplazable ni sustituible. Por más que la asamblea de socios sea considerada el órgano de gobierno de la sociedad, ella no podría encomendar la ejecución de actos resueltos a un delegado asambleario o quien hubiere sido presidente *ad hoc* de la reunión, desplazando al legitimado, ya que le corresponde al directorio cumplir las resoluciones de la asamblea (art. 233, 3º párrafo, *in fine*, Ley 19550), y, si deben ejecutarse, se hará con intervención del representante orgánico (art. 58).<sup>24</sup>

15.2.4. Cuando se reconoce la personalidad de un ente colectivo es indispensable explicitar un sistema de vinculación y comunicación externa, atento a que lo contrario produciría el contrasentido de que el sujeto de derecho no podría ejercer los atributos de su calidad de persona, ni disponer su patrimonio, ni adquirir derechos, ejercerlos, contraer obligaciones y cumplirlas. La legislación puede elegir qué sistema impondrá (la tesis del mandato, la orgánica o cualquier otra), pero no puede omitir la cuestión, ya que no sería apropiado ni practicable suponer que, por esa falencia, la totalidad de sus integrantes tuviera que actuar conjuntamente para lograr el efecto jurídico de la vinculación.

15.2.5. El mecanismo de imputación de un acto a la sociedad requiere el cumplimiento de dos condiciones específicas: a) que la voluntad de obligarse se exprese por quien o quienes, de acuerdo con la ley o el contrato, estén legitimados para hacerlo (agente de la vinculación o representante societario debido); b) que esta voluntad integre el marco de competencia de quien la exprese. Por lo tanto, una sociedad queda eficazmente vinculada con los terceros cuando: 1) hubiera actuado por intermedio del representante legal societario debido; 2) el acto de que se trate no sea notoriamente extraño al objeto social.

15.2.6. De este modo, la formación y exteriorización de la voluntad social requieren distinguir dos sectores distintos e independientes entre sí:

- a) La administración: atiende a la tarea de cumplir el objeto social, decidiendo en tal sentido e internamente la voluntad del ente.
- b) La representación: por medio de la cual se transmiten esas decisiones a los terceros en general, produciendo el efecto de vincular a la sociedad con los terceros.<sup>25</sup>

24. Lo expuesto no impide la remoción y reemplazo de la persona integrante del órgano representativo.

25. Siempre a la representación se le adjudicó un lugar de preponderancia. El CCIV aludía en el art. 35 a la adquisición de derechos y el ejercicio de actos que no le sean prohibidos por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido, y el art. 36 declaraba actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales.

A título de ejemplo, señalamos que en la sociedad anónima la administración le corresponde al directorio (art. 255), mientras que la representación le pertenece al presidente o a los directores autorizados por el estatuto (art. 268).

15.2.7. En otros tipos societarios en que no se exigen órganos colegiados, la función de administrar y la de representar coexisten en uno o más sujetos; por ello, las expresiones legales, a veces, utilizan la acepción *administrador* o *representante* (art. 58) en forma indistinta, o *administrador* exclusivamente (arts. 127-130), o menciona por igual la *administración* y la *representación* (arts. 136, 143 y 157). Este aspecto no debe desatenderse, porque las expresiones interpuestas no deben considerarse sinonimias entre sí, ya que en ciertos tipos sociales la función de administrar comprende en sí misma la función de representar, mientras que en otros, como en las sociedades anónimas, estas funciones se encuentran distinguidas entre sí. En este último sentido, el ejercicio de la función representativa importa un desprendimiento de la administración y no una delegación de la competencia.<sup>26</sup> Por esta razón, cuando no existe un órgano colegiado designado para administrar, la persona designada como administradora o en su caso gerente ejerce ambas funciones, la de administrar y representar, y sus decisiones son equivalentes a las que adopta el órgano colegiado (directorio o gerencia colegiada, en su caso).

15.2.8. Representante societario debido es aquel que, de acuerdo con la ley o el contrato, ha sido ungido para **obligar a la sociedad por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social**. La norma impone individualizar al representante, para lo cual habrá que conjugar las reglas de organización del tipo con las cláusulas contractuales a fin de reconocerle la aptitud subjetiva de accionar el mecanismo de imputación. En este aspecto, es recomendable no profundizar la confusión que suele producirse entre la administración y la representación, aunque generalmente los mismos individuos participan de ambos órganos, sobre todo cuando la representación societaria no se agota exclusivamente cumpliendo las decisiones del órgano de administración, ya que también debe cumplir las que emita el órgano de gobierno.<sup>27</sup> El mecanismo, por otra parte, requiere que el acto vinculable no sea notoriamente extraño al objeto social, completando de tal modo los requisitos de eficacia exigidos por el artículo 58 de la Ley 19550.

15.2.9. La norma del artículo 58 es rigurosa en el sentido de que su aplicación se impone imperativamente frente a cualquier relación o contratación de la sociedad con terceros, puesto que no hay otra regla o disposición en la ley que la sustituya o que organice un vehículo diferente para el mecanismo representativo. Otras normas legales aluden a la representación pero se limitan, únicamente, a individualizar al agente de la misma o a la forma de actuación (arts. 127, 128, 136, 143, 157, 268, 318) sin alterar el campo de imputación que el artículo 58 establece.

15.2.10. La tarea de administrar la sociedad, como hemos dicho precedentemente, difiere de la función representativa, por cuanto mediante la primera se adoptan decisiones que hacen a la gestión operativa social y al cumplimiento del objeto, en tanto que, mediante la

26. Ver CABANELLAS, Guillermo (h.), "Los órganos de representación societaria", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, t. 1991-A, pp. 27 ss.: destaca la utilización promiscua de la ley de ambos términos, señalando que ello implica una confusión y desprolijidad por parte de la ley, coincidiendo con nuestro pensamiento que, en todo caso, la función de administrar comprende la de representar.

27. Ídem, pp. 33 y 34.

segunda se atiende a la ejecución de todos los actos jurídicos necesarios para vincular a la sociedad con los terceros o el cumplimiento de las decisiones adoptadas.<sup>28</sup> De tal modo, queda diferenciada la actitud del directorio como colegio, esencialmente deliberativa e interna, de la representativa, atribuida a una o más personas físicas individualizadas y con eficacia externa. Agregamos que ello resulta tan evidente en tanto en cuanto el propio artículo 268, al determinar el ejercicio de la representación legal en la sociedad anónima, impone la aplicación directa en tal caso del artículo 58 en todos los casos allí previstos.

15.2.11. El órgano de administración y representación no es mandatario del ente social sino que es la sociedad misma la que actúa.<sup>29</sup> Su presencia en la organización social es obligatoria e imprescindible.<sup>30</sup> El abandono de la tesis del mandato impide considerar que el presidente del directorio pueda sustituir su representación en otro, por la sencilla razón de que no es mandatario de la sociedad sino órgano, siendo inaplicables el artículo 377 CCCN y el derogado artículo 1924 CCIV, al conformar el ejercicio de su función una actuación orgánica inherente al cargo que desempeña e inseparable de él.<sup>31</sup>

15.2.12. También discrepamos con quienes, en esta materia, acudían a la regla del artículo 902 CCIV, hoy contenida en el artículo 1725 CCCN, para restringir las atribuciones del representante societario debido, imponiendo deberes de consulta a otros órganos, y, ante su omisión, pretender desobligar a la sociedad, cuando esa acción no surgía de la propia ley. Recordemos que la preceptiva invocada dispone que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos. La imposición de esta regla de conducta en la actuación representativa produce la desnaturalización del sistema vinculatorio de la sociedad a mérito del artículo 58 de la Ley 19550, obligando a merituar en cada caso las circunstancias del caso y condicionando la imputación a comportamientos internos ajenos a los terceros, haciendo tabla rasa con la imputación a la sociedad de todo acto celebrado por el representante que no sea notoriamente extraño al objeto social.

Sujetar el mecanismo de imputación a una debida diligencia ajena a los presupuestos de la Ley 19550 implica desviar el propósito tenido en cuenta. La propia lectura del artículo 58 asegura que se pretende dar seguridad y certeza a las contrataciones y derivar, en todo caso, al ámbito de la responsabilidad interna la comisión de presuntas infracciones (ver último párrafo del artículo 58).

15.2.13. Para comprender cabalmente el ejercicio de la función representativa, hay que advertir que la noción de actos de administración y la de actos de disposición no tienen en materia societaria el mismo significado.

15.2.14. En efecto, mientras desde el punto de vista civil los actos de administración son aquellos que tienden a mantener el patrimonio en el mismo estado en que se encuentra, obteniendo rentas o frutos que no alteren su sustancia, en materia societaria, administrar

28. Ver OTAEGUI, Julio C., ob. cit. (cfr. nota 21), p. 157.

29. CNCom., Sala A, 30/12/1976, "Amenta, Roberto c/ Pasquariello, Italino O. P." (*El Derecho*, t. 74, p. 702, fallo N° 30028 [N. del E.: Se advierte al lector que la carátula también ha sido consignada allí mismo como "Armenta, Roberto c/ Pasquariello, Italino"]). (Cfr. nota 23).

30. CABANELLAS, Guillermo (h.), ob. cit. (cfr. nota 26), p. 28.

31. CNCom., Sala A, 9/12/1980, "Sava SA c/ Santoro, Osvaldo L." (*La Ley*, t. 1981-D, p. 189, cita online AR/JUR/920/1980); CNCom., Sala D, 4/9/1977 "G. KRAFT SA".

significa cumplir el objeto social. En consecuencia, si para cumplir el objeto social hay que transformar bienes, disponerlos, comprometerlos o enajenarlos, todos estos actos entran dentro del concepto de administración.

Por otra parte, para el derecho societario, son actos de disposición aquellos que modifican o afectan estructuralmente la persona jurídica, como cuando se reforma el estatuto, se resuelve su transformación, fusión, escisión, disolución, traslado de domicilio al extranjero o se ejecutaren actos que comprometan el activo o parte de él que imposibiliten la continuación del giro de sus negocios. En todos estos supuestos debe intervenir el órgano de gobierno de la sociedad, adoptando la resolución respectiva para que luego sea ejecutada por el órgano de representación.

15.2.15. En función de lo anteriormente expuesto, la competencia del representante societario para obligar por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social incluye: a) los actos comprendidos en el objeto; b) los actos preparatorios del objeto; c) los actos accesorios del objeto; d) los actos facilitadores del objeto; e) los actos neutros; f) los actos extraños al objeto social, sin notoriedad.

15.2.16. Quedan excluidos del vínculo representativo los actos notoriamente extraños al objeto social.

### 15.3. La decisión del órgano colegiado

15.3.1. Mucho se ha discutido sobre si, en las sociedades en las cuales la administración está a cargo de un órgano colegiado, como las anónimas o las de responsabilidad limitada que tengan gerencia colegiada, la deliberación y decisión de dicho órgano es presupuesto necesario para legitimar la representación social.

15.3.2. El artículo 58 de la Ley 19550 atribuye la facultad de obligar a la sociedad por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social al representante, de lo cual se colige que con su intervención se obtiene el efecto vinculante aun cuando se omita acreditar la deliberación del órgano colegiado.

15.3.3. Fundamenta esta opinión la propia expresión del artículo 58 y también la circunstancia de que, en otros casos específicos, el ordenamiento requiere, para la eficacia de algunas concertaciones, la resolución expresa del órgano social que apruebe el acto, tales como las contrataciones con el director (art. 271 Ley 19550), la constitución de agrupaciones de colaboración, uniones transitorias y consorcios de cooperación (arts. 1455 inc. d], 1464 inc. d] y 1474 inc. a] CCCN) y la presentación en concurso preventivo (art. 6 Ley 24522), en cuyo caso, si por norma general la deliberación hubiera sido necesaria, **en todos los casos**, para producir la vinculación, no hubiera sido necesario exigirla en estos supuestos puntuales.

15.3.4. No existe en la Ley de Sociedades ninguna otra norma ni otro procedimiento de vinculación que el establecido en el artículo 58, el cual unge como vehículo de imputación a quien fuere representante, el cual es, en el caso de las sociedades anónimas, de acuerdo con el artículo 268, el presidente del directorio o los directores que el estatuto autorice. Esta observación es definitiva por cuanto la ley, en el caso de los órganos colegiados, ha disociado las funciones, adjudicando la administración al directorio (colegio) y la representación al presidente y directores autorizados especialmente (personas humanas).

15.3.5. Cuando el artículo 281 inciso c) de la Ley 19550 determina que el estatuto puede establecer que ciertos actos requieran previa aprobación del consejo de vigilancia, establece que ello es sin perjuicio del artículo 58.

15.3.6. El artículo 266 adjudica la administración de la sociedad al directorio como colegio, mientras que el artículo 58 adjudica la representación al presidente.

15.3.7. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa originaria “Consultora del Sur SA y otro” (2003), rechazó la demandada falta de personería opuesta por la demandada al poder esgrimido por la letrada de la actora, basada en que la escritura respectiva omite relacionar o transcribir la decisión del directorio al estimar que el presidente de la sociedad ejerce la representación de la sociedad de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 268 y 58 de la Ley 19550. De ahí que, a juicio del Tribunal, **sea innecesaria una decisión del directorio para que el presidente se encuentre autorizado a hacerlo**, atribución que no se empaña por la circunstancia de que los estatutos mencionen entre las atribuciones del directorio la de otorgar poderes.<sup>32</sup>

15.3.8. El tercer párrafo del artículo 58 es contundente cuando dispone, con el rótulo de “Eficacia interna de las limitaciones”, que estas facultades legales de los administradores **“no afectan la validez interna de las restricciones contractuales y la responsabilidad por su infracción”**.

15.3.9. Todo lo expuesto no obsta que recomendemos en la instrumentación notarial de actos, siempre que se dispongan todos los elementos, la incorporación del acta o documento que acredite la decisión del órgano colegiado de administración (directorio) aprobando el acto.

15.3.10. Esta sugerencia, que en modo alguno debe reputarse invalidante de todas las consideraciones precedentes, reposa en las siguientes circunstancias:

- a) La aprobación del órgano colegiado hace compartir la responsabilidad del representante con los restantes integrantes (art. 274 y 59).
- b) Siendo el representante societario otorgante del acto notarial, rige respecto del mismo el derecho al asesoramiento del caso;
- c) Desalienta impugnaciones, evitando generar interpretaciones disvaliosas; como el caso de la jurisprudencia de la Justicia Nacional del Trabajo de la Capital Federal, que descalifica, desacertadamente, los poderes otorgados por los representantes legales de sociedades anónimas en los cuales no se acredite la aprobación del directorio.

15.3.11. Sin perjuicio de ello, en respeto de la recta hermenéutica, podemos aconsejar que, al realizar un estudio de títulos, no merece ser observado cualquier antecedente donde se advierta la no agregación del acta de deliberación **siempre y cuando el instrumento acto haya sido otorgado por el representante societario debido y el acto de que se trate no sea notoriamente extraño al objeto social**.

32. CSJN, 12/8/2003, “Consultora del Sur SA y otro c/ Instituto Fluvio Portuario Provincial –Puerto Concepción del Uruguay– y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos, 326:2746 [N. del E.: ver completo [aquí](https://sj.csjn.gov.ar/sj/); fuente: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>; última consulta: 30/4/2019]).

#### 15.4. El artículo 58 de la Ley 19550 y la doctrina de la apariencia

15.4.1. Advertimos una exagerada recurrencia a la doctrina de la apariencia para explicar el fundamento del mecanismo vinculatorio del artículo 58. No participamos de tal criterio al sostener que el artículo 58 consagra una competencia atribuida al representante que es **propia y verdadera y nunca aparente**.

15.4.2. Aparente sería la representación ejercida por quien no dispone de poder vinculatorio, lo cual no es el caso del artículo 58, que le confiere expresa y certeramente al administrador o representante que tenga la representación de la sociedad la atribución de obligar a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

15.4.3. Para que exista apariencia, es necesaria una tolerancia o reconocimiento de facultades a quien no las tiene pero que, finalmente, culminan produciendo el efecto de obligar a la sociedad a fin de proteger a los terceros que confiaron en la representación invocada.<sup>33</sup>

15.4.4. Cuando el representante ejerce sus facultades, su poder es consecuencia del ámbito de la competencia asignada, con lo cual su rol representativo es verdadero y no aparente, más aún cuando la extensión de su esfera de actuación surge de la propia ley.

15.4.5. En materia sucesoria, el artículo 2315 CCCN regula los efectos producidos por los actos celebrados por el heredero aparente, aludiendo a quien si bien dispone a su favor de una declaratoria de herederos, su título es cuestionable, pese a lo cual sus actos repercuten sobre el acervo frente a los terceros de buena fe, o sea, a todos aquellos que ignoren la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos. En el representante societario, no puede sostenerse que su título para obrar sea cuestionable, salvo que resulte inválida su designación como tal y entonces sí la *apariencia* protegería a los terceros que hubieran contratado con él.

15.4.6. Alguien podría sostener que, en función de que las atribuciones representativas ceden solamente frente al acto notoriamente extraño al objeto social, es decir, abarcan y comprenden todos los actos que sean extraños al objeto sin notoriedad, en cuyo caso, efectivamente, la entidad queda obligada, por vía de silogismo recurren a la apariencia por entender que nunca un representante podría obligar por un acto extraño al objeto social, utilizando, entonces, este recurso para superar el conflicto. Desde ya, tampoco participamos del citado criterio, el cual parte de un desacierto, por cuanto la sociedad se encuentra habilitada para realizar actos extraños (tal cual se menciona en el art. 63 inc. d] última expresión, art. 31 Ley 19.550) y el objeto social no limita la capacidad de la persona jurídica quien en cumplimiento de sus finalidades puede superar el mismo (art. 141 CCCN).

15.4.7. Habría apariencia en todos los casos en que se convalida la actuación de un dependiente que está al frente de un negocio y permite que los terceros razonablemente presuman que se encuentra suficientemente autorizado para contratar. También la hay

33. La apariencia sirvió de gran soporte en la época de vigencia del [Código de Comercio](#), atento a que se carecía de una norma genérica aplicable a todos los tipos sociales y, sobre todo, porque el art.16 de la Ley 11645 permitía cercenar los poderes representativos del gerente de la sociedad de responsabilidad limitada en los casos establecidos en el contrato.

cuando media alguna actitud tolerante del representado frente a quien aparenta ser su representante.<sup>34</sup> En tal sentido, se ha sostenido que la suscripción por el empleado de una sociedad de un documento con membrete de esta última crea la apariencia jurídica al suponerse que el dependiente estaba autorizado para obligar a la entidad.<sup>35</sup>

15.4.8. La apariencia apoya soluciones de justicia en otros casos como, por ejemplo, la actuación de directores de facto o cuya elección pudiera estar viciada, o frente a conductas dolosas en las cuales pretendieron defraudar a terceros, como cuando un director renunciante cuya cesación fue debidamente publicada e inscripta de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 19550 continuó desempeñando sus funciones en la sede social, siendo tolerada su actuación por negligencia o anuencia de la sociedad, en cuyo caso la apariencia de facultades determinó que la sociedad resultara finalmente obligada por los actos realizados y los fondos recibidos.<sup>36</sup>

15.4.9. Se acude a la apariencia cuando la actuación del representante de la sociedad pudiera exhibir alguna irregularidad, infracción a la representación plural o cuando un documento fue firmado por un director que no tenía facultades representativas, generando una creencia de facultades que no tenía.<sup>37</sup>

## 15.5. Efectos de las inscripciones registrales

15.5.1. La inscripción registral del artículo 60 de la Ley 19550, relativa de la designación y cesación de los administradores, es declarativa y así siempre ha sido considerada.<sup>38</sup>

15.5.2. En este aspecto, en el pronunciamiento citado en la nota del acápite anterior, la Corte reitera que esa inscripción ha sido impuesta en amparo de los derechos de los terceros que no pueden verse afectados por alteraciones –no conocidas por ellos– de quienes fueron reemplazados luego de su sustitución y **antes de que fuera publicada e inscripta**, todo lo cual es irrelevante para privar de sus efectos a los actos regularmente cumplidos por los nuevos administradores o representantes, por cuanto el tercero no puede prevalerse de la omisión de ese recaudo ante la sustitución conocida.<sup>39</sup>

15.5.3. La inscripción requerida por el artículo 60 de la Ley 19550 es meramente declarativa, ya que la designación o cesación de los administradores tiene efectos como tal desde la decisión asamblearia y no desde el acto de inscripción, que cumple una forma de publicidad.<sup>40</sup>

34. El art. 1935 CCIV considera producida la ratificación del mandante cuando resulta del silencio si siendo avisado por el mandatario de lo que hubiese hecho no le hubiere contestado sobre la materia (ver CABANELLAS, Guillermo [h.], ob. cit. [cfr. nota 26]).

35. CNCom., Sala C, 22/2/1991, “Giaccardi, Lucía M. c/ Veveloyanis Propiedades SRL” (*El Derecho*, t. 146, p. 406).

36. CNCom., Sala D, 19/10/1987, “Frate, Guillermo Gustavo c/ CAVI SA”.

37. Ver NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales comentada*, t. 1, p. 638; CNCom., Sala A, 28/4/1995, “Massalin y Massalin s/ concurso preventivo incidente de revisión por Siegrist SA”; CNCom., Sala A, 14/3/1996, “Sanatorio Panamericano SA c/ Aerojet Lider Líneas Aéreas SRL y otros”.

38. Ver CSJN, 17/3/1992, “Rodrigo SA, Héctor Hugo Karam y Juan Carlos Karam s/ recurso de hecho deducido en causa ‘Ávila Carlos Alberto y otros c/ Rodrigo SA y otros’” (*Fallos*, 315:356 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: CSJN; última consulta: 7/6/2019]).

39. El agregado es nuestro.

40. Ver CNCom., Sala B, 25/8/1977, “Financiera Baires SA c/ Kupeman, Juan C.” (*La Ley*, t. 1979-B, p. 408); CNCom., Sala B, 20/11/1978, “Aguirre Mastro y Cía. SA c/ Galloti, Ramón y otra” (*El Derecho*, t. 84, p. 134).

15.5.4. La falta de inscripción de la designación de los administradores no ocasiona la insuficiencia de sus facultades.<sup>41</sup>

15.5.5. Los administradores sociales (directores, gerentes) ejercen sus cargos y funciones desde su designación. Una interpretación contraria obligaría a mantener vigente al administrador que ha cesado hasta que su reemplazo o sustitución se inscriba en el Registro Público, lo cual es impensable, impracticable y hasta seriamente perjudicial.

15.5.6. Consecuentemente, las autoridades designadas administran y representan a la sociedad desde el mismo día de su nombramiento. La registración se impone a los efectos de generar oponibilidad a terceros. Solo estos últimos, o sea, los terceros ignorantes del reemplazo pueden oponer la designación inscripta ante la sociedad por los actos celebrados con ellos en la creencia y buena fe obtenida por la inscripción, interpretación que se fundamenta en la remisión que el artículo 60 hace al artículo 12 sin aplicación de excepciones.

15.5.7. La inoponibilidad registral de aquellas designaciones no inscriptas protege únicamente a aquellos terceros que, basándose en la inscripción en el Registro Público del administrador, contratan con este último, ignorando que mediaba un reemplazo (no inscripto) en ese carácter. En tal sentido, la sociedad no podría oponer la nueva designación para negarse a cumplir las obligaciones generadas por el administrador cesante.<sup>42</sup>

15.5.8. Esta excepción es prácticamente inaplicable en materia notarial, por cuanto las operaciones de ejercicio impuestas al escribano imponen el deber de comprobar los antecedentes sociales y la documentación habilitante, de la que surgiría, indudablemente, el reemplazo producido internamente en la sociedad a través de la designación por asamblea, cuya compulsas es oponible al notario interviniente (art. 77 inc. e] [Ley 404](#)).

## 16. Diferencias entre representación orgánica y convencional

16.1. Quien ejerce la representación orgánica dispone de una competencia conferida por la ley para obligar a la sociedad **por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social** (art. 58 Ley 19550) **sin requerir facultades o atribuciones especiales ni la enumeración detallada de los actos que puede o no ejecutar** (art. 58, último párrafo). A diferencia de ello, la representación voluntaria o convencional se encuentra ligada al principio de instrumentalidad, contando, solamente, con las atribuciones que surjan del poder otorgado y las menciones en él empleadas.

16.2. La persona jurídica no puede prescindir de la representación orgánica. La misma es obligatoria y necesaria, mientras que la convencional es meramente facultativa.

16.3. En la representación convencional o voluntaria, la potestad para intervenir en actos de administración solo habilita a ejercer atribuciones que mantengan el patrimonio del otorgante, obteniendo únicamente los frutos que el mismo puede originar y realizar

41. Ver CNCom., Sala C, 27/6/1980, "Banco Español del Río de la Plata SA c/ Hilario Canto SA" (*La Ley*, t. 1980-D, p. 282); CNTrab., Sala VIII, 12/2/1987, "Togni, Roque R. y otro c/ Ramallo SA" (*El Derecho*, t. 126, p. 397).

42. Esta postura fue sostenida en BELMONTE, Eduardo D. y BENSEÑOR, Norberto R., "Consideraciones de la aplicación de la Ley 19550 sobre Sociedades. Su adecuación", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 809, 1973, pp. 723 y ss. (trabajo presentado en la XVII Jornada Notarial Bonaerense [Morón, 1973], que sostuvo por unanimidad nuestra postura).

pagos ordinarios, excluyendo todos los actos enunciados en el artículo 375, siguientes y correlativos del Código Civil y Comercial.<sup>43</sup>

16.4. El representante orgánico, a diferencia del apoderado, obliga por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, lo que implica la creación de una competencia funcional de carácter amplio y general que no requiere enunciar concretamente los distintos actos, contratos y operaciones que puede celebrar, ya que todo aquello que se relacione al objeto y no sea notoriamente extraño al mismo se imputa a la sociedad.

16.5. En el mismo orden de ideas, la jurisprudencia ha declarado que un poder para administrar otorgado por la sociedad actora queda limitado en sus atribuciones por las nociones expuestas, sin que la amplitud que pueda vincularse o relacionarse con la amplitud que tiene la administración societaria considerada en sí misma, atento a que la noción de acto de administración es mucho más amplia en la esfera societaria que en la civil, siendo una de sus facetas la realización de operaciones mediante las cuales se da cumplimiento al objeto social, es decir, la función de gestión operativa.<sup>44</sup>

16.6. La representación voluntaria o convencional necesita la instrumentación de un acto jurídico que recoja la voluntad de quien esté legitimado para hacerlo, instituyendo el apoderado y delimitando sus facultades. Este otorgamiento es absolutamente voluntario. Ninguna persona jurídica está obligada a otorgar poderes o celebrar contratos de mandatos. Por otra parte, el otorgamiento queda limitado a las facultades expresamente conferidas, exigiéndose en más de una oportunidad poderes especiales (art. 375 CCCN), por cuanto el poder conferido en términos generales solo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución.

16.7. Cualquier sociedad puede conferir poderes generales o especiales. El otorgamiento de poderes en modo alguno importa delegar el cargo ni violenta el ejercicio personal del mismo (art. 266), ya que el poder es un acto que realiza la sociedad como sujeto de derecho para el desempeño de relaciones jurídicas de la misma.

16.8. En la representación convencional o voluntaria, siempre existen dos voluntades, la del representado y la del representante. En la actuación orgánica, hay una sola voluntad, la de la persona jurídica, la cual expresa el representante, sin acudir al vehículo de la representación.

16.9. En la actuación orgánica, la persona jurídica responde por los daños de quienes la dirigen o administran en ejercicio u ocasión de sus funciones (art. 1763), mientras que en la representación voluntaria constituye una exorbitación de la misma (art. 376).

16.10. La expiración del término provoca la extinción del poder (art. 1329 inc. a)], mientras que en la actuación orgánica el representante permanece en su cargo hasta que sea reemplazado (art. 257).

16.11. El representado puede asumir directamente, en cualquier tiempo, la ejecución de los actos jurídicos encomendados, actitud que la sociedad no puede hacer, ni siquiera mediante su órgano de gobierno, el cual solo puede remover al representante y designar un reemplazante.

43. Ver OTAEGUI, Julio C., ob. cit. (cfr. nota 21), p. 52.

44. Ver CNCom., Sala C, 21/12/1998, "Camisassa, Eduardo R. c/ Ferrer, Américo y otra" (*Doctrina Judicial*, 1998, p. 801).

16.12. La responsabilidad derivada de la actuación orgánica difiere de la responsabilidad por ejecución de la representación voluntaria (arts. 59 y 274 Ley 19550).

## 17. Bibliografía

- ALTERINI, J. H. (dir. gral.), ALTERINI, I. E. (coord.) y TOBIÁS, J. W. (dir. tomo), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2016 (2ª ed.).
- BELLUSCIO, A. C. (dir.) y ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Buenos Aires, Astrea.
- BELMONTE, Eduardo D. y BENSEÑOR, Norberto R., “Consideraciones de la aplicación de la Ley 19550 sobre Sociedades. Su adecuación”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 809, 1973.
- BENSEÑOR, Norberto R. (comentario al art. 1942), en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Buenos Aires, Astrea.
- BENSEÑOR, Norberto R. y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), “La representación orgánica de las sociedades anónimas”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 795, 1984.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*.
- CABANELLAS, Guillermo (h.), “Los órganos de representación societaria”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, t. 1991-A.
- CABANELLAS, Guillermo, *Derecho societario*, t. 4.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios sobre el mandato*.
- DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*.
- DIEZ-PICAZO, *La representación*.
- HUPKA, Josef, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*.
- LENEL, Otto, *Mandato y poder*.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 2.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- LORENZETTI, Ricardo L. y otros (comisión Decreto PEN 191/2011), *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.
- NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales comentada*, t. 1.
- OTAEGUI, Julio C., *Administración societaria*.
- ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada*, t. 1.
- SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. 8.

# Régimen de separación de bienes

## Una opción aún poco conocida

Julio C. Capparelli

---

### RESUMEN

La autonomía de la voluntad ha propiciado la reforma del régimen patrimonial único, permitiéndoles a los cónyuges optar por el régimen de separación. Se ha llegado a esta solución después de una prolongada disputa acerca de la conveniencia de un régimen de separación. Las ventajas o desventajas del mismo son ejemplificadas sin perjuicio de otras consideraciones al respecto. La nueva realidad social y el principio de igualdad de los cónyuges están en perfecta armonía con la existencia de un régimen de separación de bienes. En cuanto a la opción por el régimen de separación, las normas vigentes plantean algunas dudas acerca de si necesariamente debe efectuarse por escritura pública o si cabe la vía administrativa al momento de la celebración del matrimonio. Se señalan los argumentos a favor y en contra, se explica la ventaja de la escritura pública por suponer el asesoramiento profesional, ausente en caso de opción en el acto de la celebración, y se mencionan los criterios de interpretación. También se exploran otros aspectos como es el de los contratos entre cónyuges que permiten solucionar problemas prácticos en caso de inversión de un cónyuge en el bien del otro o de colaboración en su conservación. Finalmente, se analiza el régimen de administración, en especial en los casos en que resultan aplicables las normas del condominio y la restricción a la disposición contemplada en el artículo 456 CCCN. Integran el comentario el cambio y extinción del régimen.

---

### PALABRAS CLAVE

Separación de bienes; conveniencia; opción al momento de la celebración; opción en la convención prenupcial; mutación de un régimen por otro; administración; disposición de la vivienda familiar; normas comunes a todos los regímenes.

---

#### *Fechas de recepción y aceptación*

15/1/2019 - 15/2/2019

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Constitución del régimen de separación de bienes. 3. Titularidad de los bienes. 4. Prueba. 5. Condominio. 6. Gestión de los bienes. 7. Régimen de deudas. 8. Extinción del régimen. 9. Bibliografía.

## 1. Introducción

El [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”) incorpora el régimen de separación de bienes. La introducción de un régimen de separación fue objeto de largas

discusiones doctrinarias.<sup>1</sup> El Código Civil de Vélez Sarsfield tuvo en cuenta la sociedad de su tiempo, con un esquema bastante rígido y monolítico en el que los repartos en el matrimonio eran claros, ocupando el varón un lugar de responsabilidad, tanto que a su cargo estaba la administración de los bienes y que la mujer casada era una incapaz relativa de hecho.

No era de extrañar que Vélez Sarsfield, aun conociendo la existencia de diversos regímenes de bienes del matrimonio, descartara su aplicación. Los cambios que se produjeron durante casi un siglo y medio escapan a la posibilidad de imaginación del autor de nuestro primer código. El cambio en las costumbres y la inserción de la mujer en el mundo del trabajo remunerado, al que raramente accedía, en paridad con el hombre, produjeron las primeras reformas.

Luego llegó, en el año 1968, la Ley 17711, que ante una sociedad totalmente modificada introdujo el principio de igualdad de gestión, reconoció la plena capacidad de ejercicio a la mujer casada y prácticamente modificó en lo sustancial el régimen de bienes del matrimonio. Sin embargo, no abrió la posibilidad a un régimen de separación de bienes. El artículo 1294 del Código Civil, según la redacción dada por la Ley 23515, que reglamentó el divorcio, sistematizó la separación judicial de bienes, pero pasó a ser el único camino de acceso a un régimen de separación, subsistiendo el matrimonio.

Jornadas y convenciones se sucedieron que, durante muchísimos años, se ocuparon del tema y propiciaron la admisión de la separación de bienes convencional. De todos modos, el tema distó de ser pacífico. Basta citar a Belluscio, quien propició el divorcio vincular pero fue gran defensor del régimen de comunidad como único, sosteniendo que el régimen del Código Civil preveía la protección de los derechos de los cónyuges y que su alteración abría la puerta al abuso de influencia de los cónyuges o la colusión de los esposos en fraude a los terceros.<sup>2</sup>

No es del caso reproducir los nombres de los autores y sus afirmaciones al respecto. Baste decir que las fuertes críticas se fueron debilitando. Algunos se centraron más en el carácter de orden público de las obligaciones personales de los esposos y aceptaron mayor libertad en lo patrimonial. ¿Qué dirían esos autores ante la casi eliminación de las obligaciones personales entre los cónyuges y la enunciación legal de un “proyecto de vida” como cita el artículo 431 CCCN, cuyo contenido resulta difícil de establecer? ¿Qué sostendrían hoy los autores de algunas décadas pasadas a la luz de la posibilidad del matrimonio de dos personas del mismo sexo?

Parece claro que las cosas se han modificado sensiblemente y que ya no puede legislarse para el modelo “varón-mujer”, en el que el varón se suponía que era el que solía incorporar bienes y sostener la familia durante el matrimonio. Ahora se piensa más en la pluralidad social de matrimonios y familia, al punto que resulta más difícil la propuesta de un concepto o noción válida para todos los casos. El régimen monolítico de los bienes de los cónyuges teniendo como única posibilidad la comunidad de bienes no resiste la variedad de posibilidades y realidades sociales, debiendo la ley considerar también el

1. Ver ROVEDA, Eduardo G., [comentario al art. 446], en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 100 y ss.

2. Ver BELLUSCIO, Augusto C., “La elección de régimen matrimonial por los esposos”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1994-A, p. 799, cita online AR/DOC/805/2001; y “El régimen patrimonial del matrimonio en el anteproyecto de Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1999-C, p. 1145, cita online AR/DOC/3305/2001.

derecho de las minorías. Quizás, por eso, el CCCN conserva el régimen de comunidad como supletorio y admite la existencia de un régimen de separación de bienes. De ahí que se dictaron disposiciones comunes a todos los regímenes, es decir, a los dos que la ley acepta, las que constituyen el núcleo duro de orden público interno en materia de bienes del matrimonio.

El principio de la autonomía de la voluntad no es absoluto y en las citadas disposiciones comunes encuentra un dique de contención adecuado. La crítica más fuerte al régimen de separación de bienes, a nuestro entender, es la que lo califica como un régimen injusto. Parece injusto que en una comunidad de vida y de esfuerzos no haya nada que participar a su extinción y muy poco que controlar durante la vigencia del régimen, ya que la norma protectora del artículo 456 CCCN se refiere a la vivienda familiar, no a los otros bienes. En un esquema de reparto algo más tradicional, en el que uno solo de los cónyuges evoluciona más en lo patrimonial y el otro o no es tan exitoso o bien se ocupa de otros intereses y tareas que afectan a la familia, el régimen de comunidad es sin lugar a dudas el que ofrece una mayor protección al económicamente débil. Por ende, es muy importante el asesoramiento profesional al respecto, para que cada uno conozca las ventajas y desventajas de uno u otro régimen.

La ley ha confiado este asesoramiento particularmente en el notariado—aunque lógicamente no en forma exclusiva—, ya que las convenciones matrimoniales han de otorgarse en escritura pública y el cambio de régimen de comunidad a separación también recorre ese camino. Les compete a los profesionales del derecho, abogados y escribanos, otorgar el asesoramiento sin que se excluya la intervención de contadores e incluso terapeutas con su aporte específico.

El régimen de separación de bienes puede resultar nocivo para unos y excelente para otros. Para aquellos a los que les resulta de particular utilidad, el legislador, con mayor humildad que antaño, ofrece la posibilidad de optar por uno u otro, quedando la decisión en cabeza de los propios interesados. Podríamos afirmar que los cónyuges hemos sido reconocidos como adultos con capacidad de decisión propia, dentro de ciertos límites que la propia ley impone.

El régimen de separación puede resultar conveniente para aquellos viudos o divorciados con hijos de un matrimonio anterior que contraen nuevas nupcias. Los bienes de un cónyuge, al no ser gananciales, no integrarán el acervo hereditario si fallece el otro cónyuge, por lo cual no van a ser participados los bienes del supérstite por los familiares del cónyuge fallecido. Es más, dado que el artículo 1002 inciso d) del CCCN trae una prohibición para los cónyuges bajo régimen de comunidad para contratar entre sí, el paso de un régimen de comunidad a uno de separación derriba el muro inexpugnable que se quiso construir, para permitir una puerta de acceso a una mayor libertad. En el futuro se verá si el nuevo régimen resulta de utilidad, así como la libertad de contratación de los cónyuges entre sí durante el mismo.

Por ahora, parece que los convivientes viven sustancialmente separados de bienes, con un escasísimo cercenamiento en cuanto a su libertad relativo a la disposición de la vivienda en caso de que la unión convivencial se encuentre inscrita, como lo establece el artículo 522 CCCN. Este estilo de vida no-matrimonial, pero que en mucho se asemeja al matrimonio, no ha naufragado en su estabilidad debido a la libertad y separación en

cuanto a los bienes se refiere. Una buena parte de nuestra sociedad ha optado en este sentido.<sup>3</sup>

## 2. Constitución del régimen de separación de bienes

Originariamente era un régimen al que solo se accedía mediante la interposición de la acción judicial de separación de bienes. También se plantea judicialmente por su vinculación con la acción de nulidad del matrimonio (art. 429 CCCN). El cónyuge de buena fe, en caso de que el matrimonio hubiera estado regido por la comunidad de bienes, puede optar por considerar que el matrimonio ha estado regido por el régimen de separación de bienes. El efecto de esta opción se proyecta al pasado, borrando los efectos de la comunidad. Obviamente, el de buena fe elegirá esta opción si los bienes adquiridos durante la comunidad fueran mayoritaria o exclusivamente de su titularidad, para evitar los efectos nocivos de la extinción de la comunidad en cuanto a la participación sobre la masa de gananciales a liquidar. Esto requiere el dictado de la sentencia de nulidad y la evaluación por parte del juez acerca de la existencia de buena fe de uno de los cónyuges.

La novedad reside en la posibilidad de acceder al régimen convencionalmente. Antes de la celebración del matrimonio, pueden celebrarse las convenciones de los artículos 446 a 448 y, durante el matrimonio, si rigiera la comunidad, existe la opción establecida por el artículo 449, después de un año de aplicación del régimen convencional o legal. En ambos casos resulta claro que el legislador al haber previsto la escritura pública como la forma requerida por la ley, lo ha hecho no solo por lo que significa la escritura pública y por su conservación, sino fundamentalmente porque ha contemplado la importancia del asesoramiento profesional, que resulta esencial para que la opción resulte acertada.

Por otra parte, ya era el criterio del Código de Vélez (en adelante, "CCIV") en su redacción originaria y mantenido según la reforma de la Ley 17711 (art. 1184 inc. 4 CCIV), habiéndose descartado al reformarse el Código la posibilidad del otorgamiento de la convención prenupcial por instrumento privado con homologación judicial. No se quiso abandonar la certeza y seguridad de la escritura pública ni judicializar el tema admitiendo un instrumento privado homologado. Ahora bien, en otra parte del CCCN, la referida al acta que debe ser labrada cuando se celebra el matrimonio, el artículo 420, en su inciso i), dispone que debe contener la "declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó", y, en su inciso j), la "declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes".

Estos incisos han admitido diversas interpretaciones. Una primera interpretación los escinde: el inciso i) solo se referiría a dejar constancia de si se ha celebrado o no convención matrimonial; el inciso j), en cambio, permitiría el ejercicio de la opción por un régimen de separación de bienes por vía administrativa. Se estaría ante un supuesto de excepción en que se reemplaza la escritura pública por el instrumento administrativo.<sup>4</sup>

3. Hemos expuesto los efectos patrimoniales de las uniones de hecho y de las uniones convivenciales en CAPPARELLI, Julio C., *Uniones no matrimoniales*, Buenos Aires, El Derecho, 2016.

4. Ver LAMBER, Néstor D., [comentario al art. 448], en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 380.

Esta interpretación tiene también una apoyatura en los fundamentos del CCCN elaborados por la comisión reformadora, que dice:

El Anteproyecto admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción de elegir entre dos regímenes de bienes: comunidad y separación de bienes. Esta elección se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y admite el cambio del régimen de bienes después de transcurrido el año de aplicarse el elegido o supletorio.<sup>5</sup>

Al parecer, es el criterio que ha adoptado el Registro Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, autoridad de aplicación de la ley para la celebración del matrimonio.

La doctora Mattera advierte tangencialmente la contradicción, pero se centra en el tema de la anotación marginal, señalando que, según la norma, para que la opción realizada en la convención del artículo 446 inciso d) produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. Con buen criterio, dice que la opción por el régimen de separación realizada en la convención es la que consta en el acta del artículo 420 y no al margen de la misma, debiéndose anotar marginalmente la modificación del régimen prevista en el artículo 449. La jurista entiende que la armonización de esta contradicción debe hacerse aceptando la opción en el instrumento administrativo.<sup>6</sup>

Una segunda interpretación procura relacionar ambos incisos. El inciso i) está referido a la constancia del otorgamiento de la convención matrimonial. Esto no incluye de suyo la opción por el régimen de separación, dado que la convención del artículo 446, en sus cuatro incisos, se refiere a los objetos de la misma, cuyos tres primeros incluyen la designación y avalúo de los bienes, la enunciación de las deudas, las donaciones *propter nuptias* y, por último, la posibilidad de optar por el régimen de separación, que en caso de silencio hace entrar en vigor el régimen de comunidad. La constancia del otorgamiento de la convención en el acta matrimonial otorga publicidad a la misma para que produzca efectos respecto de terceros. El inciso j), en cambio, le añade al inciso anterior la opción efectuada por el régimen de separación de bienes. Esta opción, por lo tanto, provendría de la convención celebrada por escritura pública.

Esta opción es la más relevante y en esta interpretación integradora el legislador ha previsto este inciso j), resolviendo el desfase entre la redacción de la convención previa a su entrada en vigor entre los cónyuges y la oponibilidad a terceros del régimen de separación.<sup>7</sup>

Esta última es la interpretación que aplican los Registros Civiles de la Provincia de Buenos Aires, indicando que para realizar la opción deben presentar la escritura pública de la convención matrimonial. Pensamos que esta segunda interpretación es la adecuada porque mantiene el criterio de la elección y cambio de régimen patrimonial del matrimonio por escritura pública. Por otra parte, queda asegurada así la asistencia

5. LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012. [N. del E.: ver los fundamentos [aquí](#), p. 66].

6. Ver MATTERA, Marta del Rosario, [comentario al art. 448], en Curá, J. M. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 195 y ss.

7. Ver BASSET, Úrsula C., [comentario al art. 420], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 117.

de un profesional, lo que no ocurre en la instancia administrativa. De todas maneras, la contradicción existe y da lugar a dudas, lo que conspira contra la seguridad jurídica.

La comisión designada por Decreto PEN 182/2018 para la modificación parcial del Código Civil y Comercial ha tomado nota de este problema. Su propuesta es mantener claramente la posibilidad de la opción administrativa; sin alterar el texto del artículo 420 inciso j), hace un agregado al artículo 448, proponiendo el siguiente párrafo:

Es válida la opción por alguno de los regímenes patrimoniales hecha en el momento de la celebración del matrimonio de la que queda constancia en el acta pertinente en los términos del art. 420, inciso j).<sup>8</sup>

Si bien es contraria al criterio que defendemos, la modificación propuesta tiene la ventaja de otorgar seguridad jurídica, dado que tal opción efectuada al celebrar matrimonio no podría cuestionarse. Al menos en este sentido, tiene sus ventajas, puesto que la convención prenupcial es anterior a la celebración y no puede celebrarse después. Con posterioridad solo cabe el cambio de régimen con las condiciones requeridas por el artículo 449. Y pensar en la ratificación de la opción efectuada administrativamente en realidad ya no constituye la solución deseable y pone en tela de juicio el régimen de los cónyuges, materia de enorme gravedad que conspira –como lo hemos expresado– contra la seguridad jurídica. En este sentido, hay que darle la bienvenida a la claridad interpretativa.

### 3. Titularidad de los bienes

Cada uno es dueño de los bienes que adquiere, sin que exista calificación alguna que distinga, como en el caso de la comunidad. Sencillamente, los bienes ingresan al patrimonio de quien los adquiere. Por la misma razón, los frutos y los productos pertenecen al propietario del bien que los genera. Rige el principio de separación en cuanto a la titularidad y el principio de accesión. El principio que establece que la cosa crece y perece para su dueño (“*res crescit et perit domino*”) es totalmente aplicable. Por eso, no ocurre como en la comunidad, en que los frutos de los bienes propios resultan gananciales.

¿Qué ocurre si se adquiere un bien o se realiza una mejora con dinero del otro cónyuge? Debería saberse si el dinero ha sido prestado o donado. Quizás, en otros tiempos en los que no se documentaban tanto las cosas entre los cónyuges, esto podría haber presentado alguna dificultad, pero, actualmente, es necesario justificar los gastos, las adquisiciones, las mejoras y las inversiones, y, para ello, se hace necesario que se documente. Salvo las compras de menor monto, las demás deben justificarse, en especial si se adquieren utilizando débitos bancarios o tarjetas de crédito. No resulta tan difícil establecer entonces a quién pertenecen.

La libertad de contratación para los cónyuges separados de bienes facilita este tipo de contratos, sea el de donación o el mutuo. De tal manera, se aplicarán las normas del

8. 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. [N. del E.: ver nota de elevación y anteproyecto completos [aquí](#); fuente: *Revista Digital Pensamiento Civil* {fuente no oficial}; última consulta: 11/4/2019].

contrato de donación o el del mutuo. En caso de que un cónyuge colabore realizando tareas de reparación o conservación en un bien del otro, puede pensarse que la reparación o conservación es efectuada en virtud de un deber de colaboración, lo que no da derecho a un reclamo. Este criterio han aplicado los jueces en caso de convivencias no matrimoniales, y pensamos que el mismo podría ser aplicado en estos casos. Por eso uno no puede decir que ha sido pintor, electricista, plomero, mucama del otro sino que ha colaborado con las tareas que hacen a la vida en común. Tampoco habría una locación de servicio ni un contrato de trabajo.

La inversión en una propiedad del otro cónyuge será, en todo caso, una inversión en fundo ajeno que generará un crédito, ya que lo edificado sigue la suerte de lo principal, que es el terreno. Y ese crédito será exigible por la erogación efectuada, no por lo que signifique el mayor valor del fundo.<sup>9</sup>

El régimen es muy sencillo en este sentido y también en lo que respecta a la gestión de los bienes, que, como principio general, está en cabeza de cada cónyuge con respecto a los bienes que integran su patrimonio.

#### 4. Prueba

Quizás, el problema puede plantearse en caso de tener que determinar a quién pertenece determinado bien si se trata de cosas muebles, ya que respecto de inmuebles o muebles registrables es muy sencillo acreditar la titularidad en base a la documentación necesaria para su adquisición.

El tema de la prueba es tratado por el artículo 506 CCCN:

Tanto respecto del otro cónyuge como de terceros, cada uno de los cónyuges puede demostrar la propiedad exclusiva de un bien por todos los medios de prueba. Los bienes cuya propiedad exclusiva no se pueda demostrar, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades.

Demandada por uno de los cónyuges la división de un condominio entre ellos, el juez puede negarla si afecta el interés familiar.

La norma se ocupa de diversos problemas. Recuerda el principio general en materia de prueba: todos los medios son admisibles. Luego, pasa a ocuparse de los casos en que no se pueda demostrar fácilmente la titularidad, en los cuales opta por la presunción de que pertenecen a ambos cónyuges por partes iguales. No existe una presunción de condominio sino que ella nace ante la imposibilidad de prueba de la titularidad exclusiva. Según Basset, en el régimen francés, si uno de los esposos tiene el uso exclusivo del bien, disipando todo equívoco sobre su propiedad, se le adjudica la titularidad, pero aun esa hipótesis admite ser contestada con prueba en contrario.<sup>10</sup>

Pueden presentarse casos confusos, por ejemplo, si por el estilo de vida propio de un matrimonio un cónyuge adquiere un bien y le pide al otro que use su tarjeta

9. En contra de lo que sostenemos, cfr. BASSET, Úrsula C., *Régimen patrimonial del matrimonio*, Buenos Aires, El Derecho-Universidad Católica Argentina, 2016, p. 249 y ss., quien postula que estos casos pueden dar lugar a bastante confusión.

10. Ídem, p. 254.

que tiene algún beneficio comercial, en cuyo caso el comprobante estará a nombre del otro, o el caso de una caja de seguridad a nombre de ambos en la que guarden dinero cuya titularidad resulte difícil de establecer.<sup>11</sup> En esos casos, si no hay medios de prueba suficientes para acreditar la titularidad exclusiva, será aplicable la presunción del condominio.

## 5. Condominio

Es muy frecuente que tanto en el régimen de comunidad como en el de separación los cónyuges adquieran bienes en condominio. La opción por la separación de bienes no se contradice con una cierta tendencia asociativa demostrada en la adquisición de bienes en condominio, sin que por ello se afecte la independencia de cada uno. Las normas aplicables son las del condominio. Así, el destino de la cosa se determina por lo que las partes decidan o por la naturaleza de la misma, como lo enseña el artículo 1985 CCCN.

En cuanto a la administración, se decide por mayoría computada según el valor de las partes indivisas, aunque corresponda a uno solo, obliga a todos (art. 1994). Ordinariamente, si adquieren por partes iguales, será aplicable la última parte de la norma, que establece que, en caso de empate, debe decidir la suerte.

El uso y goce de la cosa se rige por el artículo 1986, que les otorga iguales facultades a los condóminos. El artículo 1987 admite un convenio de uso y goce y el artículo 1988, para el caso de uso excluyente, da derecho a una indemnización a favor del otro a partir de su oposición fehaciente. Cada uno puede disponer de su parte indivisa libremente, pero la disposición de la cosa misma requiere la conformidad de todos los condóminos, en este caso de los dos (art. 1990).

Estas son algunas de las normas propias del condominio que resultan aplicables en este caso. La excepción surge del último párrafo del artículo 506, según el cual, demandada la división del condominio, el juez puede negarla si afecta el interés familiar. La disposición se refiere explícitamente al caso del pedido de división de condominio, pero hay otras normas que integran las disposiciones comunes a ambos regímenes que resultan aplicables.

El deber de contribución respecto del hogar conyugal, no así respecto de otros bienes, obliga, según el artículo 455, por el sostenimiento del hogar y de los hijos comunes en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El artículo 461 establece la responsabilidad solidaria por las necesidades del hogar y el sostenimiento y educación de los hijos, conforme a lo dispuesto por el artículo 455. Esta responsabilidad pesa sobre quien no contrajo la obligación.

La disposición de los derechos sobre la vivienda familiar contemplada en el artículo 456 constituye una restricción importante en protección del interés familiar. Esto prevalece por sobre la autonomía de la voluntad y el principio de separación.

11. Ver MATTERA, Marta del Rosario, [comentario al art. 506], en Curá, J. M. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 406.

El artículo 505, en su último párrafo, dice: “cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas, excepto lo dispuesto en el artículo 461”. Es una remisión a la norma específica de la responsabilidad por deudas que no resulta limitativa, puesto que todas las disposiciones comunes a ambos regímenes resultan totalmente aplicables vigente el régimen de separación.

## 6. Gestión de los bienes

El artículo 505, en su primer párrafo, establece lo siguiente:

En el régimen de separación de bienes, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, excepto lo dispuesto en el artículo 456.

El principio de administración separada es el mismo que en el régimen de comunidad, pero la excepción se limita al artículo 456, mientras que en el régimen de comunidad es mucho más amplia y surge de lo dispuesto en el artículo 470. Sin embargo, a ambos regímenes les es aplicable lo establecido en las disposiciones comunes. De ahí que también la restricción en materia de mandato al otro cónyuge para prestar el asentimiento en caso de disposición de derechos sobre la vivienda familiar rige durante la separación de bienes.

## 7. Régimen de deudas

Hemos transcritto precedentemente el último párrafo del artículo 505, que se ocupa del régimen de deudas. El principio general nuevamente es el de separación: cada uno es responsable por las obligaciones que contrae y responde con su patrimonio. Esto ya estaba vigente en el Código Civil desde la sanción de la Ley 11357 en el artículo 5, constituyendo la excepción el artículo 6. El principio general del artículo 5 subsiste en el artículo 461 CCCN último párrafo, mencionando el primer párrafo las excepciones.

Es de aplicación el artículo 461 en su primera parte, razón por la cual en este aspecto el tema de la separación se resiente en aras de la seguridad jurídica y protección del interés familiar. Si las deudas fueron contraídas por uno de los cónyuges para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455, el que no se ha obligado es solidariamente responsable. El objeto de la obligación hace nacer la responsabilidad solidaria. La remisión al artículo 455 nos recuerda que abarca no solo el sostenimiento de los hijos comunes, sino que se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. Responde el cónyuge que se obligó y también el otro, cada uno con su patrimonio.

Es bueno recordar que, si bien por aplicación del principio de no responsabilidad en cuanto cada uno responde por su patrimonio por sus propias deudas, dentro del patrimonio del obligado puede encontrarse la vivienda familiar. Si el titular fue quien se obligó, la vivienda familiar no puede ser ejecutada, a menos que el otro se obligue conjuntamente o preste el asentimiento, como surge del artículo 456 último párrafo.

## 8. Extinción del régimen

El régimen puede cesar porque los cónyuges deciden modificarlo, como lo permite el artículo 449, transcurrido un año de su vigencia. En ese caso, pasan a un régimen de comunidad. Rigen entonces los principios de calificación de bienes, razón por la cual los bienes adquiridos durante la separación serán propios al optar los cónyuges por pasar a la comunidad.

También puede cesar en caso de disolución del matrimonio. Así lo establece el artículo 507: “cesa la separación de bienes por la disolución del matrimonio y por la modificación del régimen convenido entre los cónyuges”.

La disolución puede ser por divorcio. En estos casos, no hay bienes a liquidar y adjudicar, como ocurre en el caso de la comunidad de ganancias. Cada uno se queda con los bienes de su titularidad. El conflicto se planteará con los bienes cuya titularidad resulte dudosa, admitiéndose todos los medios de prueba para esclarecerla y presumiéndose la existencia de un condominio cuando no fuera posible, en los términos del artículo 506. En esos casos y respecto a los bienes que tengan en condominio, se resolverá según lo acuerden los cónyuges. Esto será parte del convenio regulador si hay acuerdo o, de lo contrario, quien presente la petición de divorcio deberá incluir los bienes en condominio o los que presuntamente están en condominio, en la propuesta reguladora. Si hay acuerdo, podrán acudir en el expediente a la partición mixta. También podrían previamente a la petición disolver el condominio existente y adjudicarse los bienes, pero en tal caso deberían hacerlo por escritura pública.

El artículo 508 CCCN dice que

Disuelto el matrimonio, a falta de acuerdo entre los cónyuges separados de bienes o sus herederos, la partición de los bienes indivisos se hace en la forma prescripta para la partición de las herencias.

Por lo tanto, salvo acuerdo de ellos, se aplicarán las normas de partición de las herencias.

Si la disolución es por muerte, integrarán la masa partible solo los bienes de titularidad del causante y si hubiera bienes en condominio, se denunciará la parte indivisa. Los bienes del supérstite no se ven arrastrados por el sucesorio, como sucede con los bienes gananciales, sean del causante o del supérstite. Corresponderá aplicar las normas del derecho sucesorio –cuya exposición y análisis excede el contenido de este tema–.

## 9. Bibliografía

- BASSET, Úrsula C., [comentario al art. 420], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- *Régimen patrimonial del matrimonio*, Buenos Aires, El Derecho-Universidad Católica Argentina, 2016.
- BELLUSCIO, Augusto C., “La elección de régimen matrimonial por los esposos”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1994-A, p. 799, cita online AR/DOC/805/2001.
- “El régimen patrimonial del matrimonio en el anteproyecto de Código Civil”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1999-C, p. 1145, cita online AR/DOC/3305/2001.
- CAPPARELLI, Julio C., *Uniones no matrimoniales*, Buenos Aires, El Derecho, 2016.
- LAMBER, Néstor D., [comentario al art. 448], en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

- LORENZETTI, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.
- MATTERA, Marta del Rosario, [comentario al art. 448], en Curá, J. M. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- [comentario al art. 506], en Curá, J. M. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- 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.
- ROVEDA, Eduardo G., [comentario al art. 446], en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014.

# La preferencia del boleto de compraventa del artículo 1170 del Código Civil y Comercial\*

Anahí Carrascosa de Granata

## RESUMEN

El Código Civil y Comercial ha regulado de modo especial el boleto de compraventa inmobiliaria, confiriéndole efectos específicos en caso de reunir los requisitos que el artículo 1170 prevé. Estas previsiones (adquisición del titular registral, fecha cierta de adquisición, pago del 25% del precio, publicidad posesoria o registral suficientes) son el producto de una larga elaboración doctrinaria y jurisprudencial y le confieren al comprador promeso un verdadero privilegio. Es por ello que la publicidad registral suficiente, uno de los requisitos exigidos por el artículo 1170, debe ser objeto de estricta aplicación y tratamiento, ya que, de lo contrario, se producirá una grave fractura en el sistema de los derechos reales y la seguridad jurídica que la regulación coherente en la materia debe preservar. Solo para aquellos casos en que no sea posible entregar la posesión de la cosa se podrá sustituir esta publicidad por la registral para que esta goce de la calidad de suficiente. Deberá, además, provenir de una ley especial nacional, sancionada para circunstancias especiales.

## PALABRAS CLAVE

Boleto de compraventa, inscripción registral, insuficiencia, privilegio, excepción por ley nacional.

## Fechas de recepción y aceptación

12/11/2018 - 7/3/2019

**Sumario:** **1.** Introducción. **2.** Naturaleza jurídica del boleto de compraventa. Regulación del boleto de compraventa en el Código Civil y Comercial. **3.** Los efectos del boleto de compraventa inmobiliaria en la legislación velezana. **4.** Antecedentes. El nacimiento de un privilegio especial para el comprador promeso. **5.** Fallos. **6.** Conclusión en torno a la legislación y los fallos citados. **7.** Los efectos del boleto de compraventa en el artículo 1170 del Código Civil y Comercial frente a los terceros. Prioridad excluyente o privilegio. **8.** Requisitos necesarios para gozar de la protección. **9.** La publicidad suficiente, registral o posesoria, en el artículo 1170 del Código Civil y Comercial. **10.** Inscripción registral de los boletos de compraventa. **11.** La libre publicidad registral a la que se refiere el proyectado artículo 1170 violaría el sistema registral. **12.** La publicidad registral del boleto no justifica la preferencia del artículo 1170. **13.** La

\* Edición adaptada y ampliada de la ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho Registral (Vicente López, 2013). [N. del E.: ver conclusiones del Congreso [aquí](#); fuente: web del CFNA; última consulta: 6/5/2019].

*facultad de preferencia: su excepcionalidad. 14. Casos de publicidad registral de derechos por boleto. 15. Publicidad suficiente registral. 16. El Decreto 962 del Poder Ejecutivo Nacional. 17. Conclusiones. 18. Bibliografía.*

## 1. Introducción

Al decidir introducirnos en el tema del título lo hacemos en el convencimiento de que la forma escritura pública es impuesta, o autorregulada, para algunos actos jurídicos por ser la **mejor garantía del ejercicio de derechos de jerarquía constitucional**.<sup>1</sup> Para suplirla en su función y efectos, se debe partir de una fundamentación suficientemente justa y necesaria como para que aquella garantía no sea vulnerada. Desde este punto de partida encaramos nuestro desarrollo.

Este trabajo se abocó originariamente al estudio del artículo 1170 del [proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 2012](#). Hoy se trata del mismo artículo del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”) en relación a la preferencia que se concede al boleto de compraventa inmobiliaria. La intención es abrir, a este respecto, caminos de reflexión. La norma citada generará –decíamos al redactar nuestra ponencia original– cuestiones interpretativas y de aplicación para los operadores de derecho que ya convocaban al análisis aun no iniciada su vigencia.

El boleto de compraventa, su naturaleza, elementos y efectos han concitado el interés de los juristas desde hace mucho tiempo. Esto se ha producido porque Vélez Sarsfield claramente estableció que los contratos que tuvieran por objeto la transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles debían realizarse por escritura pública, norma que se reitera casi literalmente en el proyecto de unificación en el artículo 1017. Previó también la solución para el caso de que así no ocurriera en el artículo 1185 del [Código Civil](#) (en adelante, “CCIV”).<sup>2</sup> En la concepción de Vélez Sarsfield, el contrato privado de adquisición de inmueble no queda concluido como contrato que tiene por objeto la transmisión del dominio; no hay contrato de compraventa inmobiliaria sin escritura pública. La solución del artículo 1185 CCIV fue prevista para casos de excepcional incumplimiento de la forma. El principio es la transferencia de dominio por escritura pública; la excepción, la firma del instrumento privado.

Se ha atribuido la aparición y la institucionalización del boleto a la necesidad de agilizar los negocios. Ciertamente es que **los requisitos previos a la transferencia del dominio de inmuebles, impuestos por los organismos estatales, cada vez más crecientes, dejan a las partes virtualmente imposibilitadas de cumplir de manera directa e inmediata con la forma impuesta**. Comprador y vendedor, entonces, interesados en concluir su negocio deben recurrir a otras formas que les ofrece el derecho para acordar voluntades y satisfacer sus intereses. Esto se produce porque, en apariencia, el coste de perder el negocio es mayor que el coste de la inseguridad que acarrea la falta de escritura pública en

1. LORENZETTI, Ricardo L. y otros (comisión Decreto PEN 191/2011), *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012, “Fundamentos”. [N. del E.: ver [aquí](#), p. 45].

2. Art. 1185 CCIV: “Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes [...], no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública”.

forma inmediata. Sin embargo, mientras más largo es el tiempo que transcurre entre el acuerdo de voluntades para comprar y vender inmuebles y la adquisición del derecho real de dominio, mayor es el riesgo, mayor la inseguridad consecuyente y mayor el daño una vez producido. Aquel cálculo de costes se revierte en una enorme cantidad de casos. Por ello, aparecen decisiones judiciales como las que inspiraron el artículo 1170 CCCN, que tratan de equilibrar el desajuste. Mientras aquel lapso –entre el boleto y la escritura– no se reduzca a la más mínima expresión, continuarán suscitándose conflictos judiciales de envergadura por vendedores incumplidores, sujetos que intentan sustraer sus bienes de la prenda común de acreedores, fallecimientos, modificaciones en los mercados, cuando no turbaciones a la posesión, o alteraciones materiales de los bienes.

Sin perjuicio de los paliativos o soluciones que legisladores y jueces vayan encontrando a tales riesgos, lo cierto es que, de la mano de la tecnología, debemos lograr que los llamados en el ámbito notarial trámites prescristurarios –en muchos casos, reales restricciones al dominio– se resuelvan en el menor tiempo posible. **Los avances de las comunicaciones y la informática lo posibilitan. Es el desafío de los operadores del derecho estrechamente ligados a estos asuntos: notarios, registradores, y Estado. Prescindir del boleto de compraventa y otorgar la escritura de modo directo es un objetivo alcanzable.** Pero hay situaciones diferentes –como sostuvimos en las conclusiones de este trabajo en 2013 y reiteramos hoy–: solo en casos excepcionales se le puede conferir a la inscripción registral de los boletos calidad de suficiente en los términos que exige el artículo 1170 CCCN. Se requiere una ley especial nacional y para circunstancias excepcionales que no le permitan al comprador promeso alcanzar la publicidad posesoria.

Advertimos hoy que el Decreto PEN 962/2018, cuyo objeto es reglamentar la Ley Nacional 17801 para la Capital Federal, recoge en su artículo 1 parte importante de nuestra opinión al prescribir:

ARTÍCULO 1º. — Sustitúyese el artículo 2º del Reglamento de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal [...] por el siguiente:

*Artículo 2º:* El Registro de la Propiedad Inmueble [...] con relación a los boletos de compraventa, en los términos de lo previsto en el artículo 1170 del Código Civil y Comercial de la Nación, tomará nota de los referidos a futuras unidades funcionales o complementarias, respecto de las cuales no se pueda ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual.<sup>3</sup>

Sin embargo, solo una ley, como lo fueron la Ley de Loteo 14005 o la Ley de Prehorizontalidad 19724, responderá adecuadamente al principio de prelación de las normas previstas por la **Constitución Nacional**.

Estimamos que se debe hacer un análisis crítico serio al decreto desde todos los ángulos del derecho, rescatando sus aciertos y posibilidades y corrigiendo sus falencias, tarea pendiente. Es imprescindible avanzar en lo tecnológico, en la agilidad que necesita el tráfico jurídico, pero sin atentar contra la seguridad y la situación de la parte más vulnerable del contrato. **Esto so pena de desproteger justamente a quien el artículo 1170 CCCN ha pretendido beneficiar.**

3. El destacado es nuestro. Ver en este mismo ensayo el título 16: “El Decreto 962 del Poder Ejecutivo Nacional”.

## 2. Naturaleza jurídica del boleto de compraventa.

### Regulación del boleto de compraventa en el Código Civil y Comercial

La doctrina hasta la sanción del Código se ha dividido entre los que opinaban que el boleto es un contrato de compraventa perfecto, enrolados en la tesis del contrato definitivo, y los que opinaban que es un contrato preliminar. Coherentes con esta última son quienes opinan que se trata de un caso de conversión del acto jurídico y quienes califican la situación como un caso de venta forzada.<sup>4</sup>

El legislador ubicó el artículo 1170 CCCN en el libro tercero, de los “Derechos personales”, título IV “Contratos en particular”, y específicamente en el capítulo que refiere al contrato de compraventa. La sección 8ª de este capítulo corresponde al boleto de compraventa. El instituto no aparece entre las normas que regulan las formas sino en una sección de las que regulan el contrato de compraventa. Esta ubicación exhibe una posición de los redactores, tipificándolo claramente como un contrato de compraventa con efectos determinados.

Otras normas a considerar del CCCN son:

- 1) El artículo 285: “*Forma impuesta*. El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto...”
- 2) El artículo 1018: “El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad.”
- 3) Los artículos 773 a 778, que regulan las obligaciones de hacer. El artículo 777 dice textualmente: “*Ejecución forzada*. El incumplimiento imputable de la prestación le da derecho al acreedor a: a) exigir el cumplimiento específico; b) hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor; c) reclamar los daños y perjuicios”.

Antes de la sanción del CCCN, la jurisprudencia se refería al tema en términos como los siguientes:

Para completar la correcta comprensión de los arts. 1185 y 1187 que [...] se refieren a una obligación de hacer, debemos recurrir a las disposiciones del código sobre las obligaciones de esa especie [...] como lo expresa categóricamente Vélez en la nota al art. 629, que es absolutamente concordante con la nota al art. 505, el acreedor “puede pedir daños y perjuicios, o si esta indemnización es insuficiente, reclamar la ejecución del contrato a su elección...” [...] el art. 631 [...] niega al deudor “exonerarse” del cumplimiento de la obligación, “ofreciendo satisfacer los perjuicios e intereses”. Y si se admite que la sentencia incumplida que condena a escriturar, debe transformarse en una obligación de pagar daños y perjuicios, se priva al acreedor de la elección que le confieren los arts. 505 y 630 y se otorga al deudor –o sea, al vendedor– la facultad de elegir entre escriturar o pagar los daños y perjuicios, que expresamente le niega el art. 631 [...] en caso de condena a escriturar incumplida, pedida por el acreedor de la escrituración [...] el juez debe firmar la escritura...<sup>5</sup>

4. Ver D’ALESSIO, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 316.

5. CNCiv. de la Capital Federal, en pleno, 3/10/1951, “Cazes de Francino, Amalia c/ Rodríguez Conde, Manuel s/ escrituración” (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1951-IV, p. 155. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SAIJ; última consulta: 21/5/2019]). Los comentarios entre guiones nos pertenecen.

El boleto de compraventa inmobiliaria ha quedado regulado entonces como una especie del género contrato de compraventa, con efectos propios especiales, y que tiene por objeto una obligación de hacer, cual es firmar un “futuro contrato” por el que se transmita el derecho real, obligación que, en caso de ser incumplida, confiere al comprador promeso el derecho de exigir el cumplimiento específico. Por lo tanto, vemos dos contratos: uno actual cuyo objeto es una obligación de hacer (transferir el dominio mediante la firma de la escritura pública) y uno futuro: el de transferencia de dominio.

### **3. Los efectos del boleto de compraventa inmobiliaria en la legislación velezana**

El boleto de compraventa se institucionalizó en el artículo 1185 bis CCIV, incorporado por la Ley 17711, que lo ubicó en las normas que regulan la forma de los contratos. Estaba normado como una excepción a la Ley Concursal. Frente al concurso o quiebra del vendedor, el comprador promeso, en tanto acreedor, no cobraba en especie sino en moneda de quiebra. Sin embargo, el contrato privado de compraventa de inmueble tiene oponibilidad respecto de los acreedores del vendedor concursado o fallido si se hubiere pagado el 25% del precio y el adquirente fuere de buena fe. El comprador que reunía los requisitos de la norma podría reclamar del concurso o quiebra la escritura que le es debida, sin perjuicio de las obligaciones que le correspondan conforme lo pactado.

### **4. Antecedentes. El nacimiento de un privilegio especial para el comprador promeso**

El artículo 1185 bis CCIV fue incorporado por la reforma del Código Civil del año 1968. La norma fue modificada en el año 1984 por la Ley de Concursos y Quiebras 19551, estableciendo: a) una excepción al artículo 150 de la Ley de Sociedades y, b) agregando un requisito al artículo 1185 bis del Código Civil: la compraventa, aun sin la forma requerida, sería exigible al concurso solo si se trataba de bienes destinados a vivienda.

Una norma comercial modificó entonces el Código Civil. Ambas normas se fundaron en la situación de indefensión en que quedaban los compradores por boleto frente a las empresas constructoras vendedoras de unidades a someterse a la Ley 13512 de Propiedad Horizontal, que debieron presentarse en concurso o quiebra incumpliendo sus obligaciones.<sup>6</sup>

Una década después (1995), por Ley 24522, se reforma la Ley de Concursos; se vuelve a modificar el criterio de aplicación, y el artículo 146 resuelve una discusión planteada en doctrina y jurisprudencia el destino del inmueble no podía limitar los derechos de los compradores: “Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra [...] cualquiera sea el des-

6. Ver SC de Mendoza, en pleno, 30/5/1996, “Fernández, Ángel en J: 18687/20996 Fernández Á. en J: 17405 c/ Coviram Ltda. s/ Inc. Rev. s/ Casación” (expte. N° 56353, fallo plenario, ubicación LS265-193. [N. del E.: ver completo [aquí](#); fuente: Poder Judicial de Mendoza; última consulta: 8/5/2019]).

tino del inmueble...”. Esta modificación retrotrajo la situación a las condiciones previstas en el artículo 1185 bis CCIV original, pero, además, le impuso al adquirente la obligación de constituir hipoteca sobre el bien adquirido en caso de que hubiera prestaciones a plazo a su cargo.

Las normas en juego no le exigían al adquirente ningún tipo de publicidad a los efectos de la oponibilidad en el caso del proceso concursal: la ostentación o publicidad de derechos quedaba sujeta a la apreciación judicial. Respecto de la publicidad del derecho del comprador hubo un fallo paradigmático en el que se sostuvo que la oponibilidad exige publicidad, más o menos perfecta según los casos, pero siempre requiere de algún sistema por el cual ese derecho tenga aptitud para ser conocido; la oponibilidad amplia del boleto de compraventa, sin exigir ningún tipo de publicidad –ni posesoria, ni registral configuraría una postura absurda, ilógica, irracional del sistema porque: lejos de favorecer la justicia distributiva (propia de los conflictos entre acreedores– beneficiaría el fraude y la colusión.<sup>7</sup>

También por vía judicial se consolidó el principio de la aceptación de los derechos del adquirente por boleto frente a terceros registrales cautelados y se extendió el criterio respecto de la aplicación del artículo 1035 CCIV en relación a la fecha cierta, considerándose que su enumeración no era taxativa.

La protección jurídica del comprador por boleto, que nació a efectos de defender a aquellos que adquirirían un bien inmueble de la constructora que construiría la vivienda o del loteador que transfería lotes sin escriturar, fue alcanzando cada vez mayor cobertura. Primero, de la vivienda a los inmuebles con cualquier destino; luego, de los acreedores del fallido o concursado; más adelante, a cualquier cuatelado; de la fecha cierta obtenida por ciertos hechos taxativamente determinados, a todo hecho del que se pudiera inferir certeza. Por vía doctrinaria y jurisprudencial había nacido un privilegio especial.

A lo largo de cuarenta y cinco años, el proceso de protección del comprador por boleto ha ido siguiendo un curso de arraigo. El CCCN alcanza, a nuestro entender, un punto de inflexión en ese curso que afecta los principios generales del derecho civil en la materia, del derecho registral y derecho notarial a punto de revertir el proceso de seguridad jurídica alcanzado durante años.

## 5. Fallos

A. *“Minni, Miguel A. y otro en Gómez H. c/ Grzona, Juan C.” (1991):*<sup>8</sup>

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza en pleno declaró que:

1. El embargo trabado sobre un inmueble con anterioridad a la enajenación mediando boleto de compraventa es oponible al “adquirente”.

7. SC de Mendoza, en pleno, 6/12/1991, “Ongaro de Minni y otros en J: 1339 Minni, Miguel A. y otro en J: Gómez, H. J. c/ Grzona, Juan C. p/ Ord. Tercería s/ Casación”, expte. N° 48805, fallo plenario, ubicación LS225-197 (*El Derecho*, t. 147, 1992, p. 437. [*N. del E.*: ver completo [aquí](#); fuente: [Poder Judicial de Mendoza](#); última consulta: 8/5/2019]).

8. Cfr. nota 7.

2. El boleto que ha tenido acceso registral, sea por su anotación o por la traba de una caudelar que lo presupone, es oponible al embargante posterior a través de la tercería de mejor derecho o de la acción de oponibilidad.
3. El ordenamiento jurídico, interpretado sistemáticamente, distingue según cuál sea el destino del inmueble adquirido mediante boleto de compraventa (vivienda personal del adquirente o cualquier otro destino).
4. El “adquirente” de un inmueble con destino vivienda mediando boleto, tenga o no posesión, haya o no inscripto ese instrumento, triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad si se cumplen los siguientes recaudos: a) que el boleto tenga fecha cierta o exista certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo; la posesión pública y pacífica es un elemento trascendente para acreditar tal certidumbre fáctica; b) que el tercerista haya adquirido de quien es el titular registral o que esté en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes; c) que el tercerista sea de buena fe y haya pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo.
5. El embargante de buena fe, aquel que no conocía la realidad extra registral, puede oponer su derecho al poseedor y al adquirente sin posesión de un inmueble que no tiene por destino su vivienda personal.
6. El poseedor puede oponer al embargante todos los efectos que derivan de la posesión misma (restitución de mejoras, derecho de retención, adquisición de frutos, etc.) y de su carácter de acreedor...

B. “*Fernández, A. en j: 17405 c/ Coviram Ltda. s/ Inc. Rev. s/ Casación*” (1996):<sup>9</sup>

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza en pleno declaró que:

1. El embargo trabado sobre un inmueble o el proceso concursal abierto con anterioridad a la enajenación mediando boleto de compraventa es oponible al adquirente.<sup>10</sup>
2. El adquirente de un inmueble mediando boleto triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad ejercida en el proceso individual o concursal si se cumplen los siguientes recaudos: a) el boleto tiene fecha cierta o existe certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo o a la apertura del concurso;<sup>11</sup> b) el boleto tiene publicidad (registral o posesoria);<sup>12</sup> c) el tercerista o peticionante en el concurso ha adquirido de quien es el titular registral o está en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes; d) el tercerista o peticionante en el concurso es de buena fe y ha pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo o a la apertura del proceso universal.
3. En el proceso concursal, las reglas anteriores no impedirán la aplicación de la normativa relativa a la acción revocatoria y el adquirente deberá cumplir con los otros recaudos expresamente previstos en el art. 146 de la ley 24522.

9. Cfr. nota 6.

10. Igual al fallo anterior, ampliado al caso del concurso.

11. Igual al fallo “Ongaro de Minni”.

12. En el caso “Ongaro de Minni” se le confirió la acción al adquirente por boleto inscripto, pero si el destino era vivienda no se requería en el comprador publicidad posesoria ni registral.

C. “González Escandón, Ireño del Carmen en: Banco Oddone SA c/ Graetz, Rodolfo y otra” (1993):<sup>13</sup>

Este fallo fue citado por el Dr. Gustavo Rosas en su voto en autos “Hafford, Miguel Ángel c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ tercería de dominio” (2010) con las siguientes palabras:

Como dijera el maestro Morello comentando un fallo de nuestra Suprema Corte (González Escandón, Ireño del Carmen en: Banco Oddone S.A. c. Graetz, Rodolfo y otra, 1993/08/03), “Quisiéramos cerrar las reflexiones advirtiendo al lector la importancia decisiva de atender con pulcritud la carga de acreditar, adecuadamente, los condicionantes o presupuestos que habilitan el ingreso exitoso de la disposición básica, el mencionado art. 1185 bis; la buena fe (que se presume, art. 4008, ídem) y la fecha cierta con que se sincera el acto privado, fuente real del derecho a ser preferido.”<sup>14</sup>

D. “Banco Credicoop Coop. Ltda c. Risuelo, Stella Maris” (2006):<sup>15</sup>

Este fallo también fue citado por el Dr. Gustavo Rosas en su voto en autos “Pernigotti, Alfredo Luis c/ Aristi, Rubén Darío y sucesores de Galiana, Néstor A. s/ tercería de dominio” (2007):

... se ha resuelto recientemente que “Es procedente la tercería de mejor derecho promovida a fin de obtener el levantamiento del embargo trabado en un juicio ejecutivo sobre el inmueble que el tercerista adquirió abonando la totalidad del precio mediante un boleto de compraventa que posee una fecha cierta anterior al embargo, pues si el adquirente en las condiciones descriptas por el art. 1185 bis del Cód. Civil puede hacer prevalecer su derecho respecto del conjunto de todos los acreedores del vendedor, con mayor razón será oponible su derecho a un acreedor individual del vendedor ‘in bonis’, en tanto no se advierte qué diferencia podría aducirse entre la ejecución individual y la colectiva.”<sup>16</sup>

## 6. Conclusión en torno a la legislación y los fallos citados

En relación con la fecha cierta del contrato, la jurisprudencia ha entendido, como se ha visto, que la posesión pacífica e ininterrumpida es un elemento trascendente para acreditar la certidumbre fáctica. En resumen, podemos decir que:

- 1) Desde el año 1968, el legislador inició un proceso de **protección del comprador** de inmueble que no concretó la adquisición del derecho real de dominio con forma impuesta de escritura pública.

13. SC de Buenos Aires, 3/8/1993, “González Escandón, Ireño del Carmen s/ tercería de dominio en: Banco Oddone SA c/ Graetz, Rodolfo y otra”, acuerdo N° 47709 (*La Ley*, t. 1994-B, p. 461; *Jurisprudencia Argentina*, t. 1993-IV, p. 391. [N. del E.: ver completo [aquí](#); fuente: [JUBA](#); última consulta: 9/5/2019]).

14. Cám. Civ. y Com. de Junín, 25/11/2010, “Hafford, Miguel Ángel c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ tercería de dominio”, expediente N° 2684-2008. [N. del E.: ver completo [aquí](#); fuente: [JUBA](#); última consulta: 9/5/2019].

15. CNCom., Sala C, 17/11/2006, “Banco Credicoop Coop. Ltda c/ Risuelo, Stella Maris” (*La Ley Online*, cita AR/JUR/9476/2006).

16. Cám. Civ. y Com. de Junín, 25/9/2007, “Pernigotti, Alfredo Luis c/ Aristi, Rubén Darío y sucesores de Galiana, Néstor A. s/ tercería de dominio (en autos: ‘Aristi, Rubén c/ Galiana, Néstor s/ cobro ejec.’)”, expediente N° 42072. [N. del E.: La cita es reproducida por el Dr. Rosas también en “Hafford, Miguel Ángel” {cfr. nota 14}].

- 2) Para que la protección tuviera efectividad, los tribunales, en general, justipreciaron con estrictez el cumplimiento del requisito de la fecha cierta y analizaron con detenimiento los argumentos de quienes han sostenido la mala fe del tercerista.

Ese proceso, tanto en doctrina como en gran parte de la jurisprudencia, ha avanzado contemplando la necesidad de que “la adquisición” alcanzara algún grado de publicidad del derecho que se pretende. Se advierte, entonces, que la doctrina y la jurisprudencia fueron esbozando una distinción entre la fecha cierta del instrumento privado y la publicidad de la adquisición.

## 7. Los efectos del boleto de compraventa en el artículo 1170 del Código Civil y Comercial frente a los terceros. Prioridad excluyente o privilegio

La normativa actual parece conferir efectos distintos al boleto según deba enfrentarse a un tercero con acceso registral individual o a un proceso concursal (arts. 1170 y 1171 CCCN). El artículo 1170<sup>17</sup> se refiere expresamente a los “terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido”; el sistema normativo anterior solo preveía la situación del comprador de inmueble por boleto frente al concurso y la quiebra. El legislador recepta el mecanismo de “adjudicaciones” que venía otorgando el juzgador y, mediante un proceso cognitivo previo y valorativo, elige un “recipiendario” beneficiado por la norma y adjudica un derecho al comprador promeso (con requisitos determinados) en detrimento del derecho del tercero cautelado, que, hasta ahora, en el sistema normativo formal, tenía prioridad excluyente.

El artículo regula un sistema de **prioridad de derechos**: le confiere al comprador promeso un derecho con prioridad frente al tercero cautelado. La Corte Suprema de Justicia de Mendoza ha expresado al respecto que no se trata de privilegios sino de prioridades excluyentes, y el CCCN ha tomado los conceptos de los fallos citados.<sup>18</sup> A modo de excepción al principio registral que confiere prioridad al primero en el tiempo, el artículo le reconoce un derecho preferente al comprador sobre el embargante registral previo, siempre que aquel reúna determinadas condiciones. Lo cierto es que se regula como un verdadero **privilegio** y, como tal, deberá ser interpretado y aplicado en forma restrictiva.

El concepto de buena fe aparece como un calificativo del comprador a modo de tipificación. El sujeto del derecho tiene que ser ineludiblemente de buena fe. Para gran parte de la doctrina, “no es superflua la insistencia en el carácter (buena fe) del adquirente, pues ello estará íntimamente vinculado a los actos perjudiciales a los acreedores y esta venta efectuada por boleto podría resultar revocada”.<sup>19</sup> No obstante, existió otra

17. Art. 1170 CCCN: “*Boleto de compraventa de inmuebles*. El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si: a) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; b) el comprador pagó como mínimo el veinticinco por ciento (25%) del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; c) el boleto tiene fecha cierta; d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria”.

18. Cfr. notas 6 y 7.

19. DI TULLIO, José A. y ROITMAN, Horacio, “Boleto de compraventa y quiebra del vendedor”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, v. 2000-3 (“Boleto de compraventa”); ver online en <https://>

interpretación más restrictiva para la cual el artículo 1185 bis consagraba una excepción al principio general rector:

... los acreedores de la quiebra cobran en moneda de quiebra y no en especie. El art. 1185 es una excepción a la regla, por lo que no mediando concurso o quiebra, la regla es exactamente la inversa [...] el acreedor –en el caso el comprador promeso– tiene derecho a exigir que el deudor le procure exactamente aquello a lo que se ha obligado (art. 505 inc. 1), o sea la escrituración [...] pero el embargante, se ha dicho, goza de un privilegio creado por los códigos procesales, mientras que ni el derecho de fondo ni el procesal acuerdan ningún privilegio o preferencia al adquirente por boleto de compraventa en situación con concurrencia con otros acreedores...<sup>20</sup>

Habrà de analizarse en otras presentaciones las condiciones requeridas para gozar de este atributo. Como la buena fe se presume, la carga de la prueba de la mala fe será por cuenta de quien la alegue. El artículo será de aplicación obviamente si la contienda se establece cuando todos los sujetos pueden ser calificados como de buena fe. La mala fe de uno de ellos desplazará el conflicto. La valuación siempre será de orden judicial, quedando fuera de la competencia del registrador, quien de ningún modo podrá desplazar una cautelar anotada ni dejará de merituarla o informarla en caso de que ingrese a posteriori título o documento de cualquier origen o competencia.

El artículo expresamente le confiere protección al comprador por boleto respecto de los terceros cautelados. La discusión ocasionada por la interpretación extensiva del artículo 1185 bis CCIV y el artículo 146 de la Ley Concursal respecto de la aplicación al derecho del comprador por boleto habría quedado definitivamente zanjada.

Parte de la doctrina se negaba a admitir la extensión a los procesos individuales en razón de la limitación determinada por el 1185 bis. En cambio, la teoría amplia sostuvo que carecía de justicia obligar al comprador por boleto a iniciar el concurso o quiebra de su vendedor para hacer valer su derecho. De conformidad con la nueva normativa, es la propia norma la que le acuerda el *privilegio* al comprador de buena fe por boleto sobre el cautelado inscripto. El cautelado tendrá un privilegio creado por los códigos procesales y el adquirente por boleto lo tendrá en virtud de la legislación de fondo.

## 8. Requisitos necesarios para gozar de la protección

### A. *Contrato con el titular registral:*

Se incorpora como primer requisito que el comprador haya contratado con el titular registral o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos. Es decir que el comprador promeso deberá tener legitimación sustancial suficiente para ejercer su derecho. Esta legitimación será fácil de merituar cuando la cadena de transmisiones reconozca uno o dos eslabones,

[www.academia.edu/5108636/BOLETO\\_DE\\_COMPRAVENTA QUIEBRA\\_DEL\\_VENDEDOR\\_EWB](http://www.academia.edu/5108636/BOLETO_DE_COMPRAVENTA QUIEBRA_DEL_VENDEDOR_EWB) (última consulta: 10/4/2019).

20. RIVERA, Julio C., "Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 159, 1994, pp. 252 *in fine* y 254. (Esta doctrina es citada en el mencionado fallo "Fernández c/ Coviram" [cfr. nota 6]). Las aclaraciones entre guiones nos pertenecen.

dificultándose a medida que la cadena se alargue y la individualización de los sucesivos transmitentes sea cada vez más endeble.

*B. Pago del veinticinco por ciento del precio:*

Se mantiene el requisito del pago del 25% del precio, abonado con anterioridad a la traba de la cautelar. Habrá de tenerse especial referencia al modo en que se efectivizará el pago y las normas que rigen la materia. En este punto, no podemos dejar de señalar la vigencia de la Ley 25345 de Prevención de la Evasión Fiscal. Si bien la citada norma ha sido considerada inconstitucional por parte de la doctrina, no cabe menos que mencionarse en este análisis dado lo preciso de sus términos, la estrictez que el artículo 1170 CCCN requiere del pago y su fecha y la evaluación minuciosa que deberá practicar el juez para evitar inseguridades jurídicas.

*C. Fecha de pago anterior al embargo:*

El requisito de que el boleto tenga fecha anterior al embargo solo está expresado al referirse al pago. Podría haber, por tanto, un pago serio y cierto con fecha anterior al embargo y un instrumento de fecha posterior al mismo por el que se reconozca que el pago se hizo por el precio del inmueble, circunstancia que ocasionará no pocos inconvenientes a la hora de la valoración.

*D. Fecha cierta:*

Se mantiene también el requisito de la *fecha cierta*. El CCC libera de toda enumeración la prueba de la fecha cierta, la que podrá acreditarse por cualquier medio. Así lo prevé el artículo 317, que evita enumeraciones y refiere a circunstancias fácticas de las que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado. La apreciación será judicial.

*E. Publicidad suficiente de la adquisición:*

Finalmente, quedó incorporado al CCCN como requisito no del boleto sino de la “adquisición” la publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria, a cuyo tratamiento nos abocaremos a continuación.

## **9. La publicidad suficiente, registral o posesoria, en el artículo 1170 del Código Civil y Comercial**

El legislador no ha identificado la fecha cierta del boleto con la certidumbre fáctica de la posesión. Son dos requisitos diferentes que deben cumplirse concurrentemente, aun cuando el último (publicidad) pueda servir al efecto de la prueba del primero. Si bien tanto la posesión como la registración son hechos y pueden servir para conferir fecha cierta al instrumento, la norma los prevé como requisitos concurrentes con los tres anteriores.

No es lo mismo la fecha cierta que la publicidad exigida. Que del instrumento del cual emana el derecho goce de certeza respecto de su fecha no puede inferirse que tal derecho goce de apariencia o sea ostensible, salvo para quienes participaron del acto de celebración o sus sucesores. Y, tal como se ha dicho en jurisprudencia, todo derecho para gozar de oponibilidad o privilegio “requiere de algún grado de apariencia”. Vale decir que el comprador por boleto deberá acreditar que su adquisición –no necesariamente su boleto– tenga publicidad.

Puede ser posible que exista un comprador con boleto con fecha cierta pero que ni accedió al registro inmobiliario ni hubo tradición posesoria a su favor. En este caso, le está faltando al comprador, para triunfar en su acción, uno de los elementos exigidos por el artículo 1170. “En nuestro derecho la oponibilidad de los créditos privilegiados no exige registración, sin embargo todos ellos ostentan algún grado de apariencia, algún modo de hacerlos fácticamente visibles”; este concepto, expresado en el fallo “Ongaro de Minni” (1991),<sup>21</sup> ha sido acogido en el texto expreso de la norma.

Corresponde preguntarnos en esta instancia, primero, a qué se refiere el artículo 1170 CCCN al expresar “adquisición”, y, en segundo término, a qué refiere cuando consigna “publicidad registral”. El artículo 1892 CCCN requiere de la concurrencia de título y modo suficientes para transmitir un derecho real por actos derivados entre vivos. Si falta tal concurrencia, no hay derecho real, pues ambos requisitos conforman la estructura legal de este derecho (art. 1882). Aunque hubiere modo (tradición posesoria), si se carece de título suficiente (escritura pública), no hay derecho real. Por consiguiente, la adquisición a la que refiere el artículo 1170 es del derecho personal que emana del instrumento privado y que se expresa en el artículo 1018 CCCN como una obligación de hacer.<sup>22</sup>

La adquisición que requiere publicidad es del derecho de exigir una obligación de hacer. **Un boleto de compraventa no podrá producir la adquisición del derecho real, aun cuando estuviere inscripto.**

Lo que requiere el artículo respecto de la publicidad posesoria es que sea suficiente, o sea, que efectivamente la cosa objeto haya sido entregada en posesión por el *tradens*. No basta la declaración de partes respecto de terceros. El único modo de ejercer la posesión es a través de hechos materiales producidos respecto del inmueble. Si el comprador por boleto está ejerciendo la posesión del inmueble por haberla recibido de su transmitente, quien a su vez la poseía legítimamente, quedaría justificada (sin perjuicio de los otros requisitos del art. 1170) la prioridad que le está confiriendo el artículo al comprador. La publicidad posesoria es la justificación del privilegio que confiere la norma. Esto se compadece con lo prescripto por el artículo 2355 CCIV *in fine*: “se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa”.<sup>23</sup>

21. Cfr. nota 7.

22. Art. 1018 CCCN (primera parte): “*Otorgamiento pendiente del instrumento*. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad”.

23. Art. 1909 CCCN: “*Posesión*. Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”.

Art. 1916: “*Presunción de legitimidad*. Las relaciones de poder se presumen legítimas, a menos que exista prueba en contrario. Son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de la ley”.

En igual sentido, el CCCN regula lo que denomina “relaciones de poder”. La posesión es una relación de poder de un sujeto sobre una cosa. La posesión como relación de poder de hecho se presume como tal y se presume legítima. El poseedor no tiene necesidad de producir su título a la posesión, salvo que la ley lo requiera, como es el caso del artículo 1170. Frente a un tercero cautelado, el adquirente poseedor deberá producir su título a la posesión. En este sentido se regulan los artículos 1911, 1916, 1917 y 1918.

El CCCN identifica y nombra a la posesión y a la tenencia como una relación de poder en su artículo 1908. En el artículo 1909 expresa que “hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”. En el caso del artículo 1170, nos encontramos frente a la última opción: el comprador por boleto no es titular de derecho real pero es poseedor. La posesión se presume legítima. Por lo expresado, si una persona se encuentra en posesión de un bien inmueble, tiene un instrumento privado cuya fecha goza de certeza, ha pagado el veinticinco por ciento del precio antes de la traba cautelar y la ha recibido de quien es el titular registral o quien lo subroga, reuniría elementos suficientes para que se le reconozca sobre la cosa el derecho a adquirirla mediante título suficiente, desplazando al tercero registral cautelado acreedor del titular registral.

Otro cuestionamiento que surge para el análisis es si hay publicidad suficiente posesoria en los casos en que la entrega de la posesión hubiera operado por *traditio brevi manu* o *constituto posesorio*. Estas figuras están normadas en el artículo 1892 como excepción a la tradición posesoria. En estos casos de excepción de la tradición, el objetivo de la publicidad de la adquisición posesoria no se produce, no se hace ostensible el derecho adquirido. En estos casos, la buena fe del comprador promeso deberá ser exhaustivamente evaluada.

Lo que nos obliga a mayor detenimiento es la referencia a publicidad suficiente registral.

## 10. Inscripción registral de los boletos de compraventa

Si los boletos de compraventa pudieran ser inscriptos libremente, el principio de régimen legal forzoso previsto por el artículo 1884 CCCN respecto de la estructura legal de los derechos reales quedaría virtualmente borrado. No es materia de este trabajo el desarrollo del concepto del régimen legal forzoso de los derechos reales: baste al efecto sostener que es la base de la seguridad jurídica en la materia. De poco habrá servido declarar en el artículo 1884 que los derechos reales son de estructura legal.

Imaginemos la posibilidad de que los boletos pudieran ser inscriptos libremente, de este modo, alcanzando la publicidad registral requerida por el artículo 1170 y, por consiguiente, desplazar las medidas cautelares, incluso anteriores: ¿cuáles serán los efectos de un régimen semejante? El titular del boleto no podrá constituir derechos reales de garantía –excepto la cesión en garantía–, pero sí transferir el mismo derecho que

---

Art. 1924: “Tradición. Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe. Debe consistir en la realización de actos materiales de, por lo menos, una de las partes, que otorguen un poder de hecho sobre la cosa, los que no se suplen, con relación a terceros, por la mera declaración del que entrega de darla a quien la recibe, o de éste de recibirla”.

tiene u obligarse en relación a otros derechos reales compatibles con su situación por instrumentos de su misma calidad. Sus terceros acreedores no podrán embargar la cosa objeto de su contrato y solo podrían embargar su derecho si, además, hubiera un registro público de titulares de boletos, porque de lo contrario el adquirente permanecerá en las sombras. Ni los acreedores del comprador promeso ni los acreedores del titular registral podrán acceder al bien.

## 11. La libre publicidad registral a la que se refiere el proyectado artículo 1170 violaría el sistema registral

La aplicación irrestricta a toda compraventa inmobiliaria –de la prioridad del adquirente por boleto– entraña riesgos pues es dable conjeturar que los deudores inescrupulosos no vacilarán en generar ventas de sus propiedades a través de meros boletos que luego serán oponibles sin cortapisas, salvo las que provengan de su eventual ineficacia.<sup>24</sup>

La exigencia de la publicidad registral o posesoria es en el artículo una exigencia explícita. Hasta la sanción del CCCN, la jurisprudencia había considerado que se trataba de exigencias implícitas. Así lo expresaba la Dra. Kemelmajer de Carlucci en el fallo “Fernández c/ Coviram” ya mencionado:

Ante el silencio legal –art. 146 Ley 24522– la casi unanimidad de los autores sostiene que el boleto es oponible haya o no posesión [...]. Así lo sostuvo el plenario que estamos revisando –o sea, “Ongaro de Minni”– para los inmuebles con destino a vivienda, afirmando que no se requería publicidad ni inscriptoria ni posesoria. Con el nuevo texto –de la Ley de Sociedades–, en cambio, debe afirmarse que el recaudo de la publicidad (sea posesoria o registral) está implícitamente requerido.<sup>25</sup>

Entendemos que la publicidad registral referida por el artículo 1170 no es la prevista por la Ley 17801 (norma mantenida por el CCCN). De lo contrario, el Código estaría burlando el sistema de los derechos reales, que él mismo instituye. La publicidad registral a la que se refiere el artículo 1170 es solo de las previstas en leyes especiales para situaciones especiales o la que provenga de la ejecución judicial del propio boleto.

El texto del artículo 2 de la Ley Registral fue sustituido por la Ley 26294 y quedó redactado así:

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1890, 1892, 1893 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles; [...] c) **los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales.**

El boleto de compraventa, que solo contiene una obligación de hacer, no encuentra cabida en este artículo 2. Ello es así porque para la adquisición por actos entre vivos y

24. DI TULLIO, José A. y ROITMAN, Horacio, ob. cit. (cfr. nota 19). Lo expresado entre guiones nos pertenece.

25. Cfr. nota 6. Los comentarios entre guiones nos pertenecen.

modos derivados de los derechos reales es necesario título suficiente y modo suficiente (art. 1892). Se requiere la concurrencia de título y modo suficientes: título suficiente es el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. Modo suficiente es la tradición posesoria.

El acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley es la escritura pública, de conformidad con el artículo 1017. Ergo, el boleto de compraventa, por no ser la forma prevista para que se constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles, carece de acceso registral de acuerdo con la Ley del Registro. Por su propia naturaleza, está impedido de acceder al Registro de la Propiedad Inmueble. El artículo 2505 CCIV ordenaba la “inscripción de los títulos de adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles” para su oponibilidad a terceros, y la Ley 17801 en su artículo 2 expresa “en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos”. Al Registro de la Propiedad Inmueble ingresa el título instrumento en el que consta el título causa, pero el derecho ya existe extraregistralmente.

Carece de toda lógica jurídica que en un mismo texto normativo –como lo es el código unificado– se previera, por un lado, la exigencia de la forma escritura pública (arts. 1017, 1892) para adquirir, constituir, transmitir o modificar derechos reales y su registración para publicidad y oponibilidad a terceros, y, por otro lado, se hiciera caso omiso a tal previsión en un artículo del mismo plexo, acordándole efectos semejantes y la misma posibilidad de acceso registral a una “forma” diferente y de calidad inferior cual es el instrumento privado. Si para adquirir una prioridad excluyente, como la que confiere el artículo 1170, es suficiente con registrar un boleto de compraventa, ¿cuál es la lógica que obliga a la escritura pública y su inscripción?

Esta diferencia de calidad de formas de los actos jurídicos está prevista en el CCCN. Dijimos ya que el artículo 285 prevé que “el acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto”. Igual sentido se propone en el artículo 969.<sup>26</sup> Por lo tanto, el acto jurídico que tiene por objeto la transmisión o adquisición del derecho real no queda concluido como acto jurídico destinado a transmitir el derecho real si no se otorga por escritura pública. No hay adquisición del derecho real sin escritura pública. La escritura pública es la que produce los efectos propios del acto jurídico destinado a la adquisición del derecho real conforme al artículo 989 CCCN.

El tema de las formas genera, en el asunto que nos ocupa, mayor preocupación si se tiene en cuenta que el Código les reconoce validez a los instrumentos privados con la voluntad expresada mediante la impresión digital de cualquiera de las partes (art. 313). **La inscripción del boleto de compraventa no está prevista por la Ley 17801 y es incompatible con la normativa de los derechos reales.**

26. Art. 969 CCCN: “*Contratos formales*. Los contratos para los cuales la ley exige una forma para su validez, son nulos si la solemnidad no ha sido satisfecha. Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad. Cuando la ley o las partes no imponen una forma determinada, ésta debe constituir sólo un medio de prueba de la celebración del contrato”.

## 12. La publicidad registral del boleto no justifica la preferencia del artículo 1170

La Ley 19724 de Prehorizontalidad preveía la inscripción de los “boletos”, así como la Ley de Loteo 14005. En ambos casos se justifica la inscripción como modo de protección del comprador a tenor de dos circunstancias: 1) la cosa material comprometida en venta no existe como tal hasta tanto se concreta el loteo o se construye el edificio; 2) recién concretados ambos hechos es posible la tradición efectiva. Estas son las causas que pueden justificar la inscripción de un derecho personal en el Registro de la Propiedad, otorgándose publicidad suficiente generadora de una preferencia.

Solo la imposibilidad material por inexistencia de la cosa objeto del derecho justificaría omitir la tradición posesoria como medio de publicidad necesaria y excluyente. Solo la posesión efectiva justifica la preferencia; es ella la que se presupone legítima y la que implica que una persona ejerza “un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no” (art. 1909). La publicidad registral carece de esta virtud: no se presume legítima y no importa un poder de hecho; luego, no puede justificar una preferencia.

## 13. La facultad de preferencia: su excepcionalidad

Los efectos propios del acto jurídico de transmisión o adquisición de derechos reales son conferir, entre otras, las facultades de persecución y preferencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1882, y publicidad y oponibilidad a través de la registración del título. Por tanto, no hay registración sin título (Ley 17801), no hay oponibilidad sin registración (Ley 17801), no hay persecución ni preferencia sin acto concluido, no hay acto concluido sin escritura pública. Ergo, **no hay registración sin escritura pública**.

Este esquema es atravesado por el artículo 1170. Si el derecho de preferencia es propio de los derechos reales y el principio registral es “primero en el tiempo, preferido en el derecho”, la posibilidad de que el boleto de compraventa tenga acceso registral –con los efectos previstos en el artículo 1170– corta transversalmente todo el sistema de derechos sobre inmuebles. Basta con que se inscriba un boleto de compraventa, se pague efectivamente el 25% del precio pactado y se convenga cualquier plazo para el pago del saldo para gozar de los beneficios del artículo, repeliendo a cualquier otro tercero sin importar quien esté ejerciendo la posesión de la cosa.

Es útil al efecto el análisis del artículo 1886 CCCN:

*Persecución y preferencia.* El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.

El artículo 1170 implica una verdadera excepción a este principio ya que, cumplidas las condiciones que el artículo prevé, el titular del contrato privado, o sea, el comprador promeso puede hacer valer una preferencia respecto de un derecho personal, el del tercero registral cautelado, que ha obtenido registración previa. El grado de excepcionalidad que tiene el precepto amerita que la interpretación de sus requisitos sea de restricción

extrema. Por eso la publicidad registral a que refiere el artículo solo podría ser admitida en los casos previstos por ley especial para circunstancias también especiales.

#### 14. Casos de publicidad registral de derechos por boleto

Cuando el artículo prevé la publicidad registral, está refiriendo a nuestro entender solo a los casos por los cuales leyes especiales exigen la inscripción del boleto de compraventa; tal es la situación de la Ley de Prehorizontalidad y la de la Ley de Loteo 14005. Ellas, paradójicamente y regresando al inicio de este trabajo, son las que regularon las situaciones que llevaron a la incorporación del artículo 1185 bis y el 146 de la [Ley de Concursos y Quiebras](#).

La Ley 14005 prevé que el propietario de inmueble que “desea venderlo en la forma prevista en el artículo anterior hará anotar en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la ubicación del bien, su declaración de voluntad de proceder a la venta en tal forma”. El artículo 4 expresa: “celebrado el contrato y dentro de los 30 días de su fecha, el vendedor deberá proceder a la anotación provisoria del instrumento que entregue al comprador, en el Registro de la Propiedad Inmueble”. Lo que se prevé es una anotación provisoria del instrumento privado.

Otro es el caso de la Ley 19724 de Prehorizontalidad, que obligaba al vendedor a inscribir el boleto de compraventa. Sin embargo, esta norma fue descartada en el proyecto, por lo cual el artículo 1170 no sería de aplicación. Cabe recordar que unas de las principales causas que generaron la progresiva protección al adquirente por boleto fueron justamente los casos de compras de lotes o unidades de vivienda **en las que no se podía producir ni la entrega de la posesión ni el otorgamiento de la escritura**, quedando el adquirente en total situación de desventaja respecto de los acreedores de sus vendedores.

#### 15. Publicidad suficiente registral

Entendemos que el calificativo de *suficiente* que se le exige a la publicidad posesoria es claro en la norma, la doctrina y la jurisprudencia, pero la suficiencia de la publicidad registral debe ser objeto de análisis y definición. Solo leyes especiales nacionales pueden determinar los elementos indispensables para que se meritúe la suficiencia de la publicidad registral de la adquisición; estas leyes **son las que deben prever la inscripción de instrumentos privados basada en circunstancias de excepción, por resultar imposible la tradición posesoria. La publicidad registral solo puede ser suficiente para conferir la preferencia que da el artículo 1170 si resulta imposible que el comprador promeso ejerza una relación de poder sobre el inmueble en razón de la naturaleza o estado de este.** De lo contrario no alcanza, es insuficiente.

Si el comprador promeso no ha recibido la posesión real y efectiva siendo posible materialmente tal hecho, no podrá suplir la publicidad exigida por el artículo 1170 mediante la inscripción del boleto de compraventa. En ningún caso los registros inmobiliarios podrían inscribir boletos de compraventa sin finalidad específica prevista por la ley especial y al solo efecto de prevalerse del beneficio acordado por el artículo 1170,

so pena de poner en riesgo todo el sistema de oponibilidades. La inscripción de boletos de compraventa en los registros inmobiliarios por simple decisión de los contratantes, prescindiendo de la efectiva tradición del inmueble, carecería de toda lógica jurídica y, lejos de favorecer la justicia distributiva (propia de los conflictos entre acreedores), beneficiaría el fraude y la colusión, como se ha señalado en muchos fallos referidos en la materia.<sup>27</sup> Lo contrario implica burlar el régimen forzoso de los derechos reales, el sistema registral de los mismos, la seguridad jurídica sobre la que se asienta la teoría del título y modo de adquisición de los derechos reales, la obligatoriedad de inscripción de las escrituras públicas de conformidad a la Ley de Registro al efecto de la oponibilidad de los derechos, el principio de la garantía común de los acreedores y, en definitiva, el principio rector de la buena fe.

## 16. El Decreto 962 del Poder Ejecutivo Nacional

El Poder Ejecutivo Nacional dictó el [Decreto 962/2018](#), que rige desde el 30 de octubre de 2018, con miras a “beneficiar” a compradores en pozo y posibilitar el financiamiento de su adquisición. El decreto en su artículo 1º dispone lo siguiente:

Sustitúyese el artículo 2º del Reglamento de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal - Decreto N° 2080/80 - T.O. 1999, aprobado como Anexo I por el artículo 4º del Decreto N° 466/99, por el siguiente: “*Artículo 2º.* — El Registro de la Propiedad Inmueble tomará razón de los documentos indicados en el artículo 2º de la Ley N° 17801 y sus modificatorias, siempre que se refieran a inmuebles ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Con relación a los boletos de compraventa, en los términos de lo previsto en el artículo 1170 del Código Civil y Comercial de la Nación, tomará nota de los referidos a futuras unidades funcionales o complementarias, respecto de las cuales no se pueda ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual”.

Las secciones 1 a 15 de este trabajo fueron redactadas en el año 2013, aún no puesto en vigencia el CCCN. A cinco años de su redacción, se presenta un nuevo desafío para el tema de estudio. Las siguientes son breves reflexiones formuladas en torno al Decreto PEN 962/2018 como una invitación a la investigación y con el ánimo de que los objetivos expuestos en los considerandos del decreto sean realmente alcanzados por las vías que correspondan. Sabemos que lo que a continuación exponemos requiere de mucho debate y mayor profundización. En este sentido, trataré de centrarme solo en algunos puntos del decreto, haciéndolo sucintamente.

### 16.1. Constitucionalidad del decreto

En general, la doctrina distingue cinco clases de decretos: los decretos autónomos, dictados por el presidente de la Nación en ejercicio de funciones propias conforme a atribuciones otorgadas por la [Carta Magna](#) en forma expresa (art. 99 inc. 1); los decretos

27. Cfr. notas 6 y 7.

reglamentarios –también llamados ejecutivos–, emitidos con el objeto de hacer efectivos los fines de las leyes dictadas por el Congreso Nacional que reglamenten sin alterar el espíritu de las mismas; los decretos de necesidad y urgencia (99 inc. 3 CN); los decretos delegados (art. 76 CN), dictados por el presidente de la Nación en razón de la delegación expresa de competencias que realiza el Congreso Nacional, mediante una ley con plazo fijado para su duración, que podrán recaer sobre materia de administración o de emergencia pública.<sup>28</sup>

El primer cuestionamiento debe ser cómo categorizar el decreto bajo análisis dentro de las clases enunciadas. Si concluyéramos que es un decreto reglamentario, debemos definir en primer término qué ley está reglamentando. La segunda cuestión sería definir el alcance de las facultades del Poder Ejecutivo Nacional (en adelante, “PEN”) para dictar un decreto a aplicar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, “CABA”).

Si concluyéramos que es de su competencia, podríamos afirmar que aquella parte del decreto que incluye al Registro de la Propiedad Inmueble (en adelante, “RPI”) en el proceso de modernización del Estado sería constitucional, toda vez que, a este respecto, se trataría de un decreto autónomo: el RPI de la CABA debería acatar la reglamentación y, por tanto, inscribir todo **documento oficial** que le llegare a través de la plataforma de trámites a distancia de Presidencia de la Nación, denominada “TAD”. Así las cosas, los párrafos 6 a 14 de los considerandos del decreto serían aceptables, pues no harían más que justificar la inclusión del Registro de la Propiedad Inmueble de la CABA en las previsiones contempladas por todas las normas indicadas en esos párrafos. El PEN, suponiendo su competencia para regular el funcionamiento del RPI de CABA, funda la obligación de este de “despapelizarse”<sup>29</sup> y aceptar su funcionamiento administrativo de

28. Ver VIVACQUA, Luis E., “Potestades normativas del Ejecutivo. La ‘zona gris’ entre los decretos autónomos y las facultades del Congreso”, en Alonso Regueira, E. M. (dir.), *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, 2013, p. 274 ([www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/002-edp-6-vivacqua.pdf](http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/002-edp-6-vivacqua.pdf); última consulta: 10/4/2019).

29. “Que la Ley N° 25.506 de Firma Digital reconoció la **eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y la firma digital**, y [...] estableció que el Estado Nacional [...] **promoverá el uso masivo de la firma digital** de tal forma que posibilite el trámite de los **expedientes por vías simultáneas**, búsquedas automáticas de la información y seguimiento y control por parte del interesado, propendiendo a la progresiva despapelización. Que la Ley N° 27.446 estableció que los documentos oficiales electrónicos firmados digitalmente, los expedientes electrónicos, las comunicaciones oficiales, las notificaciones electrónicas y el domicilio especial constituido electrónico de la plataforma de trámites a distancia y de los sistemas de gestión documental electrónica que utilizan el Sector Público Nacional, las provincias, el Gobierno de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, municipios, Poderes Judiciales, entes públicos no estatales, sociedades del Estado, entes tripartitos, entes binacionales, BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, en procedimientos administrativos y procesos judiciales, **tienen para el Sector Público Nacional idéntica eficacia y valor probatorio que sus equivalentes en soporte papel o cualquier otro soporte** que se utilice a la fecha de entrada en vigencia de dicha medida [...]. Que el Decreto N° 434/16 aprobó el **Plan de Modernización del Estado** con el objetivo de alcanzar una Administración Pública al servicio del ciudadano en un marco de eficiencia, eficacia y calidad en la prestación de servicios. Que el mencionado Plan [...] contempló el **Plan de Tecnología y Gobierno Digital** como uno de sus cinco ejes, y como instrumento la **Gestión documental y expediente electrónico**, cuyo objetivo es implementar una plataforma horizontal informática de generación de documentos y expedientes electrónicos, registros y otros contenedores que sea utilizada por toda la administración a los fines de facilitar la gestión documental, el acceso y la perdurabilidad de la información, la reducción de los plazos de las tramitaciones y el seguimiento público de cada expediente. Que, en consecuencia, el Decreto N° 561/16 aprobó la implementación del **sistema de Gestión Documental Electrónica - GDE**, como sistema integrado de caratulación, numeración, seguimiento y registración de movimientos de todas las actuaciones y expedientes del Sector Público Nacional. Que el Decreto N° 1063/16 aprobó la implementación de la **Plataforma de Trámites a Distancia (TAD)** [...] como medio de interacción del ciudadano con la administración, a través de la recepción y remisión por medios elec-

acuerdo a los parámetros tecnológicos determinados. La simple lectura de los párrafos elegidos como fundamentos no hace más que ratificar que ellos están dirigidos a los organismos públicos, entes estatales, etc. Se trata de normas de regulación de la actividad del Estado. A este respecto, no se advierte cambio que genere reacción como no sea la necesidad de recursos económicos y humanos para poner en funcionamiento cualquier sistema.

## 16.2. El decreto y el derecho de fondo

El análisis se complejiza cuando la norma ejecutiva entra en la regulación de las normas del derecho civil y comercial. La regulación de negocios jurídicos de carácter privado y la institucionalización, a través de un decreto, de preferencias, privilegios o prioridades excluyentes, desplazando derechos de determinados particulares respecto de otros –entendemos– excede a cualquiera de las categorías indicadas. El artículo 1170 establece los requisitos que debe cumplir un comprador por boleto para desplazar a terceros embargantes del vendedor y, en su inciso d), exige que “la adquisición tenga publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria”.

El decreto intenta sustentar su competencia para regular la publicidad suficiente registral referida en el artículo 1170 en los considerandos: cita el artículo 80 de la Ley 24441, que admite la inscripción de instrumentos privados, cuando la ley lo autorice, “siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público”. Este fundamento atenta contra el propio decreto, ya que está admitiendo la necesidad de una ley y de la certificación notarial. El Decreto 962/201818, a diferencia de su pretendido fundamento, prescinde de ambos.

---

trónicos de presentaciones, solicitudes, escritos, notificaciones y comunicaciones y de uso obligatorio por parte de las entidades y jurisdicciones [...] que componen el Sector Público Nacional.

Que el Decreto N° 1306/16 aprobó la implementación del módulo “Registro Legajo Multipropósito” [...] único medio de administración de los registros de las entidades [...] que componen el Sector Público Nacional.

Que el Decreto N° 894/17 [...] estableció que las autoridades administrativas actuarán de acuerdo con los principios de sencillez y eficacia [...]

Que el Decreto N° 733/18 dispuso que todos los registros de los organismos contemplados en el artículo 8° de la Ley N° 24.156 **deben ser electrónicos** [...]

Que dado que el Reglamento de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal [...] es previo a la disponibilidad del sistema de Gestión Documental Electrónica - GDE, de la plataforma de Trámites a Distancia (TAD) y del módulo “Registro Legajo Multipropósito” (RLM), **corresponde incorporar la figura del boleto de compraventa electrónico en el citado Reglamento.**

Que, en tal sentido, el ESTADO NACIONAL ha adoptado una serie de medidas que tienen por objeto abordar en forma preferente e inmediata el problema del déficit habitacional existente en nuestro país, entendiéndose que el acceso a la vivienda es un derecho fundamental de la población, por lo que resulta prioritario establecer los lineamientos que permitan la registración de aquellos instrumentos referidos a futuras unidades funcionales o complementarias, respecto de las cuales no se pueda ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual.

Que, sin dudas, el haber dispuesto un régimen de publicidad para los boletos de compraventa en los registros de la propiedad inmueble ha sido un **paso fundamental a los fines de facilitar el acceso a la vivienda familiar**, en virtud de que brinda protección a los compradores de buena fe de inmuebles a construirse o en construcción, otorgándoles la preferencia establecida en el artículo 1170 del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, además de ampliar la posibilidad de acceder a créditos para su financiamiento.

Que, por otro lado, el Decreto N° 891/17 estableció las “**Buenas Prácticas en Materia de Simplificación**” aplicables para el funcionamiento del Sector Público Nacional [...]

Que el Decreto N° 892/17 creó la **Plataforma de Firma Digital Remota...**”.

Respecto de dicho artículo 80 ha dicho Moisset de Espanés:

A partir de la vigencia de la nueva ley encontramos en nuestro ordenamiento jurídico dos normas –una en la ley 17801, otra en esta ley 24441– que se refieren **al mismo supuesto de hecho**, con enunciados ligeramente diferentes.

Ambos dispositivos aparecen incluidos dentro de un sistema que exige sustancialmente la escritura pública, **pero admiten un régimen de excepción** que permite accedan al registro actos que vienen contenidos en un instrumento privado, **siempre que haya una ley especial que así lo regule**.<sup>30</sup>

Entendemos, como el citado autor, que ya en el año 1994 el legislador aceptaba, en casos excepcionales especialmente previstos por ley, la inscripción de instrumentos privados en el RPI, tal como lo aceptan los artículos 2 y 3 de la Ley 17801. Pero en ambos casos (Ley 24441 y Ley 17801) se requiere de ley especial y de la intervención del notario público.

### 16.3. Firma digital y escribano público

La firma digital no excluye al escribano público. Y la función de este es totalmente compatible con aquella. El notariado está comprometido con todos los procesos de despapelización en tanto no esté en juego la seguridad jurídica, y la intervención del escribano en la firma digital es una función asumida y compatible con lo que pretende el decreto. Con firma digital o sin ella, como bien lo previene el decreto, **solo con el escribano público se podrá garantizar la certeza respecto de la formación del consentimiento en los contratos**.

Un decreto del PEN no puede modificar la Ley 17801 determinando cuál es la publicidad registral suficiente de un instrumento privado o qué instrumentos privados acceden a la publicidad suficiente. La ley especial del registro inmobiliario requiere del notario público: el decreto por sí solo no puede excluirlo.

Seguridad informática no es seguridad jurídica. Desde una visión jurídica, para que un negocio sea válido no sólo es necesario verificar la validación de las claves, sino que quien estampe la firma digital sea la persona titular de dicha firma y que además el consentimiento sea prestado libre y voluntariamente, es decir sin vicios.<sup>31</sup>

### 16.4. Fecha cierta

La asignación por decreto de **fecha cierta al boleto de compraventa** electrónico firmado digitalmente también resulta un exceso. La fecha cierta de un instrumento, conforme al artículo 317 CCCN, depende de circunstancias fácticas que deberán ser valoradas “rigurosamente” en cada oportunidad por los jueces. Sin duda, la firma digital constituirá

30. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Ley 24441. Modificaciones al régimen registral y al Código Civil”, Córdoba, [s.e.], [s.f.], p. 4 (en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artley24441modificaregimenregistral>; última consulta: 10/4/2019). Los destacados nos pertenecen.

31. Conclusiones de la XXXII Jornada Notarial Argentina (San Carlos de Bariloche, 2018): tema 1 “Nuevas tecnologías”, pp. 5-6. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: [web de sede organizadora](#); última consulta: 9/5/2019].

un hecho que será medido en torno a otros que puedan ser considerados en cada caso, mas no el único.<sup>32</sup>

Antes de la sanción del CCCN, darle a determinada circunstancia fáctica la virtualidad de aportar fecha cierta a un instrumento era esencial. La nueva redacción del CCCN ha abierto la enumeración aparentemente taxativa del CCIV y, por tanto, hoy, que un decreto del PEN así lo consigne resulta inocuo.<sup>33</sup> Siempre dependerá de la valoración judicial.

### 16.5. El decreto carece de materia regulable

El vicio del que adolece el **decreto**, a nuestro entender, es querer reglamentar una ley excepcional que no existe. El artículo 1170 CCCN no instituye en qué casos puede haber publicidad registral de instrumentos privados. Este el nudo. Solo exige publicidad registral o posesoria suficiente para concederle una preferencia al comprador promeso. El fin del artículo es fijar los requisitos que debe tener el comprador promeso para que su derecho sea más considerado que el del embargante. La suficiencia de la publicidad posesoria está determinada por el CCCN. Pero no hay ley que determine los casos o caracteres de publicidad registral suficiente de instrumentos privados. No hay ley que determine la inscripción de boletos de compraventa.

Por su parte, la Ley 17801, fundacional en el tema en tratamiento, exige ley especial y la intervención de notario para los casos de excepcional inscripción de instrumentos privados. Ergo, es una ley especial la que debe imponer la inscripción registral de los boletos de compraventa o de cualquier otro instrumento diferente de los indicados en el artículo 2 de la Ley Registral, excepcionando el principio general. De lo contrario, tendríamos que afirmar que, a partir del 1 de agosto de 2015, en virtud del artículo 1170, los boletos de compraventa son inscribibles en el RPI. Esto, hemos afirmado, sería una verdadera alteración de todo el régimen jurídico.

Adviértase que lo que se está modificando es, entre otros, el régimen de seguridad dinámica y estática de los derechos y el principio del patrimonio como prenda común de los acreedores por vía de un decreto del PEN a aplicar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Lo que ha hecho el artículo 1170 CCCN, tal como la Ley 17801 y la Ley 24441, es prever la posibilidad de que se inscriban documentos privados una vez que la ley especial

32. Ver VENTURA, Gabriel B., "Firma digital. Análisis exegético de la ley 25506/2001", Córdoba, [s.e.], [s.f.], p. 9, en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/firma-digital-analisis-exegetico-de-la-ley-25506-2001> (última consulta: 10/4/2019; el destacado es nuestro): "En cuanto al momento preciso de formación del consentimiento mediante la firma digital, así como la fecha cierta, tanto entre partes como *'erga omnes'*, regulada genéricamente en los artículos 1034 y 1035 del Código Civil, lamentablemente la ley 25506 no contiene dispositivo alguno que la determine, en razón de lo cual, y en aplicación de la doctrina que rige en el derecho común, podrían aplicarse alguno de los cuatro clásicos sistemas propuestos para la regulación de la oferta y la aceptación: el momento de la declaración, el de la expedición, el de la recepción y el del conocimiento. Pero debe remarcar que, la existencia de la fecha cierta de cada uno de esos casos sería imprescindible, y el no haberle dado dicho carácter a algún momento determinado, pone dudas sobre su determinación".

33. Ver VENTURA, Gabriel B., "Firma digital y documento notarial", Córdoba, [s.e.], [s.f.], en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/firma-digital-y-documento-notarial> (última consulta: 10/4/2019).

excepcione lo previsto en el artículo 2 de la 17801. Mal se puede reglamentar una ley no sancionada.

## 16.6. La regulación de otros institutos de derecho de fondo

Además de lo señalado, hay que advertir otros avances del decreto sobre el derecho de fondo.

A. Ha prácticamente regulado un sistema de “prehorizontalidad” con caracteres semejantes a los de la derogada Ley 19724. Más aún, ha generado un nuevo orden de privilegios, incorporando a los terceros acreedores del comprador promeso, o sea, los financistas de los desarrollos inmobiliarios, cuyos derechos quedarían cubiertos con la cesión en garantía del boleto.

Tanto la Ley 13512 de Propiedad Horizontal como la 19724 de Prehorizontalidad tenían entre sus fundamentos conceptos semejantes a los utilizados en el decreto, tales como la necesidad de que el Estado Nacional adopte

... una serie de medidas que tienen por objeto abordar en forma preferente e inmediata el **problema del déficit habitacional existente en nuestro país**, entendiéndose que el acceso a la vivienda es un derecho fundamental de la población, por lo que resulta prioritario establecer los lineamientos que permitan la registración de aquellos instrumentos referidos a futuras unidades funcionales o complementarias, respecto de las cuales no se pueda ejercer la posesión en razón de su inexistencia actual.<sup>34</sup>

La protección de los compradores, la consolidación de los derechos reales, la protección de la parte vulnerable del contrato frente a las empresas loteadoras o constructoras estuvieron entre los objetivos de las Leyes 13512, 14005 y 19724. En todos estos casos, los regímenes que excepcionaron el derecho de fondo lo hicieron por una ley del Congreso de la Nación.

Las preguntas que nos surgen son: ¿es en realidad la inscripción de los boletos lo que resuelve el problema habitacional o lo es el crédito para la construcción de unidades habitacionales? ¿Cuál es el beneficiario más directo de la norma en tratamiento?

B. *Seguro obligatorio*. También advertimos la omisión de toda referencia a los artículos 2070 y 2071 CCCN, que obligan a la constitución de un seguro en los casos como los tratados. ¿Quedará obligado el registro inmobiliario a **calificar la constitución** de este seguro obligatorio?<sup>35</sup> En este sentido, dadas las particulares consecuencias previstas por el Código Civil y Comercial, el decreto se puede calificar cuando menos de insuficiente,

34. Considerando N° 16 del Decreto [962/2018](#) (el destacado es nuestro).

35. Art. 2071 CCCN: “*Seguro obligatorio*. Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar. **El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al adquirente de sus derechos contra el enajenante**”.

dejando en situación compleja al órgano de inscripción y en situación muy comprometida a cedentes y cesionarios de derechos que pretende proteger.

Desde un punto de vista económico, ¿quién costeará el seguro? La duda se hace inevitable toda vez que uno de los argumentos más esgrimidos en la presentación del “boleto electrónico” en sociedad fue que el sistema aparejaba una gran eliminación de costes.

C. *Cesionarios de derechos de boletos.* Algo más que notorio del [decreto](#) es lo dispuesto en su artículo 6, que incorpora el artículo 31 bis al [Decreto 2080/1980](#) [t.o. 1999], particularmente los incisos b) y d):<sup>36</sup>

b. En el texto del boleto de compraventa, o en un documento complementario al mismo, debe constar que se ha pagado, como mínimo, el veinticinco por ciento (25%) del precio total de adquisición pactado y, de corresponder, que el titular registral del inmueble y/o el comprador o sus sucesores se **comprometen a ceder sus derechos** bajo el mismo en garantía de las obligaciones a su cargo frente a la institución financiera que hubiera otorgado el financiamiento a los fines de realizar la obra, en los términos de lo previsto en el artículo 1615 del Código Civil y Comercial de la Nación [...]

d. Podrá solicitarse en forma simultánea la inscripción del boleto de compraventa y de su **primera cesión**. Para cualquier cesión posterior del boleto el solicitante deberá acreditar el tracto sucesivo.

O sea que, de modo imperativo, para la inscripción de los boletos en el RPI se impone como condición que el comprador o sus sucesores se comprometan a ceder sus derechos en garantía a una institución financiera. Ya no se trata, pues, solamente de dar publicidad al boleto de compraventa; se trata de la obligatoria cesión en garantía y de la inscripción de esta.

Aparece un nuevo orden de privilegios, no tan solo de prioridades ni preferencias, incorporando a los terceros acreedores del comprador promeso, o sea, los financistas de

36. Art. 31 bis Decreto 2080/1980 (t.o. por [Decreto 466/1999](#)): “Una vez que el Registro de la Propiedad Inmueble hubiese tomado razón de la escritura pública establecida en el artículo 21 de este Reglamento, podrá inscribir los boletos de compraventa de futuras unidades funcionales o complementarias nuevas a construir o en etapa de construcción, si se cumplen las siguientes condiciones:

a. El boleto de compraventa debe haber sido celebrado por el titular registral del inmueble o por quién sea su sucesor a título particular o universal;

b. En el texto del boleto de compraventa, o en un documento complementario al mismo, debe constar que se ha pagado, como mínimo, el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) del precio total de adquisición pactado y, de corresponder, que el titular registral del inmueble y/o el comprador o sus sucesores se comprometen a ceder sus derechos bajo el mismo en garantía de las obligaciones a su cargo frente a la institución financiera que hubiera otorgado el financiamiento a los fines de realizar la obra, en los términos de lo previsto en el artículo 1615 del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN; y

c. El boleto de compraventa presentado para su inscripción y -en su caso- el documento complementario conforme a lo previsto en el inciso anterior, deberá ser firmado digitalmente por las partes, y presentado mediante la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) del sistema de Gestión Documental Electrónica, a fin de determinar su fecha cierta y la autoría e integridad del documento electrónico. Se podrá asimismo solicitar la inscripción de toda cesión de los boletos de compraventa que cumplan con las condiciones precedentemente enunciadas, siempre que haya sido firmada digitalmente y gestionada mediante la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD). En caso de que las partes no cuenten con firma digital, podrán celebrar el boleto de compraventa o su cesión mediante la intervención de un escribano público quien deberá presentarlo a través de la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD) ante el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, con su firma digital.

d. Podrá solicitarse en forma simultánea la inscripción del boleto de compraventa y de su primera cesión. Para cualquier cesión posterior del boleto el solicitante deberá acreditar el tracto sucesivo...”

los desarrollos inmobiliarios como sujetos protegidos por la norma, cuyos derechos podrían ser prioritarios sobre otros acreedores del vendedor o titular registral y acreedores del comprador. Se estaría excediendo la materia del artículo 1170 CCCN, que prevé la posibilidad de la existencia de una publicidad suficiente del boleto de compraventa para generar un registro de prendas sobre derechos instrumentados.

El CCCN establece un régimen particular para la cesión en garantía de créditos instrumentados. Sería imprescindible una compatibilización del mecanismo excepcional establecido por el decreto y las normas de fondo que regulan la cesión.

Sin hacer, por ahora, un análisis valorativo respecto de justicias distributivas, estimamos que el decreto, aun aceptando que estuviera reglamentando un artículo del CCCN en materia de boleto de compraventa, genera un orden de prelación en los derechos, algunos personales, otros reales, que exige una norma de jerarquía superior.

### 16.7. Breve conclusión respecto del decreto

Finalmente, hacemos una reflexión desde los principios económicos del derecho. La idea de utilizar herramientas jurídicas para poner en marcha la industria de la construcción de unidades habitacionales es no solo aceptable sino deseable. Sin embargo, el valor de los bienes es directamente proporcional a la seguridad jurídica, y estimamos que un decreto que contiene tanto temas e institutos de discutible constitucionalidad –como mínimo– no genera la seguridad jurídica suficiente para poner en valor los bienes en juego.

## 17. Conclusiones

- 1) El boleto de compraventa regulado en el artículo 1170 del Código Civil y Comercial tiene por objeto una obligación de hacer, cual es firmar un “futuro contrato” por el que se transmita el derecho real. Es un contrato previo con efectos especiales respecto de terceros.
- 2) La fuente real del derecho a la preferencia conferida por el artículo 1170 es la posesión y la fecha cierta con que se sincera el acto privado. La publicidad posesoria es la justificación de la prioridad que confiere la norma.
- 3) La publicidad suficiente registral de la adquisición a la que se refiere el inciso d) del artículo 1170 solo es aplicable a los casos en que leyes especiales nacionales así lo prevean, basadas en circunstancias de excepción, por resultar imposible la tradición posesoria.
- 4) Solo se puede calificar la publicidad registral requerida por el artículo 1170 como suficiente si resulta imposible transferir la posesión en razón de la naturaleza o estado del inmueble prometido y está prevista por ley nacional especial.
- 5) Si el comprador prometido no ha recibido la posesión real y efectiva siendo posible materialmente tal hecho, no podrá suplir la publicidad exigida por el artículo 1170 mediante la inscripción del boleto de compraventa.
- 6) En ningún caso los registros inmobiliarios podrían inscribir boletos de compraventa sin finalidad y régimen específico que lo justifique previsto por la ley especial.

- 7) La inscripción registral del boleto de compraventa al solo efecto de prevalerse del beneficio acordado por el artículo 1170 no debe tener acogida ni en sede administrativa ni en sede judicial.
- 8) La admisión sin restricción de la publicidad registral del boleto de compraventa importa el quiebre del sistema conformado por el título suficiente para adquirir el dominio y la necesidad de su inscripción a efectos de la oponibilidad de los derechos reales.
- 9) La inscripción registral de cualquier contrato privado de compraventa inmobiliaria sin base a una ley y régimen especial que justifique la necesidad de la inscripción significa burlar el régimen forzoso de los derechos reales, el sistema registral de los mismos, la seguridad jurídica sobre la que se asienta la teoría del título y modo de adquisición de los derechos reales, el principio de la garantía común de los acreedores y, en definitiva, el principio rector de la buena fe.
- 10) Como corolario, reiteramos el primer párrafo de la presentación: la forma escritura pública es impuesta, o autorregulada, para algunos actos jurídicos por ser la mejor garantía del ejercicio de derechos de jerarquía constitucional. Para suplirla en su función y efectos, se debe partir de una justificación suficientemente justa y necesaria como para que aquella garantía no sea vulnerada.

## 18. Bibliografía

- AA.VV., (conclusiones de la XXXII Jornada Notarial Argentina [San Carlos de Bariloche, 2018]).
- D'ALESSIO, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- DI TULLIO, José A. y ROITMAN, Horacio, "Boleto de compraventa y quiebra del vendedor", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, v. 2000-3 ("Boleto de compraventa").
- LORENZETTI, Ricardo L. y otros (comisión Decreto PEN 191/2011), *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Ley 24441. Modificaciones al régimen registral y al Código Civil", Córdoba, [s.e.], [s.f.]; en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artley24441modificaregimenregistral> (última consulta: 10/4/2019).
- RIVERA, Julio C., "Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 159, 1994.
- VENTURA, Gabriel B., "Firma digital y documento notarial", Córdoba, [s.e.], [s.f.]; en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/firma-digital-y-documento-notarial> (última consulta: 10/4/2019).
- "Firma digital. Análisis exegetico de la ley 25506/2001", Córdoba, [s.e.], [s.f.]; en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/firma-digital-analisis-exegetico-de-la-ley-25506-2001> (última consulta: 10/4/2019).
- VIVACQUA, Luis E., "Potestades normativas del Ejecutivo. La 'zona gris' entre los decretos autónomos y las facultades del Congreso", en Alonso Regueira, E. M. (dir.), *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, 2013.

# Estudio de títulos\*

Marcelo A. De Hoz

---

## RESUMEN

Se trata de analizar si la normativa sobre el estudio de títulos brindada por el Código Civil y Comercial ha modificado pautas y opiniones, todavía no jurisprudenciales pero sí doctrinarias, acerca de si mantenemos el concepto de la conveniencia del estudio de antecedentes o transformamos esa tarea en obligatoria.

---

## PALABRAS CLAVE

Estudio de títulos; tercero de buena fe y a título oneroso.

---

Sr. DE HOZ.— Brevemente, voy a exponer algunas ideas sobre el estudio de títulos enfocado desde la perspectiva para determinar si la unificación del Código Civil y Comercial ha modificado pautas y opiniones, todavía no jurisprudenciales pero sí doctrinarias, acerca de si mantenemos el concepto de la conveniencia del estudio de antecedentes o transformamos esa tarea en obligatoria.

Desde el punto de vista del concepto, en esta academia se han dado muchos –unos más interesantes que otros– en cuanto a estudio de títulos o antecedentes, de los cuales podemos obtener algunas pautas en común de acuerdo a la conceptualización de estudio de títulos o antecedentes. Comenzamos por el concepto de una verificación crítica cronológica, es decir, un análisis no de acumulación documental simplemente sino una opinión crítica respecto de los documentos a ser analizados. A punto tal que, hace muy poco tiempo, el Banco de la Nación Argentina, por medio de una resolución, solicitó a los escribanos de la nómina que formulen una opinión crítica en el estudio de títulos, ya que muchas veces se establece que se han visto los antecedentes pero no se vierte una opinión crítica acerca de la viabilidad del título analizado. Por supuesto, desde el punto de vista del banco, la importancia reside no tanto en la perfección del título sino en la posibilidad de su posterior ejecución hipotecaria en caso de incumplimiento. Remarcamos este concepto de que la verificación tiene que ser un análisis con opinión crítica.

\* Disertación brindada en la sesión de la Academia Nacional del Notariado llevada a cabo el 20 de marzo de 2017 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El texto que se reproduce en esta publicación constituye la transcripción taquigráfica de la disertación y, por tal motivo, se ha respetado el formato correspondiente, con mínimas correcciones de estilo y con la incorporación de referencias bibliográficas. Se han mantenido las opiniones vertidas luego de la exposición textualmente, pero no se ha indicado su autoría por suponer que podrían no constituir la opinión completa de estos académicos.

En segundo lugar, el objeto sobre el cual recae este estudio de antecedentes es siempre documental. Esto no implica que sea solo notarial sino también administrativo o judicial, ya que por esa vía también se modifican, crean o extinguen derechos reales sobre inmuebles. Muchas veces comento esto de lo documental porque hace muchos años me designaron perito para ver cómo había sido confeccionado el estudio de títulos en una transmisión inmobiliaria, y una de las preguntas realizadas a mí como perito fue si el trazo de la persona que en su momento había comprado y ahora vendía no había diferido sustancialmente (habían pasado cincuenta y siete años entre la compra y la venta). Y otra pregunta fue si el trazo de la firma en la venta denotaba una violencia psíquica que invalidara el acto.

El tercer punto que abarca el estudio de títulos, aparte de la verificación crítica y de documentos, es sobre causas contractuales y formas constitutivas, es decir, no solo la forma sino también el fondo. Este análisis es perfectamente válido. Sabemos que hay hipotecas que se han constituido judicialmente, derechos litigiosos que se ceden por instrumento privado y lo mismo para las causas contractuales.

Ahora lo vemos recrudecer con el tema del sinceramiento fiscal: es decir, nos planteamos si es necesario expresar la causa, no tanto para la validez del sinceramiento en cuanto puede darse por válido, sino también a la posterior circulación de ese título sincerado. Al margen de la disposición técnico registral del Registro de Capital Federal que se arrogó la calificación de la causa –en miras ya no al cumplimiento de los recaudos del sinceramiento o a la registración del título sino a lo que más nos importa, que es la circulación sin observaciones–,<sup>1</sup> este tema de la causa contractual está siendo debatido. Por eso, yo he visto en las últimas dos semanas algunos artículos doctrinarios que aconsejaban expresar la causa, sea la simulación ilícita del 334, sea el mandato oculto o sin representación del 1321, pero agregando a todo ese amparo fiscal e impositivo alguna causa contractual, sobre todo para evitar posteriores problemas en la circulación de ese título.

Luego vienen los plazos antecedentes: aquí tenemos esa dicotomía de que, si se hace el estudio de títulos, tenemos que ir veinte años hacia el pasado para sanear todo tipo de vicio; o a diez si consideramos que hay justo título, buena fe y posesión durante esos diez años para cumplir la usucapión breve; o si basta el análisis del título antecedente inmediato anterior, acreditando su matricidad y documentación habilitante.

Por último, el resultado, o sea, la certeza de titularidad actual y en miras al tráfico jurídico inmobiliario, la posibilidad de que ese título circule sin observaciones.

Estos son los cinco puntos coincidentes con que se define conceptualmente el estudio de títulos.

El ámbito de aplicación del estudio de títulos no es solo nuestra responsabilidad profesional con los clientes, con los terceros, con la posibilidad de su dispensa, sino esencialmente la configuración de la buena fe del tercero en los términos del 392, ex 1051, es decir, si de esos requisitos exigidos para que el tercero pueda ser protegido ante la acción reivindicatoria de ese acto nulo, se puede acreditar por otros medios su actuación de buena fe, o si el único medio, o por lo menos del cual no se puede prescindir en derechos reales que se transmiten sobre inmuebles, es el estudio de títulos. De ahí la enorme im-

1. DTR 23/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal. [N. del E.: ver [aquí](#)]

portancia que pueda llegar a tener la conclusión de la obligatoriedad, de la conveniencia o de poder prescindir de su realización, ya que no solo abarca nuestra responsabilidad sino también la configuración de este elemento para que el tercero pueda ser defendido.

La evolución doctrinaria y jurisprudencial es un tema muy apasionante en cuanto a la buena fe de terceros. He encontrado fundamentos del gran civilista, el doctor Alsina Atienza en los años 1966 y 1967, previos a la reforma de 1968, actualmente reproducidos en 2015 en la unificación de la legislación civil y comercial en cuanto, por ejemplo, con relación al caso de la adquisición *a non domino*. Él pensaba que en estos casos la posibilidad de no aplicar la defensa del tercero era clara pero que era mejor expresarlo claramente: “Esta excepción –protección del tercero de buena fe y a título oneroso– no es aplicable si el acto anulado ha sido realizado sin intervención alguna del titular del derecho”. El Código no lo dijo, que era la postura de Borda en 1968, entendiendo que era un acto inexistente, no nulo ni anulable, y luego se empezó a discutir si esa categoría de acto inexistente se mantenía o no en el Código Civil y Comercial ya con la reforma del 68, entendiendo que era una categoría discutible. Y ahora, con el párrafo que se agrega en el 392, prácticamente calcado del aconsejado por Alsina Atienza en 1967, vemos esa evolución histórica plasmada en la legislación actual.

Antes de 1968, era clara la postura del *nemo plus iuris* del 3270, hoy reproducido en el artículo 399, y del viejo artículo 1051, excepto la defensa del tercero. Es decir, era clara la postura por la que el verdadero propietario que había transmitido un inmueble por un acto nulo o anulable, por más que en esa cadena de transmisión exista un tercero con buena fe y onerosidad en su acuerdo, recuperaba la cosa. Pero si nosotros nos basábamos en los supuestos legalmente previstos de procedencia de acción reivindicatoria, no estaba expresamente contemplado el caso del tercero de buena fe a título oneroso como obligado a restituir la cosa al propietario reclamante. Y así, en el mismo cuerpo normativo donde convivía el 3270 –el viejo *nemo plus iuris*– y los términos del 1051, teníamos también los artículos 969 y 970, prácticamente reproducidos hoy, de la acción pauliana o fraudulenta, donde los límites reipersecutorios no avanzaban contra los terceros de buena fe y a título oneroso.

Tenemos también el supuesto de la evicción en la permuta, el antiguo 2130, del mismo cuerpo normativo antes del 68, donde el copermutante vencido por evicción veía frenada su acción de reclamo frente a la presencia de un tercero de buena fe a título oneroso. Teníamos también el artículo 3430, pilar de la doctrina de apariencia jurídica por la que se preveía la protección de esos terceros que habían adquirido del heredero aparente con buena fe y a título oneroso. En varias oportunidades, nuestro código anterior nos definía qué era actuar de buena fe. Así, en materia de fraude o acción pauliana, la buena fe consistía en no conocer las dificultades económicas y comerciales que tenía la persona que disponía; es decir, la ausencia de complicidad en el fraude que surgía de los artículos 969 y 970. Entonces, difícilmente, si el que compró era el socio de la empresa después quebrada, iba a poder ampararse en su buena fe.

Incluso el artículo 3430 nos da una pauta clara de buena fe para los actos de disposición del heredero aparente: los derechos del heredero no deben estar judicialmente controvertidos. Es decir, el tercero contratante con el heredero aparente puede tener la convicción de que es “el heredero” legitimado para el acto a celebrar pero que “tiene que

hacer algo” para convencerse de ello. Es la buena fe diligencia basada en la actuación para convencerse. Entonces, dentro de este marco de actuaciones para convencerse, de fundamentar esta buena fe diligencia, ¿qué rol juega el estudio de títulos o antecedentes?

A partir de épocas anteriores a 1968, encontrábamos, sobre todo por vía jurisprudencial, fallos muy interesantes en la protección de ese tercero de buena fe y a título oneroso, pero calificando en forma bastante clara qué era actuar de buena fe en determinadas circunstancias. A título simplemente ejemplificativo, me gustaría leerles algunos párrafos de fallos jurisprudencias anteriores a 1968. Un fallo de 1961 dice que entre los dos intereses individuales –A, que había transmitido por un acto nulo o anulable, y C, que había adquirido de buena fe y a título oneroso– en presencia e igualmente dignos de ser protegidos en la cosa, debe ser preferido el tercer poseedor de buena fe. El comercio jurídico se vería lesionado si en cualquier momento se privara a los titulares de buena fe de derechos adquiridos oponiéndoseles vicios acaecidos en transacciones reales anteriores, destacando a través de una multitud de artículos que no siempre es exacto que no se pueda adquirir un derecho mejor de aquel que lo tenía.<sup>2</sup>

No siempre es exacto el 3270. Fíjense ustedes ahora la nueva redacción del 3270, nuestro 399, que si bien mantiene el hecho de que nadie puede transmitir un mejor derecho del que tiene, dice “con las excepciones legalmente establecidas”; o sea, un fallo de 1961, anticipando excepciones legalmente a ser establecidas en el año 2015.

Todas estas disposiciones antes de 1968 (arts. 960, 966, 968, 970, 1865 y 1866, 2130, 3209, 3210, 3249, 3430), que no agotan la lista, ponen de manifiesto que a la par de principios como el *nemo plus iuris* existe otro de no menor jerarquía: la declaración de nulidad de un acto jurídico carece de eficacia reipersecutoria contra terceros de buena fe y a título oneroso (fallo de Colmo, de 1923).<sup>3</sup> Si se decidiera la aplicación escueta y directa del principio del artículo 3270, se estaría errando a cartas vistas. El precepto es simplemente general y rige en aquellos supuestos en que el código mismo no lo ha derogado expresamente, y el código lo deroga en largos centenares de artículos: posesión de cosa mueble, buena fe de terceros, posesión y prescripción; tan numerosas, tan categóricas, tan importantes son las derogaciones, que prácticamente el 3270 ha quedado en letra muerta.

La intención de recuperar por aquel que había transmitido en base a un acto nulo o anulable ya tenía artículos que decían lo contrario, sumado al apoyo jurisprudencial en base al derecho aparente, que también defendía a ese tercero, pero siempre calificándolo como de buena fe y a título oneroso. De acuerdo con esta posibilidad, empezó la reforma del 68 con el nuevo 1051, que no nos definió el concepto de buena fe en forma precisa sino que puso un freno a esa acción reivindicatoria, exigiendo acto nulo o anulable del acto antecedente, como primer requisito; la figura del tercero como segundo requisito; onerosidad como tercero, y buena fe como cuarto requisito.

Nuestro tema, el de estudio de títulos o antecedentes, lo estaríamos ubicando dentro del cuarto requisito, el de la buena fe. Si vemos el artículo 1051 anterior con el 392

2. SC de Buenos Aires, 19/12/1961, “Bidart Malbrán, Héctor c/ Martini, Tulio Carlos M. y otro s/ reivindicación”, acuerdo N° 3429 (*Acuerdos y Sentencias*, t. 1961-V, pp. 592 y 593. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SCBA; última consulta: 4/6/2019]; *La Ley*, t. 106, p. 299).

3. Cámaras Civiles de la Capital Federal, en pleno, 20/4/1923, “Sosa Barredo, Emma c/ Buzio, Vicente s/ reivindicación” (*Jurisprudencia Argentina*, t. X, p. 397).

actual, no hay una reforma muy importante como sí se produjo en 1968. En cuanto a las modificaciones del artículo 392 actual, agrega como objeto de protección legal las cosas muebles registrables, insiste en la figura del tercero subadquirente y, por supuesto, elimina la calificación de actos nulos o anulables, permaneciendo solo la calificación de acto nulo. Luego agrega ese último párrafo aconsejado por Alsina Atienza en el 67 respecto de que esas adquisiciones *a non domino* no son oponibles al verdadero propietario, que puede reclamarlas en manos de quien esté, no siendo aplicable esta defensa del tercero frente a estos casos de falta de autoría.

Desde el punto de vista del contenido de esta buena fe, también mucho se ha dicho en cuanto a qué significa esta buena fe de los terceros en los términos del 1051 y se ha coincidido en la idea de esa buena fe diligente, esa buena fe activa, no una buena fe dogmática ni intuitiva sino diligente y circunstanciada, el hacer para convencerse. Dentro de este hacer para convencerse y estar privando a una persona que tiene derecho a recuperar la cosa por haber sido transmitida en base a un acto nulo, tengo que ser bastante estricto en el juzgamiento de su buena fe. De ahí que han aparecido posturas que tratan de determinar qué rol juega el estudio de títulos en la configuración de esta buena fe. Y por lo menos desde el punto de vista doctrinario, poco se ha escrito en cuanto al nuevo Código Civil y Comercial; sí se ha escrito anteriormente, y esto, como les digo, no fue modificado, salvo que nosotros podamos ver en algunos de estos nuevos artículos algún atisbo de obligatoriedad del estudio de títulos.

Doctrinariamente se han expuesto distintas posturas. Una postura establece la plena obligatoriedad del estudio de títulos. Si bien se admite que no hay ningún artículo en el nuevo Código Civil y Comercial por el que se obligue al escribano a hacer el estudio de títulos, esta teoría, basándose en esa posición implícita de la obligación que surgía de los antiguos artículos 902 y 512, estableciendo esa diligencia a los efectos de la actuación, lo ven como obligatorio. No ven otro camino para consagrar la buena fe del tercero, en los términos del antiguo 1051, actual 392, más que el estudio de antecedentes. A su vez, si hacemos un análisis jurisprudencial, esta fuente jurídica tiene un claro camino marcado en determinar esta obligatoriedad del estudio de títulos a los efectos de consagrar la buena fe de los terceros.

Otra postura va a decir que si bien su realización puede ser conveniente, no es obligatoria, que el estudio de títulos es un elemento más (pero no el único), incluso que tiene cierta “jerarquía” para la configuración de esa buena fe pero que no es el “único” medio para su acreditación. Establece que no es correcto tasar la prueba de la buena fe del tercero; será el escribano el que determine qué medios emplear para otorgar un título perfecto sin necesidad de que lo obliguen normativamente a realizar el estudio de títulos. Como vamos a ver, esta postura se va a reflejar en muchos congresos y jornadas notariales a los efectos de determinar la falta de obligatoriedad del estudio de antecedentes.

Una tercera postura, basada esencialmente en la adquisición de acuerdo a constancias registrales, prescinde absolutamente del estudio de títulos como conveniente u obligatorio, entendiendo que adquirir de acuerdo con las constancias registrales es adquirir bien, y no para una simple buena fe del tercero ni consagrando el principio de fe pública registral, sino adquirir con buena fe en estos términos del 392, es decir, adquirir

de acuerdo a registro, pudiendo repeler cualquier tipo de acción de nulidad del propietario que ha enajenado en base a ese vicio.

Ahora haremos un breve análisis de los artículos de nuestro Código Civil y Comercial que se refieren al estudio de títulos o antecedentes en forma directa o tangencial. El artículo 392, que menciona la buena fe del tercero, en nada se refiere al estudio de títulos y enumera en forma simplemente genérica esta buena fe de los terceros como requisito indispensable para su defensa.

El artículo 1138, cuando habla de los gastos del vendedor y antes de nombrar al gasto de mensura, se refiere al estudio de títulos, simplemente manifestando que es un gasto a cargo del vendedor. Algunos se tomaron de este 1138, que nombra expresamente el estudio de títulos o antecedentes, para establecer su obligatoriedad. Parece muy pobre este fundamento, por el lugar donde está ubicado (gastos del vendedor), para exigir la obligatoriedad de este tipo de actividad, pero algunos consideran que hacer cargo al vendedor de ese gasto en forma obligatoria también podría trasladarse a la obligatoriedad de su realización.

El artículo 1893, que se refiere a la inoponibilidad de los derechos reales, afirma que no pueden prevalerse de la falta de publicidad aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real. Algunos ven en ese “debían conocer” el soporte legislativo para exigir la obligatoriedad del estudio de títulos porque el “deber conocer” es asimilable a la máxima diligencia, y que para la transmisión, constitución o extinción de derechos reales sobre inmuebles sería el equivalente al estudio de títulos.

El artículo 1902, referido a la prescripción corta con justo título y buena fe, también es bastante claro al establecer que en las cosas registrables la buena fe consiste en el examen previo de la documentación y las constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial. Algunos han inferido que todo aquello previsto en el régimen especial, entendido como la normativa que rige el ejercicio de nuestra profesión en cada una de las provincias, que obliga al escribano al otorgamiento de un título perfecto al que requiere sus servicios, reconoce implícitamente el deber de estudiar los títulos y antecedentes al referirse expresamente al “examen previo de la documentación” y a la “verificación pertinente”, conceptos acordes con el estudio de títulos.

El artículo 1895, si bien se refiere esencialmente a los bienes muebles registrables –recuerden que el artículo 392 agrega expresamente a las cosas muebles registrables–, dice que la buena fe no existe sin inscripción registral y que, con inscripción registral, no existe buena fe si el régimen especial prevé elementos identificatorios que no coinciden con los registralmente informados. Si bien este artículo se refiere al régimen de los automotores, corroborando que los números de chasis y de motor puedan no coincidir con los registralmente publicitados, algunos se preguntan, como el 392 incorpora a los bienes muebles registrables, ¿por qué no hacer lo mismo en materia de inmuebles y exigir esta verificación de elementos previos (que no serán el chasis y la carrocería en materia de inmuebles)?, dando lugar así a la implícita obligatoriedad de realizar el estudio de títulos para ver si esos datos que surjan de dicho estudio coincidan o no con los registralmente publicitados.

En el artículo 301, cuando se refiere a la escritura pública y menciona que el escribano tiene el deber de calificar presupuestos y elementos del acto, algunos interpretan que esta calificación previa encierra la obligatoriedad del estudio de antecedentes.

En el artículo 774, cuando se habla de las obligaciones de hacer, estableciendo que la prestación de servicio consiste en realizar cierta actividad con diligencia apropiada, buenos oficios, mejores esfuerzos, con la finalidad de un resultado concreto, independientemente de su eficacia, muchos ven en esta debida diligencia en obligaciones de hacer y de prestar servicios lo implícito de la obligación de estudiar los títulos. Se califica esta obligación como de resultado simple, no eficaz, que es lo mismo que puede ocurrir en el estudio de títulos, porque ni el mejor estudio de títulos puede descubrir una sustitución de personas. Pero el estudio de títulos lleva a un resultado simple, no eficaz, ya que puede no tener eficacia por este otro vicio imposible de descubrir. Por eso es que se cumple con estos buenos oficios, con este máximo esfuerzo del 774, estudiando los respectivos títulos y antecedentes.

Luego tenemos la serie de los artículos 1721, 1724 y 1725, que reemplazan a los artículos 512, 902 y 1109, sobre factores subjetivos de evaluación de conducta, donde se habla de la culpa como la omisión de la debida diligencia, de acuerdo a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, de que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia, mayor la diligencia exigible, del valor de la confianza especial y previsión de las consecuencias. Así, del análisis de este nuevo articulado algunos ven un mayor fundamento para considerar que la obligación del estudio de títulos es ahora claramente implícita.

Desde el punto de vista de jornadas y congresos notariales que pueden ser tenidas en cuenta como doctrina vigente a favor de una u otra postura, me permití recabar algunas de sus conclusiones.

En la *Convención Notarial porteña de 1969*, apenas reformado el Código, se dijo:

... para que el tercero pueda demostrar su diligencia, como requisito justificante de su buena fe, el estudio de títulos tiene, después de la reforma del art. 1051, mayor trascendencia que antes de ella. También parece conveniente que el adquirente quede documentado en cuanto a la realización de dicho estudio y su resultado. Las normas de fondo y la mayoría de las leyes notariales argentinas no imponen a los notarios la obligación de estudiar el título. Empero, la modificación del art. 1051 aconsejaría considerar ahora tácita dicha obligación para que el adquirente pueda probar su buena fe.<sup>4</sup>

Fíjense ustedes, que esta afirmación podría tener vigencia actual con la cantidad de artículos recién expuestos, de los que se pueda inferir ahora la obligatoriedad del estudio de títulos.

*Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 1977)*. Esta conclusión marcó luego una suerte de lineamiento en otras jornadas, tanto nacionales como bonaerenses, al establecer que

4. Conclusiones de la I Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (Buenos Aires, 1969): comisión N° 1 "La buena fe en los adquirentes de inmuebles a título oneroso. Sistema del Código Civil. Caracterización de la buena fe. Equiparación de la nulidad y la anulación frente a terceros. Consecuencias" > ptos. VIII y IX. [N. del E.: ver completas en *Revista del Notariado*, N° 706, 1969, pp. 979-991].

... en el camino de la seguridad jurídica, de la que el notario es digno exponente, el estudio de títulos juega un rol esencial [...] no obstante ello, se considera que el estudio de títulos no debe ser obligatorio [...] por cuanto la apreciación acerca de la bondad del título no puede basarse en una prueba tasada sino en el sistema de las libres convicciones tradicionalmente aplicado por el cuerpo notarial argentino, en un país que se caracteriza por su excelente titulación.<sup>5</sup>

*Jornada Nacional de 1980 (Salta): Despacho de mayoría:*

El estudio de títulos no puede considerarse un elemento determinante para tipificar la buena fe que el artículo 1501 del Código Civil requiere del adquirente. Este deposita su confianza en el asesoramiento y opus del notario.<sup>6</sup>

*Despacho de minoría:*

No escapan al criterio de esta comisión las dificultades materiales que traen aparejados los estudios de títulos frente a: los documentos jurisdiccionales y las grandes distancias de los centros administrativos en algunas provincias. En consecuencia, para facilitar a los notarios el cumplimiento del deber funcional de estudiar los antecedentes de dominio, es recomendable que los Colegios de Escribanos organicen oficinas o departamentos encargados de efectuar las recopilaciones [...]. **Renunciar a este deber funcional, el cual constituye uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el notariado de tipo latino, significa [...] desnaturalizarlo y abrir las puertas a la inseguridad jurídica, llevando a la irremediable y lógica aparición del seguro de títulos.**<sup>7</sup>

Entiendo que en la actual redacción sobre la obligatoriedad en los seguros de caución de la prehorizontalidad se empezaría a ver este caso.

*Jornada de Córdoba (2001):*

Ratificando lo declarado en la XVIII Jornada Notarial Argentina, se expresa que el estudio de títulos no es un elemento determinante de la buena fe que exige el art. 1051 del Código Civil, pues el actuar diligente es cumplido por el notario con la calificación y control de legalidad del último título que legitima al transmitente, el que, a su vez, se funda en los antecedentes.<sup>8</sup>

*Jornada Notarial Bonaerense de San Nicolás (2005):*

La diligencia del estudio de títulos no es un deber funcional del notario ni hace a la buena fe del adquirente. No obstante, para fortalecer la seguridad jurídica, se recomienda verificar

5. Conclusiones de la XXI Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 1977): tema V “Estudio de títulos. Su importancia en el momento actual”. [N. del E.: ver completas [aquí](#); fuente: CEPBA; última consulta: 3/6/2019].

6. Conclusiones de la XVIII Jornada Notarial Argentina (Salta, 1980): tema II “Estudio de títulos. Cláusula de títulos perfectos. Buena fe y diligencia del adquirente a título oneroso. Responsabilidad” > despacho 1 (mayoría) > pto. II. [N. del E.: ver completas [aquí](#) {pp. 179-197}; fuente: CFNA; última consulta: 3/6/2019].

7. Conclusiones de la XVIII Jornada Notarial Argentina (Salta, 1980): tema II “Estudio de títulos. Cláusula de títulos perfectos. Buena fe y diligencia del adquirente a título oneroso. Responsabilidad” > despacho 2 (minoría) > pto. 7. [N. del E.: ver completas [aquí](#) {pp. 179-197}; fuente: CFNA; última consulta: 3/6/2019].

8. Conclusiones de la XXVI Jornada Notarial Argentina (Córdoba, 2002): tema 1 “Nulidades instrumentales. Su tratamiento a la luz del acto jurídico. Medios de subsanación” > despacho N° 10. [N. del E.: ver completas [aquí](#) {pp. 283-291}; fuente: CFNA; última consulta: 3/6/2019].

la matricidad de la documentación habilitante y del título antecedente, base del documento a otorgar.<sup>9</sup>

*Mar del Plata (noviembre 2015)*, con la vigencia de nuestro actual Código Civil y Comercial:

... si bien no [se] impone la obligación de realizar referencia de antecedentes para todo acto de transmisión de cosas registrables [...] siendo en consecuencia dispensable, le atribuye a esta diligencia una expresa consecuencia legal y de prueba tasada para poder cumplir los requisitos de la adquisición de dominio por prescripción breve. Es un elemento coadyuvante de la buena fe del adquirente de derechos reales de cosas registrables a los fines de su adquisición legal. Debe ser especialmente considerado en el asesoramiento notarial y documentación sobre tal dispensa [...]. El estudio de títulos o relación de antecedentes tiene en el nuevo cuerpo normativo dos referencias incidentales expresas (arts. 1138 y 1902 CCyC). Como en el sistema derogado, se trata de una operación de ejercicio, con los mismos fundamentos y alcances, con el cumplimiento de los actos de verificación pertinente, establecidos en el régimen especial del ejercicio profesional, que corresponde a legislaciones provinciales. Ratificando lo resuelto en la XXXV Jornada Notarial Bonaerense celebrada en Tandil en 2007, se propicia una futura modificación de ley que incluya como operación de ejercicio la necesidad de verificar solo la matricidad del último antecedente y poderes invocados.<sup>10</sup>

Por último, si bien nosotros siempre hablamos de acto nulo como acto antecedente para la aplicación del 392 y defensa del tercero, debemos tener claro que, en base al actual texto de dicho artículo (último párrafo), ante los supuestos de falta de autoría o adquisición *a non domino*, el tercero no debe ser protegido, pudiendo recuperar la cosa el propietario no participante del acto, reivindicando sin oposición alguna. Y, ante determinados casos de dominios revocables o dominios fiduciarios, muchas veces la protección del tercero la vamos a encontrar no en la sumatoria de los cuatro requisitos exigidos por el 392 (acto nulo, tercero, onerosidad y buena fe) sino directamente por un artículo legal específico como puede darse en el caso del dominio fiduciario del artículo 1707, que específicamente establece la irretroactividad de la revocación fiduciaria que no puede afectar los derechos de los terceros de buena fe y a título oneroso.

Sr. Presidente (BENSEÑOR).— Felicítamos a nuestro colega Marcelo de Hoz por su exposición clara y con profusa cantidad de citas legales. Invito a los miembros a formular sus preguntas y comentarios.

ESCRIBANA -Nº 1.— También es importante el artículo 1919, que en su inciso a) presume la mala fe cuando el título es de nulidad manifiesta.

Sr. DE HOZ.— Es correcto. Lo omití.

Sr. Presidente (BENSEÑOR).— Tomamos nota.

ESCRIBANA -Nº 2.— Hay muy poco para agregar a la maravillosa exposición de Marcelo de Hoz. Me trae innumerables recuerdos sobre los trabajos realizados sobre este

9. Conclusiones de la XXXIV Jornada Notarial Bonaerense (San Nicolás, 2005): tema III “Función notarial. Naturaleza jurídica. Distintas tesis” > *De lege ferenda* > pto. 5. [N. del E.: ver completas [aquí](#); fuente: CEPBA; última consulta: 3/6/2019].

10. Conclusiones de la XXXIX Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015): tema 1 “Normas generales” > “Prescripción” > pto. 7. [N. del E.: ver completas [aquí](#); fuente: CEPBA; última consulta: 3/6/2019].

tema, particularmente en la Jornada de Salta. En realidad, se trataba de procurar la derogación del artículo 152 de la Ley 9020 de la Provincia de Buenos Aires, y por eso hubo dos posturas. Una primera era la de quienes pensábamos que de ninguna manera podía ser obligatorio el estudio de títulos, sin perjuicio de la enorme responsabilidad que tiene el funcionario –sigo pensando lo mismo– en materia de diligencia. La obligatoriedad significaría que si el título fue otorgado en Tailandia, tendría que ir allí a ver cómo fue hecho. Veíamos no solo la imposibilidad de la postura de la minoría sino que resultaba absurdo que como consecuencia de la obligatoriedad hubiera una sanción disciplinaria, que sería lo lógico si el escribano no hiciera el estudio de títulos. Ese fue el principal motivo de estas ponencias. Recuerdo también que Marcelo Falbo estaba empeñado en la derogación, pues le comprendían las generales de la ley. Al ser yo de otra jurisdicción, no era tan obligatorio para mí.

De cualquier manera, sigo creyendo que es responsabilidad del escribano. Tampoco se sabe qué es exactamente lo que se quiere decir con “estudio de títulos”. Hay posturas doctrinarias, pero no hay definiciones legales. Se trata de poner la mayor diligencia, y creo que esta es la idea que se va delineando y que el Código actual no desmiente en absoluto; al contrario, creo que carga la responsabilidad en todos los profesionales, y en ese sentido nos caben las generales de la ley.

Disiento solamente en una cuestión: en cuanto a que la apertura al seguro de títulos sea el seguro de caución de la prehorizontalidad, pero es mi opinión personal. Creo que es una suerte de protección al tercero pero en cuestiones inherentes a la falta de registración de los boletos frente a los derechos personales y a la innumerable cantidad de situaciones que se pueden presentar, dentro de las cuales está comprendido el hecho de que el vendedor no pueda terminar el edificio.

Dejo abierta la cuestión y te felicito, Marcelo, porque seguís maravillándome y me complace enormemente escucharte.

Sr. DE HOZ.— Muchas gracias.

Sr. Presidente (BENSEÑOR).— Marcelo: cada vez que los tratadistas de derecho notarial hablan del estudio de títulos, en una primera parte desarrollan todo el concepto genérico que magistralmente nos explicaste. En una segunda parte más especial se refieren a los casos concretos, a ese catálogo de cosas observables. No te quiero fatigar, pero ¿podés marcar alguna diferencia notable entre el Código velezano y el nuevo Código Civil y Comercial? Por ejemplo, la dación en pago dejó de ser observable.

Sr. DE HOZ.— Realmente no, ninguno.

ESCRIBANO-Nº 3.— Tratando de iniciar una charla al respecto, quisiera abordar lo que introduce el 1902, a diferencia de lo que preveían antes el 3999 y el 4006, al menos en una de las posturas doctrinarias que se inició en un dictamen en la Comisión de Consultas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en momentos en que la presidía Horacio Pelosi. Cuando este se incorpora a la Academia, habla sobre este tema en concreto: cómo justo título y buena fe traían solución a una cantidad de negocios donde en el antecedente había falta de legitimación; se había excedido el poder, se había hecho una donación cuando el poder, de acuerdo al código anterior, no tenía facultades específicas con relación al inmueble para hacer la donación, o se había hecho en base a un poder que no tenía facultades para vender. En aquel momento, Horacio Pelosi entendió

que, de acuerdo al juego armónico del 3999 y 4006, se referían específicamente a la buena fe del poseedor y no a la buena fe que de alguna manera podía entenderse que requería el 1051. Se había entendido que la buena fe del 1051 era de un contenido distinto a la buena fe que requería el 4006. Coadyuvaba a esta postura el hecho de que la prescripción necesitaba el requisito de la posesión de diez años, a diferencia del 1051, que operaba como una suerte de saneamiento automático. Por eso es que se había llegado a la conclusión, que muchos habíamos seguido, en el sentido de que la buena fe definida especialmente en el 4006 con relación al justo título y buena fe del 3999 no requería del estudio de títulos, sino que era una buena fe que debía calificarse de un modo mucho más suave, comprendiendo el contenido de acompañar a una posesión pacífica de más de diez años.

Creo que de acuerdo con la redacción actual del 1902, ha variado sustancialmente en tanto este artículo requiere específicamente el estudio de los antecedentes. Ahí es donde podemos encontrar una diferencia importante con relación a lo que al menos era la doctrina que en los últimos años había prevalecido en cuanto a cómo debía calificarse la buena fe necesaria para prescribir por el 3999, la prescripción corta con justo título, y lo hoy previsto en el 1902, donde se toma la postura más restrictiva, que es la que requería el estudio de títulos también para la buena fe requerida para la prescripción corta.

No sé si coincidís.

Sr. DE HOZ. — Sí, totalmente. Esa es una de las contradicciones, porque muchos consideraban que cuando tenés el transcurso del tiempo tenés que ser mucho menos exigente porque ya el transcurso era saneatorio a esos efectos. Entonces se sorprendieron al ver “previo análisis de documentación” en el justo título y en la buena fe que califica la prescripción breve.

ESCRIBANA -N° 4. — Vinculado con este tema, la realidad es que yo recuerdo perfectamente el momento inicial, que después se dio con la incorporación a la Academia, porque nos llegó a nosotros como consulta para que elaboráramos un dictamen, porque el caso específico era la formalización de una escritura de donación con un poder general. Allí discutimos profundamente en virtud de que algunos de nosotros pensábamos que no le podíamos aplicar esta solución de saneamiento de justo título y diez años porque entendíamos que debía ser una buena fe diligencia y no buena fe creencia, al igual que un sector bastante importante de la doctrina.

La realidad es que el Código se ha inclinado por aceptar esta postura. Partió del notariado la idea de que el saneamiento se daba en estos casos con la aplicación del 3999 por considerar que la buena fe allí planteada era buena fe creencia y no buena fe diligencia. De hecho, jurisprudencialmente, lamentablemente nos han fallado en contra porque incluso hay un fallo donde Bueres, que es el que tradicionalmente más se ha opuesto a ese criterio, expresó diciendo “señor, si usted no eligió un escribano que realizó el análisis de los antecedentes como corresponde, no puede invocar buena fe por más que haya transcurrido el plazo de diez años”. Con lo cual, nos guste o no, el Código Civil y Comercial se ha inclinado, como en muchas otras cosas, por un criterio mucho más restrictivo.

Y también me parece que es un tema que no hemos debatido y que merece un análisis muy profundo: el Código Civil y Comercial ha modificado el tema de la clasificación de los actos, nulidades, anulabilidades y demás. A mi juicio, aparentemente lo ha reducido a dos categorías: la nulidad y la inoponibilidad. Y me parece que el tema de haber consagrado en forma expresa la imposibilidad de oponerle al *vero domino* cual-

quier adquisición, por más onerosidad o pretendida buena fe que se invoque, de alguna manera, aunque no se diga, ha llevado a incorporar la teoría de la inexistencia en el Código Civil y Comercial, que no es menor por los efectos que tiene y por la enorme cantidad de adhesiones doctrinarias que en este momento tiene. Con lo cual le pediría al presidente de la Academia que más adelante nos aboquemos el estudio bien profundo de las nulidades y la inoponibilidad, e incluso el tema de la inexistencia, porque no es un tema menor, sobre todo vinculado con la responsabilidad del escribano.

Sr. Presidente (BENSEÑOR). — Tomamos nota para un próximo tema académico, que, desde ya, invito a quienes estén interesados a desarrollarlo. Podría ser “Nulidad, inoponibilidad e inexistencia en el Código Civil y Comercial”.

ESCRIBANO-Nº 5. — Me preocupa realmente que una magistrada exija que el estudio de títulos comprenda también el análisis de la letra. Creo que hay que desecharlo. Todavía conservo algunos recuerdos de mi exprofesión de calígrafo, que dejé de ejercer hace más de cincuenta años. En nuestras pericias caligráficas jamás podíamos exponerle al juez el análisis de la personalidad del individuo, inclusive cuando estuviera desarrollando el cuerpo de escritura en el propio juzgado. Así que creo que nunca el estudio de títulos puede implicar tener que realizar un cotejo de las firmas cuando existe tanta diferencia de tiempo, cuando uno de los principios esenciales en el cotejo en las pericias caligráficas es precisamente hacerlo con firma y escritura coetánea. Menos aún tener que hacer un análisis en relación al tiempo.

Sr. Presidente (BENSEÑOR). — ¿Qué decir entonces del juez que decretó el procesamiento de un escribano referencista por cuanto se había comprobado que en el título antecedente había una sustitución de personas? Yo fui testigo en un juicio oral a un colega y la fiscalía, por las preguntas que me hacía, desconocía el principio de la inmediatez del acto. El fiscal sostenía que antes de anular la escritura por incomparecencia de una de las partes, el escribano debía mandar una carta documento intimando a que concurra. Le expliqué que el acta es consecuencia inmediata y coetánea del hecho de la inconcurrencia, y luego se juzgará si fue justificada o no. El fallo condenó al escribano a cuatro años con un solo voto de disidencia, basado en mi testimonio. Se apeló a la Cámara de Casación y, afortunadamente para el colega, la secretaria había ejercido el notariado muchos años, por lo que comprendió el tema y se pudo revocar la sentencia. No obstante, el disgusto de diez años de proceso le costó la vida a este hombre.

ESCRIBANO-Nº 6. — Yo le preguntaría al magistrado Bueres, con quien propuse un debate sobre este tema en la Academia, que no se hizo porque integraba el Tribunal de Superintendencia, si como él dice que el estudio de títulos es una obligación legal, implícita y de resultado, cuando él ordenaba la ejecución de un inmueble mandaba hacer el estudio de títulos. Porque no creo que crea que el título del remate es un título original sino que el señor que adquiere lo hace como sucesor del ejecutado. Por otro lado, cuando el secretario judicial recibe un oficio, ¿lo va a cotejar? Como nadie ha escrito sobre este tema a la luz del nuevo Código, yo lo voy a hacer.

Por otra parte, parto de la base de que las normas jurídicas prevén casos posibles, no casos imposibles. El 3430 es prácticamente reproducido por el 2315, que dice:

*Actos del heredero aparente.* Son válidos los actos de administración del heredero aparente realizados hasta la notificación de la demanda de petición de herencia, excepto que haya habido mala fe suya y del tercero con quien contrató. Son también válidos los actos de

disposición a título oneroso en favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos. El heredero aparente de buena fe debe restituir al heredero el precio recibido; el de mala fe debe indemnizar todo perjuicio que le haya causado.

Esa es la definición de buena fe creencia: que ignorasen la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos.

Yo sostuve que el artículo 3430 era paralelo al 1051 porque si bien estaba restringido al ámbito sucesorio, iluminaba al 1051, que no tenía previsto qué pasaba en caso que la persona interpuesta, el verdadero heredero, tuviera mala fe. Entonces, si lo que las normas prevén son cosas que se pueden dar en la realidad, me baso en lo siguiente: si yo tengo la obligación de hacer el estudio de títulos, tengo que empezar por el último título, que es el sucesorio. ¿Cómo puedo yo, si tengo que hacer el estudio de títulos, ignorar que los derechos del heredero aparente están judicialmente controvertidos si voy a llegar fatalmente a conocerlo? No hay manera de considerar que esta parte de la norma es operable si no se concluye en que el estudio de títulos no es obligatorio. Y esto no ha sido modificado.

Entonces, hago reserva de ampliar, porque hay muchos argumentos. Si uno tiene que ir a hacer un estudio de títulos al triángulo sunita o a Mosul, una cosa es ir a Punta del Este a hacer un estudio de títulos, pero si es una obligación, tendría que ser para todos los casos. Jorge Horacio Alterini sostuvo que incluso no era una costumbre con la categoría de obligatoriedad, no se daban los requisitos, y en tu disertación de incorporación diste la primicia de que él decía que bastaba el último título.

Sr. DE HOZ.— No sé si Jorge Alterini.

ESCRIBANA-Nº 2.— Atilio también escribió sobre el tema.

ESCRIBANA-Nº 1.— Ni Jorge ni Atilio dicen eso.

ESCRIBANO-Nº 7.— Los dos intervinieron en la Jornada Notarial Argentina de Salta y expusieron acerca de la necesidad de la obligatoriedad, dejando, entre comillas, la obligatoriedad.

Quiero hacer una aclaración. Con respecto a la verificación del último acto, cuando integramos la comisión redactora de la Ley 8585 con Francisco Cerávolo y Carlos Pelosi, pusimos que era obligatoria la verificación de la matricidad del último acto. En ese momento había una creencia de que con esto se iba a mejorar, pero no bastó; luego el Código, con todas las reformas que se hicieron y sobre todo el último, así lo determina. Ese fue el origen.

En un juzgado en lo civil de la Capital Federal, el juez, al tener que resolver sobre un tracto abreviado, observó de oficio los títulos antecedentes porque había visto que el titular era casado en primeras nupcias pero la cónyuge no intervenía en la cuestión. El doctor Marcelo Valle planteó la incompetencia del juez para realizar el estudio de títulos, pues debió haber acudido a un escribano para que lo hiciera. No sé cuál será el resultado porque todavía está a despacho.

Sr. Presidente (BENSEÑOR).— Damos por concluido el debate, reiterando las felicitaciones al consejero Marcelo de Hoz.

# Posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes en el Código Civil y Comercial

- A) Por declaración en el acta de matrimonio
- B) Por convención matrimonial previa o posterior al matrimonio

Natalio P. Etchegaray

## RESUMEN

El Código Civil y Comercial, al introducir en nuestro derecho la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes, les permite a los cónyuges que opten por este contratar libremente entre ellos, administrar y disponer de los bienes que cada uno adquiera a partir de esa decisión, con la única excepción del inmueble donde estuviera radicada la vivienda familiar o que se tratara de un inmueble afectado al régimen de vivienda. Los futuros cónyuges pueden formular su opción por el régimen de división de bienes mediante una simple declaración efectuada en el acto del matrimonio o por previa escritura pública de convención matrimonial. Después de un año de haber contraído matrimonio, los cónyuges pueden modificar el régimen de bienes conyugales, pero en ese caso solo podrán realizarlo por escritura pública de convención matrimonial, la que deberá registrarse al margen de la partida de matrimonio. Si al celebrarse el matrimonio no se optare por el régimen de separación de bienes, se aplicará de pleno derecho el régimen de comunidad de gananciales.

## PALARAS CLAVE

Convención matrimonial, régimen de división de bienes matrimoniales, registración, donaciones entre futuros cónyuges, contratación entre cónyuges, vivienda familiar, poderes entre cónyuges.

## Fechas de recepción y aceptación

18/8/2018 - 19/9/2018

**Sumario:** 1. Dos nuevas figuras: la convención matrimonial y el régimen de separación de bienes. 2. Momentos y formas en las que puede expresarse la opción por el régimen matrimonial de separación de bienes y su registración. 3. Otorgamiento y contenido de la convención matrimonial. 4. Consecuencias jurídicas del régimen de división de bienes. 5. Régimen de las donaciones por razón del matrimonio. 6. La opción por el régimen de división de bienes matrimoniales no implica necesariamente la partición de los bienes de la comunidad ganancial. 7. Conclusiones.

## 1. Dos nuevas figuras: la convención matrimonial y el régimen de separación de bienes

Entre las novedades legislativas que trajo el [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”) a partir de su vigencia el 1 de agosto de 2015, se destaca la creación, en el libro segundo “Relaciones de familia”, título II “Régimen patrimonial del matrimonio”, de las figuras jurídicas de la **convención matrimonial** (capítulo 1 “Disposiciones generales”, sección 1ª “Convenciones matrimoniales”, arts. 448-450) y del **régimen de separación de bienes** (capítulo 3 “Régimen de separación de bienes”, arts. 505-508).

## 2. Momentos y formas en las que puede expresarse la opción por el régimen matrimonial de separación de bienes y su registración

Los momentos y las formas en los que pueden los cónyuges expresar su decisión de optar por el régimen de separación de bienes han sido aplicados con diferentes criterios interpretativos por las autoridades de los Registros Civiles de la Ciudad de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires. En la primera, se autoriza a formular la opción directamente en el acta de matrimonio o por previa convención matrimonial por escritura pública. En la Provincia, se admite exclusivamente esta segunda forma.

Parece oportuno aclarar esta situación frente al artículo 420 CCCN, que, al detallar los contenidos del acta de matrimonio, exige que consten declaraciones de los cónyuges sobre dos temas, que separa nítidamente: 1) en el inciso i), pide la declaración de los cónyuges sobre si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso de haberse celebrado, la fecha y el registro notarial en el que se otorgó; 2) en el inciso j), pide la declaración de los cónyuges sobre si se ha optado por el régimen de separación de bienes. No queda entonces duda de que el régimen de separación de bienes y las convenciones matrimoniales constituyen dos figuras que, aunque complementarias, son independientes.

El CCCN establece que cuando los otorgantes ya han contraído matrimonio y deseen optar por el régimen de separación de bienes, esa opción se otorgue únicamente en escritura pública por vía de convención matrimonial y se inscriba marginalmente en el acta de matrimonio (art. 449). Y también expresa que los futuros cónyuges tienen la posibilidad de elegir entre efectuarla previamente al matrimonio mediante convención matrimonial por escritura pública (arts. 448 y 420 inc. i) o, a su elección, directamente en el acto de celebración del matrimonio, dejándose constancia en el acta respectiva (art. 420 inc. j).

¿Qué diferencia de calidad, en cuanto a autenticidad documental, puede tener la opción sobre el régimen de bienes en el matrimonio que se formule ante notario en una convención matrimonial previa, con la que se efectúa ante el oficial público a cargo de la oficina del Registro Civil? Me atrevo a contestar que no la hay. En ambas, ya fuera ante un escribano o un funcionario público, se extiende un instrumento público con los requisitos que establecen las leyes. Puedo concluir entonces que la opción por el régimen de separación de bienes se puede expresar:

- a) Antes de contraer matrimonio: **por convención matrimonial en escritura pública**, que debe hacerse constar en el acta de matrimonio (arts. 448 y 420 inc. i).

- b) En el acto del matrimonio: **con constancia en el acta respectiva** (art. 420 inc. j).
- c) Con posterioridad al matrimonio pero no antes de transcurrido un año de su celebración: **por convención matrimonial en escritura pública**, que debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio (art. 449).

De acuerdo con el primer párrafo del artículo 7 CCCN, “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. Esta posibilidad la tienen también los cónyuges que hubieran contraído matrimonio antes del 1 de agosto de 2015.

### 3. Otorgamiento y contenido de la convención matrimonial

El otorgamiento de la convención matrimonial se basa en un sistema muy ágil, simple y económico, de gran descentralización burocrática y paralela centralización administrativa: basta que los futuros cónyuges o los que ya lo fueran con más de un año de matrimonio concurren ante un notario y este redacte en escritura pública su declaración conjunta sobre alguno de los cuatro puntos que, según el artículo 446 CCCN, pueden ser objeto de la convención:

- a) **Designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio** o de los que posee si la convención se otorgase por un matrimonio ya constituido, se tratare de bienes propios o gananciales.
- b) **Enunciación de las deudas** que cada cónyuge tuviere a la fecha del matrimonio.
- c) **Detalle de las donaciones que se hagan entre ellos.**  
Este apartado se aplica solo a las convenciones entre futuros esposos, ya que, a quienes otorguen una convención matrimonial luego de transcurrido un año del matrimonio, el solo hecho de efectuar la opción por el régimen de separación de bienes les otorga la posibilidad de realizar entre ellos el contrato de donación (art. 1002 CCCN).
- d) **La opción que hagan los cónyuges por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en el Código** (el régimen de separación de bienes o el de comunidad de gananciales).

Se debe tener presente entonces que el texto de la convención matrimonial solamente puede tratar sobre las materias referidas en alguno o algunos de los cuatro incisos o a todos ellos, pero no se la podrá hacer sobre cualquier otro tema de interés conyugal. En caso de omitirse la opción sobre el régimen patrimonial, obligatoriamente el matrimonio se regirá, o continuará rigiéndose en su caso, por el sistema de comunidad de gananciales.

### 4. Consecuencias jurídicas del régimen de división de bienes

4.1. Constituye, en principio, un “divorcio” patrimonial “exprés”. Puede decirse que, en principio, la adopción del régimen de división de bienes equivale para los cónyuges a un “divorcio” patrimonial “exprés”, ya que solamente conservan para el futuro el víncu-

lo matrimonial y su recíproco derecho sucesorio. Se forma una nueva masa de bienes conyugales: los personales, que pueden ser administrados y dispuestos libremente por el cónyuge que los adquiriera.

El artículo 505 CCCN considera personales a los bienes que adquirieran cada uno de los cónyuges o en condominio entre ambos luego de convenida la opción por el régimen de separación de bienes. Esta denominación también se utiliza para calificar a los bienes que se adjudica cada cónyuge en la partición de la comunidad de gananciales. Estos bienes personales y los propios serán **los únicos que cada uno de los cónyuges podrá administrar y disponer libremente** sin necesidad de asentimiento o conformidad alguna del otro, excepto que el inmueble fuera la sede de la vivienda familiar o se hubiera afectado al régimen de vivienda, antiguo bien de familia (arts. 456 y 250 CCCN).

**4.2. Sin embargo, se le aplican las disposiciones restrictivas que son comunes a todos los regímenes matrimoniales.** A estos bienes, al igual que a los que conserven en comunidad los cónyuges divorciados, se les aplican las disposiciones contenidas en los artículos 454 a 462 del CCCN, que el propio Código titula como “disposiciones comunes a todos los regímenes” y que son inderogables por convención de los cónyuges tanto anterior como posterior al matrimonio, salvo expresa disposición legal en contrario (art. 454).

**4.3. Deber de contribución.** Estos bienes responden, en proporción a los recursos de cada cónyuge, por las deudas surgidas de su propio sostenimiento, así como el del hogar y de los hijos comunes; y esa responsabilidad se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad o con capacidad restringida de ambos cónyuges o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge incumplidor puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, computándose asimismo el trabajo de un cónyuge en el hogar como contribución a la comunidad de gananciales (art. 455 CCCN).

**4.4. Como en el régimen de comunidad de gananciales, se requiere el asentimiento del otro cónyuge para disponer de la vivienda familiar, sus muebles indispensables y el traslado de estos.** La opción por el régimen de separación de bienes no alcanza a derogar la aplicación de los límites impuestos por el artículo 456 CCCN:

*Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella.*

El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. Respecto de las **cosas muebles no registrables cuya tenencia ejerce individualmente cada uno de los cónyuges**, puede este celebrar válidamente con terceros de buena fe actos de administración y disposición onerosa, excepto que se trate de objetos destinados al uso personal del otro cónyuge o al ejercicio de su trabajo o profesión, o de los citados muebles indispensables del hogar (art. 462). En estos casos se reitera la posibilidad para el otro cónyuge de de-

mandar la nulidad en las mismas circunstancias y plazos indicados en el artículo 456 CCCN.

Como consecuencia del principio esencial, primario y general de protección de la vivienda familiar que trae el Código, queda claro que, aunque se hubiera optado por el régimen de separación de bienes, el inmueble donde está asentada la vivienda familiar no podrá ejecutarse por deudas contraídas después de celebrado el matrimonio, excepto que lo haya sido por deudas contraídas por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro (art. 456, último párrafo). Esta disposición establece una suerte de afectación de hecho al régimen de vivienda –antes, bien de familia– sin necesidad de afectación expresa previa, que solo pierde virtualidad por decisión conjunta de ambos cónyuges o asentimiento del no titular a la decisión del titular.

Este principio de protección de la vivienda familiar es el que fundamenta la invalidez legal del poder conferido por un cónyuge no titular a su cónyuge titular para que en su nombre dé el asentimiento para la disposición del inmueble donde se asienta la vivienda familiar (art. 459 CCCN). Empero, si en el poder se explicitan los elementos constitutivos del negocio autorizado, este se convierte en asentimiento por imperio del artículo 384 CCCN, al reunir los elementos requeridos por el artículo 457. Excepto este caso de la vivienda familiar, los cónyuges pueden otorgar, el uno al otro, poder para darse el asentimiento en todo tipo de bienes, tanto propios como gananciales.

4.5. La opción por el régimen de separación de bienes les **permite a los cónyuges contratar entre sí al no aplicarse en ese caso la prohibición legal**. El nuevo Código cambió el régimen de contratación entre cónyuges que establecía el anterior Código Civil. Este enumeraba cada uno de los contratos prohibidos entre cónyuges (p. ej., compraventa, permuta, cesión, donación) y, ahora, el CCCN establece la prohibición total de contratar (art. 1002 inc. d.), con la única excepción del contrato de mandato, ya que autoriza el otorgamiento de poderes entre cónyuges para el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial les atribuye, excepto para darse a sí mismos el asentimiento en los casos de disposición del inmueble donde se asienta la vivienda familiar (art. 456 CCCN).

La prohibición legal de contratar queda sin efecto para los cónyuges que opten por el régimen de separación de bienes, otorgándoles una dinámica contractual inédita en nuestro derecho, que permite dejar de lado toda una batería de eufemismos legales que se utilizaban comúnmente para eludir los contratos prohibidos. La Ley 26994, portadora del nuevo Código, también reformó varios artículos de la Ley General de Sociedades 19550, entre los cuales amplió la posibilidad para los cónyuges de integrar todo tipo de sociedades, incluso las reguladas en la sección IV (art. 27 Ley 19550), es decir, las que no se constituyan con sujeción a los tipos que determina el capítulo II o que omitan requisitos esenciales o incumplan formalidades exigidas por la ley.

## 5. Régimen de las donaciones por razón del matrimonio

Como se señaló anteriormente, la convención matrimonial es la forma documental por la que los futuros cónyuges pueden hacerse donaciones entre sí (art. 446 inc. c CCCN). Esas donaciones solo producirán sus efectos si el matrimonio se celebra o si no es anulado en el futuro (art. 448). Una vez celebrado el matrimonio, estas donaciones se rigen por las disposiciones generales del contrato de donación (arts. 1542-1573).

El artículo 453 CCCN establece que la oferta de donación hecha por terceras personas a uno o a ambos de los futuros cónyuges queda sin efecto si el matrimonio no se contrae en el plazo de un año y que la sola celebración del matrimonio ocasiona su tácita aceptación si en el ínterin no se la hubiera revocado. Interpretando este artículo 453 se puede afirmar que aquel plazo resolutorio de un año no se aplica a las donaciones hechas entre sí por futuros cónyuges si transcurriera más de un año entre la firma de la convención y la posterior celebración del matrimonio.

## 6. La opción por el régimen de división de bienes matrimoniales no implica necesariamente la partición de los bienes de la comunidad ganancial

Uno de los inconvenientes que se planteó al inicio de la vigencia del régimen de división de bienes fue la importancia del costo económico que ocasionaría la inmediata partición y consecuente adjudicación de los bienes que eventualmente integraran la comunidad ganancial. Pronto, esa preocupación se disipó al confirmarse que, al igual que con respecto a la comunidad de gananciales de un matrimonio que se divorcia, la partición queda supeditada solamente a la voluntad de los esposos en realizarla, ya que pueden coexistir perfectamente sin liquidarse distintas comunidades gananciales de un primer, segundo o tercer matrimonio hasta que los excónyuges integrantes de cada una de esas comunidades decidan partirlas y adjudicarse los bienes que las integran, como de hecho se observa en la práctica diaria. En consecuencia, y con obvia menor posibilidad de conflicto de intereses, los cónyuges pueden mantener de tácito y común acuerdo la comunidad de bienes gananciales existente, sin perjuicio de haber optado, para el futuro, por el régimen de división de bienes mediante escritura pública de convención matrimonial. Incluso, y de acuerdo con el artículo 482 CCCN, pueden seguir el utilizando la figura jurídica del asentimiento del cónyuge no titular para disponer de los bienes gananciales no adjudicados.

## 7. Conclusiones

El Código Civil y Comercial, al introducir en nuestro derecho la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes, les permite a los cónyuges que opten por este régimen contratar libremente entre sí (art. 1002 inc. d), administrar y disponer de los bienes que cada uno adquiera a partir de esa decisión, con la única excepción del inmueble donde estuviera radicada la vivienda familiar (art. 456) o si se tratare de un inmueble afectado al régimen de vivienda (art. 250).

Los futuros cónyuges pueden formular su opción por el régimen de división de bienes mediante una simple declaración efectuada en el acto del matrimonio o por previa escritura pública de convención matrimonial. Después de un año de haber contraído matrimonio, los cónyuges pueden modificar el régimen de bienes conyugales, pero, en ese caso, solo podrán realizarlo por escritura pública de convención matrimonial, la que deberá registrarse al margen de la partida de matrimonio. Si al celebrarse el matrimonio no se optare por el régimen de separación de bienes, se aplicará de pleno derecho el régimen de comunidad de gananciales.

# El *blockchain* en la actividad jurídica registral y notarial

## Y reflexiones sobre la evolución del pensamiento sobre estos temas

Marcelo N. Falbo

### RESUMEN

Observaciones sobre la irrupción de la informática en el derecho notarial y registral. Reflexiones sobre los alcances y límites del *blockchain* y del documento informático en comparación con el documento notarial examinando sus elementos esenciales, y por sobre eso análisis de la formación del pensamiento jurídico.

### PALABRAS CLAVE

Derecho registral, derecho notarial, *blockchain*, *bitcoin*, documento, documento informático, informática y notariado.

### Fechas de recepción y aceptación

9/11/2018 - 17/1/2019

**Sumario:** Introducción. **I.** Primera parte. **I.1.** Generación X. **I.2.** La aparición de la informática. **I.3.** La informática y el notariado. **I.4.** Naturaleza jurídica del documento. **I.5.** Evolución de la informática. **II.** Segunda parte. **II.1.** El "blockchain". **II.2.** "Blockchain" y notario. **III.** Tercera parte. **III.1.** Derecho registral y derecho notarial en Argentina. **III.2.** Relación entre registro y notariado. **III.3.** El Congreso Mundial de Derecho Registral. **IV.** Cuarta parte. **IV.1.** Disertaciones sobre el "blockchain" en el XXI Congreso Mundial de Derecho Registral. **IV.1.** Disertaciones sobre el "blockchain" en el XXI Congreso Mundial de Derecho Registral. **V.** Conclusión. **VI.** Epílogo.

### Introducción

Cuando me disponía a redactar un informe sobre el desarrollo del [XXI Congreso Mundial de Derecho Registral](#), organizado por [IPRA-CINDER](#)<sup>1</sup> en Cartagena de Indias (Colombia) del 2 al 4 de mayo de 2018, vino a mi memoria una serie de acontecimientos ocurridos en los últimos tiempos vinculados con la informática y con la relación entre el derecho notarial y el registral. Y fue inevitable analizar cómo esos acontecimientos

1. Centro Internacional de Derecho Registral, ahora unido con la International Property Registries Association.

habían contribuido a modelar preconceptos y prejuicios sobre la materia. Con ese bagaje de ideas, mi expectativa guardaba una cierta prevención ante la posibilidad de que el tratamiento del tema por parte de registradores pudiese desestimar la función notarial, considerando que la utilización de un sistema informático que asegurase la inalterabilidad del contenido de la transacción pudiese desplazar a la escritura pública como documento registrable. En este contexto, debo señalar que estos preconceptos y prejuicios se formaron apreciando la evolución del pensamiento que a lo largo de los años se fueron produciendo tanto en el campo de la informática como en la relación entre el registro y el notariado.

Lo acontecido en el Congreso lo informaré a continuación. Pero resulta importante compartir previamente la experiencia de esta larga evolución, por considerar que podrá ser de ayuda a las nuevas generaciones comprender el origen de la formación de ideas que fueron, son y, en alguna medida, serán fuente de doctrina jurídica tanto notarial como registral.

## I. Primera parte

### I.1. Generación X

Es una obviedad decir que los avances informáticos son permanentes e intensos. Los nuevos fenómenos tecnológicos que se producían a través de décadas comenzaron a desarrollarse a lo largo de pocos años, luego en meses, llegando en estos días a producirse adelantos que, tal vez durante el lapso de tiempo en que se redacta este párrafo, transformen en obsoletas las informaciones que poseemos sobre la materia. Estos avances no solo revolucionan los modos de almacenar y procesar datos sino, además, las maneras de comunicarnos y, en definitiva, la manera de relacionarnos con el mundo, lo que inevitablemente provoca la modificación en la conformación cultural del individuo.

Quienes comenzamos nuestra vida productiva sin la existencia de computadoras tenemos una actitud diferente frente a la informática de la que tienen aquellos que la asumieron como herramienta desde el principio de su actividad laboral. Es así que los sociólogos y filósofos han definido a estas generaciones con características propias y claramente distintivas. Bajo estos términos, mi generación debe encasillarse en la que los anglosajones llamaron *baby boomers* preinformáticos. Cercana nace la generación X, cuyos integrantes se insertan en un mundo en el que comienza a hablarse de dispositivos electrónicos. Luego aparece la microgeneración de los *xennials*, que funciona como puente entre el descontento de la generación X y el alegre optimismo de nuestros hijos, los *millennials*. En este siglo nacen los *centennials*, para quienes no solo la computación sino además internet en dispositivos móviles constituyen el ambiente natural en el que crecen y viven.

Resultará inevitable que cada generación tenga formada en su conciencia una concepción del mundo distinta. Concepción cuyo núcleo central es aceptado sin cuestionamiento y que suministra la base y modelo para construir el conocimiento de cada individuo. Lo que se ha dado en denominar el paradigma de la época.

Queda entonces la advertencia de señalar en qué lugar estoy naturalmente posicionado y desde dónde parten las reflexiones que a continuación haré. No hace falta aclarar que las ideas que expresaré lo serán con el mayor esfuerzo por despojarme de todo prejuicio, buscando equilibrio e imparcialidad en los caminos a abordar y en las conclusiones que finalmente alcance. Pero –y esto no está mal tenerlo presente en todos los órdenes de la vida– la objetividad es una utopía en la medida en que, aunque no seamos conscientes de ello, nuestras creencias y pensamientos no pueden divorciarse de la concepción del mundo en el que hemos sido formados.

## I.2. La aparición de la informática

¿Cuándo aparece la informática en la vida de la generación X? En 1976, Steve Jobs, junto a otros amigos, funda Apple. En 1977, presentan el primer computador personal que se vende a gran escala. En 1981, se lanza al mercado el IBM PC, que revoluciona la computación personal. En 1982, Microsoft presenta su sistema operativo MS-DOS por encargo de IBM y, en 1985, produce el sistema operativo Windows 1.0. A partir de estos hitos, el uso de la informática se impone y crece en el mundo de manera geométrica.

A comienzos de la década del 90, se inicia el auge de lo que actualmente conocemos como Internet, que se extendería a usuarios comunes. En 1993 la web entra al dominio público, ya que el [CERN](#) (Conseil Européen pour la Recherche Nucléaire) entrega las tecnologías en forma gratuita para que cualquiera pueda utilizarlas. Google se funda en 1998, y, a partir de este siglo, el uso de internet se extiende a millones de usuarios.

Para completar esta cronología, recordemos que para fines del año 2001 se sanciona en Argentina la [Ley 25506 de Firma Digital](#), que incorpora al derecho positivo la cibernética en la contratación a distancia.

## I.3. La informática y el notariado

Volvamos a la década del 80. En algún momento la informática pretende introducirse en las notarías ya no como una herramienta útil que ayuda con gran eficacia al trabajo diario sino pretendiendo constituirse en elemento integrador del acto jurídico. Y con el ímpetu de un adolescente –reconozco que esta calificación es propia del integrante de la generación preinformática–, ya no quiere sustituir la máquina de escribir, o una agenda, o el índice de carpetas, quiere sustituir el protocolo, la firma de las partes, el escribano.

Recuerdo que en esos días asistimos a conferencias, disertaciones y debates de informáticos sobre la incidencia de su materia sobre la actividad notarial. Debo señalar que la intransigencia de nuestra posición se enfrentaba con argumentaciones de técnicos que, abusando de su conocimiento en esta nueva ciencia absolutamente desconocida para el ciudadano vulgar, proclamaban cualidades ilimitadas. Quedó en mi memoria un importante informático quien aseguraba ante una numerosa audiencia la inviolabilidad de la información digital gravada en un CD en la medida en que se lo pintara con una pátina plástica con el fin de imposibilitar el acceso a su contenido. Claro que la propuesta se asimilaría a pintar con plástico cada folio del protocolo notarial con la diferencia

de que al menos la escritura podría seguir leyéndose sin remover la capa que lo cubría. Con esta anécdota solo ilustro las exageraciones en las que se suele caer por defender las posiciones con un fervor incondicional. Y también muestra la impotencia a la que nos somete la ignorancia, en tanto en cuanto nos impide dilucidar –y mucho más rebatir– las afirmaciones que se proclaman con pretensión de verdad.

En el año 1987 se redacta un proyecto de Código Civil y Comercial unificado en el que se incluye al documento particular sin firma, reconociéndole eficacia jurídica. En el concepto de documento particular se incluían elementos disímiles desde la estricta óptica de quien estudia la formación del acto jurídico. Y esta rémora la encontramos reflejada en el [Código Civil y Comercial que hoy nos rige](#) (en adelante, “CCCN”).

#### I.4. Naturaleza jurídica del documento

No teorizaré aquí excesivamente. Pero sí, al menos, corresponde señalar un concepto elemental: cuando hablamos de la escritura pública o del documento privado firmado, estamos refiriéndonos a la forma del negocio en tanto modo, medio o manera de exteriorizar la voluntad. La firma consiste en la conducta del sujeto que exterioriza su voluntad. La acción física con la cual deja traslucir su pensamiento, asumiendo la paternidad de la declaración escrita. La firma es el vehículo material que permite conocer esa voluntad inmaterial. El documento es entonces esencialmente forma, sin perjuicio de agregar su posterior valor como prueba.

El [Código Civil y Comercial](#), al tratar la forma del acto jurídico, se refiere al instrumento particular. En ese punto, el artículo 287 no solo incluye al documento informático –que puede admitirse como un mecanismo para exteriorizar la voluntad– sino, además, “los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información”. Nótese que en este concepto se incluyen tickets, panfletos, afiches, cupones, boletos de tren, volantes de propaganda, moldes de huellas, grabaciones de sonido, fotografías, etc., que en modo alguno representan un modo, medio o manera de exteriorizar una voluntad, sin perjuicio de eventualmente servir para probar la existencia de ella.

Alguien podría opinar que la distinción es sutil e irrelevante. Pero perder de vista la esencia medular del documento y, en especial, del documento notarial –y suponerlo como solo un mero medio de prueba– es el paso previo a su sustitución por cualquier otro mecanismo que excluya al notario de su función primordial no solo de ser el custodio de la autenticidad del acto sino además de asegurar la habilidad y legitimación de las partes, el asesoramiento a los otorgantes y la comprensión de ellos de los efectos legales del negocio que celebrarán, la adecuación de esas voluntades al plexo normativo y la particular premeditación del otorgamiento en los términos instrumentados. En suma, el documento es en un segundo plano prueba. Su cualidad esencial es la de ser el soporte jurídico, material y espiritual en el que se enlaza la voluntad del otorgante y el contenido volitivo que expresa.

Durante la XXVII Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 1988), me toca presidir la mesa dedicada al tema 1 “Instrumentos públicos, privados y particulares”. (Ya se había dado a conocer el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Co-

mercial del año 1987, en el cual se proyectaba la modificación del art. 978, que contenía la misma fórmula que reproduciría el art. 264 del Proyecto de 1998 y que finalmente se consagraría en el art. 287 antes referido del Código actual).<sup>2</sup> En dichas Jornadas, la incorrecta asimilación entre forma y prueba en la que parece incurrir la norma es volcada en la ponencia que fuera aprobada unánimemente. La juventud que formaba la mesa de trabajo estaba integrada por Carlos María Morello, Julio César Antollini y Mirta Irma Fiorentini, sumándose en la comisión redactora el escribano de Capital Federal Claudio A. Caputo.<sup>3</sup>

### I.5. Evolución de la informática

Vale recordar que, en ese entonces, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires contaba con una computadora IBM Rpg3/38, que ocupaba una habitación con módulos del tamaño de heladeras. Con motivo de la Jornada, se proyectó realizar una proeza revolucionaria: una comunicación vía telefónica desde la IBM, en La Plata, con Bahía Blanca, en donde se instaló una terminal. Era un intento por emular la red internet. Para lograr la conexión se constituyeron en el Colegio siete ingenieros de la empresa informática. Finalmente, durante la Jornadas se logró compartir la base de datos de la nómina de escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

Ese resultado se festejó como el triunfo del progreso que auguraba un porvenir venturoso. Dos años después se migrarían los sistemas, utilizándose el lenguaje Axel con un equipamiento en red cuyo server recaería en una computadora AT486 que debía importarse desde Estados Unidos, siendo las terminales XT sin disco rígido. Eran los primeros pasos en la era cibernética, en la que hubo tropiezos y duros golpes.

Hoy, a la distancia, podemos entender las dificultades que encontraron para lograr su funcionamiento. Piénsese que el teléfono celular de nuestros días supera radicalmente la capacidad, velocidad y memoria de aquellos equipos. Sin perjuicio de ello, la informática continuó extendiendo sus incumbencias, alcanzando el mundo notarial y toda actividad humana.

En mayo de 1992 se celebró el XX Congreso Internacional del Notariado Latino precisamente en Cartagena de Indias. Uno de los temas a desarrollarse fue el documento informático y la seguridad jurídica. El Consejo Federal del Notariado Argentino me designó para representar al país en el tratamiento de ese tema. Las bases sentadas en las Jornadas Bonaerenses de 1988 eran ratificadas en la posición que defendería Argentina y que, en general, serían compartidas por el notariado mundial. Sin embargo, los argumentos que llevábamos se centraban en un paradigma que se estaba trastocando con los avances técnicos. Es que el notariado de entonces también compartía las características de la generación X. Los conceptos estrictamente informáticos eran ignorados y hasta, en cierto sentido, despreciados. La materialidad o inmaterialidad del documento digital ni siquiera era analizada, su entidad ontológica no entraba en los análisis doctrinarios, que se centraban más en la pluma de ganso que en el procesador personal.

2. [N. del E.: ver Proyecto de 1998 [aquí](#); fuente: [Universidad de Salamanca](#); última consulta: 28/5/2019].

3. [N. del E.: ver conclusiones [aquí](#); fuente: [CEPBA](#); última consulta: 13/5/2019].

En aquellos días, más de uno imaginaba el documento digital como aquello que veía en la pantalla de su ordenador. Lejos estaban de comprender que eran impulsos electromagnéticos positivos o negativos –el mentado lenguaje binario– estampados en un disco de memoria, alojados y agrupados de manera específica, y que el sistema traducía esa combinación de impulsos en símbolos perceptibles por nuestros sentidos. Algo tan inescrutable para el neófito como lo sería la escritura para los analfabetos de principios de la historia.

Visto de ese modo, descubriendo su sutil pero real materialidad, el documento digital no aparece tan alejado del instrumento escrito. Pero la firma, esa acción material del ser humano esencial para vincular su pensamiento con el soporte físico documental, ¿cómo podría encontrarse en un sustrato a cuya materialidad solo podía accederse electrónicamente? La clave de seguridad, el *password* pueden ser elementos personalísimos, pero no aseguran la presencia física real del otorgante.

Las conclusiones del XX Congreso Internacional no se apartaron de la posición que llevaba Argentina y, de hecho, se dejó traslucir una cierta desconfianza en la vulnerabilidad del documento informático.<sup>4</sup> No obstante, más allá de las conclusiones, el intercambio de información con los colegas de otros países resultó aleccionador: un notario de Quebec me ilustró sobre las nuevas tecnologías que estaban surgiendo. Me informó sobre la posibilidad de estampar la firma ológrafa del otorgante en el documento digital propio a través de lo que hoy llamaríamos *tablet*, lo que asignaba el valor adicional de poder inferir si la firma concordaba con la registrada con anticipación.

Y entonces la firma, ese vínculo material que unía pensamiento y documento, se podía trasladar al documento digital. Y aquel paradigma precomputacional se desmoronó cual castillo de arena. A partir de allí consideré que no solo no hay que enojarse con la informática, sino que el notariado debe ponerse a la vanguardia en la materia. Porque, por una parte, es evidente que no hay vuelta atrás en esta historia. Hoy no es concebible el mundo sin computadoras y sin internet. Por otra parte, todos los avances que uno pueda llegarse a imaginar ocurrirán. Asimismo, debe entenderse que la informática no va en desmedro de la función notarial; por el contrario, es una herramienta que facilita su tarea y la hace más eficiente. Y si hablamos de la forma de un negocio jurídico, no debe verse el documento digital con prejuicios ni temores, en su función de servir como soporte para instrumentar las declaraciones de voluntad del mismo modo como sirve el papel.

Una vez más, decimos que la función del notario seguirá siendo no solo garantizar la autenticidad del acto sino además asegurar la habilidad y legitimación de las partes, el asesoramiento y la comprensión de los otorgantes de los efectos legales del negocio que celebrarán, la adecuación de esas voluntades al plexo normativo y la particular premeditación del otorgamiento. En suma, reitero, asegurar el vínculo jurídico, material y espiritual entre la voluntad del otorgante y el contenido volitivo que expresa el documento.

4. [N. del E.: ver conclusiones en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 829, 1992 {pp. 2-4 del pdf}].

## II. Segunda parte

### II.1. El “*blockchain*”

En el año 2008, Satoshi Nakamoto publicó el “*Bitcoin paper*”,<sup>5</sup> donde de un modo teórico se diseñó prolijamente un medio de pago global sin intermediarios, entre usuarios, a través de un complejo sistema de archivos que se debían combinar en bloques y registrar en múltiples servidores impidiendo así su adulteración. A partir del año 2009, comenzó a funcionar el sistema, que, con el transcurso de los años, obtendría un auge excepcional.

El mecanismo pergeñado por Nakamoto superaba las dificultades que la informática presentaba, ideando ingeniosos recursos definidos con minucioso detalle. Para garantizar la seguridad de los elementos que se incorporan al sistema, se exige que el nuevo bloque en la cadena sea cerrado por uno de los múltiples servidores mediante la generación de un *hash* que cumpla con requisitos específicos previamente determinados (en el paper de Nakamoto indicaba que el *hash* empezara con un número de bits con valor cero). Un bloque está compuesto por el conjunto de archivos que se agregan al *blockchain* desde el momento en que se cerró el bloque anterior hasta que se cierra el siguiente (en la actualidad, se calcula que esto ocurre en un lapso aproximado de diez minutos). A su vez, puede definirse al *hash* como un resumen del bloque (que podría asimilarse a su huella digital). Considérese, por su parte, que cada bloque contiene el *hash* del bloque anterior. Esta característica y la dificultad del cálculo del *hash* están íntimamente relacionadas con la inviolabilidad de la cadena.

La tarea que desarrollan los llamados “mineros” implica un esfuerzo de trabajo y prueba hasta obtener el resultado buscado. ¿Por qué razón los mineros emplearían tanto esfuerzo en alcanzar el algoritmo correcto? Para recibir una recompensa: el pago de *bitcoin*, una moneda virtual.

Muchas son las elucubraciones económicas que pueden hacerse con relación al valor intrínseco del *bitcoin*. La primera idea que surge es que se crea un valor artificial sin respaldo estatal ni un correlato de creación de riqueza. Dejemos a los economistas las disquisiciones que diluciden el valor de las criptomonedas y el valor del dinero tradicional. Tal vez nos sorprendamos con la explicación de los dos valores.

Más allá de eso, hoy puede observarse una realidad: en el año 2010 un *bitcoin* valía en el mercado USD 0.06, para superar a fines del año 2017 los USD 17.500. En mayo de 2018, las reglas de la oferta y la demanda establecieron que su valor disminuyera a aproximadamente USD 7.650. Estos datos económicos son reflejo del auge que antes mencionábamos.

A partir de estos conceptos, el sistema se extiende y populariza, al tiempo de ser fomentado en forma exultante por los informáticos, quienes auguran que su utilización alcanzará resultados que pueden transformar a la sociedad –en algunos casos, nos recuerda al informático que pintaba con una pátina plástica los CD–. Entre esos resultados vaticinan la eliminación de los intermediarios –léase banqueros en el tráfico de divisas– y de los escribanos.

5. [N. del E: ver [aquí](#); fuente: web oficial de [Bitcoin](#); última consulta: 13/5/2019].

## II.2. “Blockchain” y notario

Son innumerables las fuentes que equiparan el *blockchain* con el notario. La propia enciclopedia web [Wikipedia](#), al tratar la voz *cadena de bloques* (en idioma español), desarrolla sus aplicaciones señalando que

En el campo de las criptomonedas la cadena de bloques se usa como notario público no modificable de todo el sistema.

En el campo de las bases de datos de registro de nombres la cadena de bloques es usada para tener un sistema de notario de registro de nombres de tal forma que un nombre solo pueda ser utilizado para identificar el objeto que lo tiene efectivamente registrado.<sup>6</sup>

Y a continuación señala la aplicación como un “Uso como notario distribuido en distintos tipos de transacciones haciéndolas más seguras, baratas y rastreables”.<sup>7</sup>

Al advertirse esta tendencia, la Unión Internacional del Notariado (UINL) comienza a estudiar en profundidad la temática. Es así que, en mayo de 2017, en la reunión de sus autoridades en Tiflis, tienen lugar disertaciones sobre la materia en las que participan el notario de Barcelona Enrique Brancós, el notario francés Thierry Vachon, los alemanes Dominik Gassen y Wolfgang Ott, presidente de la Comisión de Temas y Congresos de la UINL, y el notario Nino Kopperia del país anfitrión, Georgia. El último en exponer es el registrador David Chatchkhunasvili, de Georgia, quien señala que el Registro de la Propiedad Inmueble de su país estaba admitiendo la registración de actos utilizando el *blockchain* de *bitcoin*, habiendo registrado desde que se produjo el lanzamiento del proyecto 100.000 documentos.

Más allá de las clarificadoras exposiciones de los notarios disertantes en donde se cuestionó con sólidos argumentos la asimilación del sistema informático con la función notarial, produjo cierta alarma la idea de que los Registros de la Propiedad pudieran dar igual tratamiento a un archivo informático proveniente de esta tecnología y a la escritura pública. Frente a estos antecedentes, resultaba importante conocer el pensamiento propio de los registradores, los que serían expuestos en el XXI Congreso Mundial de Derecho Registral.

## III. Tercera parte

### III.1. Derecho registral y derecho notarial en Argentina

Hay una primera reflexión que es conveniente poner de relieve y que será marco de lo observado en el evento. Para el notariado argentino, el derecho notarial y el derecho registral inmobiliario están estrechamente ligados. De hecho, el avance y desarrollo del derecho registral en nuestro país se debe al impulso que le dio el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires a fines de la década del 50, encomendando a los escribanos Edgardo Augusto Scotti y Miguel Norberto Falbo la elaboración de un proyecto

6. Los resaltados son nuestros. [N. del E.: ver wiki completo [aquí](#); fuente: [Wikipedia](#); última consulta: 13/5/2019].

7. *Ibidem*. El resaltado es nuestro.

de ley registral. El proyecto que redactaron se convirtió en norma positiva a través del decreto ley 11643/63 de la Provincia de Buenos Aires. Finalmente, en el año 1968, su articulado se convertiría en la Ley 17801.

La norma se ideó receptando los aciertos que se observaron en el derecho comparado, especialmente de España y Alemania, adaptándolos a los usos vigentes en nuestro país con un sentido eminentemente práctico. El resultado constituyó un sistema único y original reconocido internacionalmente. A partir de estos hitos, la Argentina y, en especial, su notariado se encontraron a la vanguardia en los estudios y avances del derecho registral en el mundo. Por este motivo, no es extraño que en el año 1972 nuestro país organizara el primer Congreso Internacional de Derecho Registral, que culminaría el 2 de diciembre con la firma del acta constitutiva del CINDER, siendo las entidades fundadoras el Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina, el Centro de Estudios Hipotecarios de España y el Instituto de Derecho Registral y Notarial de Puerto Rico.

En los años siguientes, los estudios del derecho registral continuaron desarrollándose y profundizándose intensamente. Y si bien el primer impulso se originó en el ámbito notarial, su auge estimuló el estudio del resto de los operadores del derecho, comenzando a destacarse su autonomía jurídica. Nuevamente, es la Argentina la promotora de la creación de una nueva entidad: el Comité Latinoamericano de Consulta Registral. Según reseña el Dr. Alberto Ruiz de Erenchun, su constitución se celebró en ocasión de la XXIII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble, en Trelew, Provincia del Chubut, formalizándose su acto fundacional el 6 de noviembre de 1986, con la presencia de especialistas de Argentina, Brasil, Costa Rica, México, Perú, Puerto Rico y Uruguay.<sup>8</sup>

El Comité no se fundó con un objetivo académico sino que estuvo dirigido al intercambio de las experiencias habidas en los distintos países, constituyéndose en un espacio propio de los registradores. Es importante señalar que, a partir del año 1990, comenzaron a asistir a los encuentros como invitados especiales en forma permanente representantes del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Veremos más adelante la influencia de los registradores hispanos en la formación de los registradores americanos.

### III.2. Relación entre registro y notariado

Uno de los principales aciertos de la Ley 17801 fue el haber delimitado con claridad el lugar que ocuparía la registración en el plexo normativo, precisando que las mutaciones jurídico-reales se producían exclusivamente en la esfera extrarregistral, siendo la inscripción un requisito para su oponibilidad sin influir en el contenido intrínseco ni en la validez del acto registrado. Esta clarificación de roles coadyuvó a establecer una relación armónica entre notariado y registro, en el marco de un trabajo en conjunto y mancomunado.

8. RUIZ DE ERENCHUN, Alberto, "Reseña del origen y desenvolvimiento del Comité Latinoamericano de Consulta Registral"; en <https://www.camercedes.org.ar/resena-del-origen-y-desenvolvimiento-del-comite-latinoamericano-de-consulta-registral/>; última consulta: 9/11/2018.

Anotemos que un reflejo de ello es la Ley 10295, sancionada en el año 1985, por la que se autoriza al Ministerio de Economía a celebrar con el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires un convenio de colaboración con el objeto del mejoramiento y modernización del Registro de la Propiedad.<sup>9</sup> El convenio, vigente ininterrumpidamente hasta la fecha, además de ser una herramienta de excelencia para servir al funcionamiento del Registro de la Propiedad, es un claro reconocimiento estatal de la íntima relación entre lo registral y lo notarial y de la seriedad y solvencia del notariado en el tratamiento de la materia.

En este punto, corresponde hacer un comentario que nos permitirá comprender las líneas doctrinarias que se siguieron desarrollando en el derecho registral argentino. En primer lugar, debe señalarse que la Ley Hipotecaria Española de 1861<sup>10</sup> y la sólida y vasta doctrina registral de sus juristas, desarrollada durante más de un siglo y medio, fueron fuente natural del estudio del derecho registral en nuestro país y en el resto de los países americanos. Es sabido que la calidad académica de sus registradores ha gozado de especial prestigio y respeto mundial ejerciendo naturalmente gran influencia en los registradores de nuestro continente. Dicho esto, debe advertirse una circunstancia relevante: el eje medular de los efectos jurídicos del sistema registral de España es diametralmente diferente a nuestro ordenamiento.

En la madre patria, rige el principio de la fe pública registral, de modo que

El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.<sup>11</sup>

En cambio, en Argentina, “la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes”.<sup>12</sup> Como antes dijimos, sus efectos se limitan a la oponibilidad con relación a terceros interesados.

Es entendible que, frente a este trascendente efecto defensivo de la registración española, los aspectos calificables que se impongan para inscribir los títulos pretendan ser más amplios y exigentes. Es que si bien la ley prescribe que la inscripción no es convalidante, el título nulo que por error registral se inscribe queda virtualmente asimilado a un título válido con relación al adquirente oneroso de buena fe. Por el contrario, en el sistema argentino, la inscripción de un título nulo no altera su invalidez ni mejora la situación del adquirente.

Este criterio, dirigido a ampliar las exigencias de la calificación, produjo en España confrontaciones entre los registradores y los notarios. A su vez, la influencia de esos criterios se trasladó al continente americano y en cierta medida a nuestro país. Su consecuencia fue que la estrecha afinidad doctrinaria existente entre notariado y registro comenzó a mostrar fisuras. Estas divergencias ideológicas se trasladaron también

9. [N. del E.: el lector podrá también acceder al texto vigente de la ley [aquí](#); fuente: DIJL; última consulta: 13/5/2019].

10. [N. del E.: ver [aquí](#) {fuente: [Google Books](#); última consulta: 13/5/2019}; el lector también podrá consultar el [texto vigente](#) {fuente: BOE; última consulta: 13/5/2019}].

11. Art. 34 de la [Ley Hipotecaria](#) (texto según Decreto del 8 de febrero de 1946).

12. Art. 4 Ley 17801.

al plano internacional, en donde la estrecha relación entre notariado y registro se fue distanciando.

### III.3. El Congreso Mundial de Derecho Registral

En este marco, a pesar de que el Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina y el Instituto de Derecho Registral y Notarial de Puerto Rico son fundadores de número de la organización, el CINDER –ahora unido con el IPRA– tiene una presencia hegemónica de los registradores. A su vez, su crecimiento ha abierto el acceso de ponentes provenientes de los cinco continentes, y, como consecuencia de ello, todos los sistemas registrales se encuentran representados.

En el congreso exponen sus experiencias y doctrinas quienes se rigen por el sistema Torrens propio del derecho anglosajón. También quienes se rigen por sistemas declarativos, constitutivos, subsanatorios, convalidantes o de mera oponibilidad. Finalmente, encontramos especialistas que se rigen por ordenamientos jurídicos en los que la escritura pública es requisito para acceder al registro y otros en cuyos países el notariado de tipo latino no existe. En suma, es necesario tener presente que en el ámbito del congreso de IPRA-CINDER el documento notarial no es protagonista de las inquietudes que se dilucidan.

## IV. Cuarta parte

### IV.1. Disertaciones sobre el “*blockchain*” en el XXI Congreso Mundial de Derecho Registral

Nos centraremos en el tratamiento que se realizó sobre la temática del *blockchain* y las nuevas tecnologías relacionadas con la función registral en el XXI Congreso Mundial de Derecho Registral (Cartagena de Indias, 2-4 de mayo de 2018), organizado por IPRA-CINDER. Anticipemos que de cada exposición se pudieron extraer experiencias y conceptos esclarecedores.

Deben destacarse las disertaciones de:

- Sergio Jacomino, quien relato su experiencia brasilera en pruebas de registración en la cadena de bloques.
- Ingmar Vali, quien expuso sobre los beneficios que se han observado en Estonia en la utilización del *blockchain* en la registración.
- Jacob Vos, de los Países Bajos, quien ha brindado sus conocimientos en el sistema en estudio para ser adoptado en distintos registros de Europa.
- Yecenia Acosta, de Colombia, quien desarrolla la idea de que el *blockchain* favorece a la función pública notarial y registral.
- Teófilo Hurtado, quien se destacó por la solvencia de su disertación especialmente por reunir el doble carácter de jurista y de informático altamente calificado.

Trataremos de extraer los puntos más relevantes de las exposiciones.

### IV.1.1. Seguridad

En primer lugar, hubo una coincidencia unánime en cuanto a la seguridad que representa. En la medida en que los datos no se alojan en un servidor sino en miles de nodos, brinda seguridad a la información contenida. Es que la posibilidad de que un *hacker* pueda ingresar los múltiples servidores en forma simultánea y alterar sus datos pareciera resultar imposible.

Sin embargo, se deslizó una duda sobre esta descentralización del sistema. Es que se señaló que el 90 por ciento de estos servidores pertenecen a una misma empresa, con lo cual su democratización es relativa.

### IV.1.2. Independencia del Estado

Otra de las ventajas que se señala es que el sistema opera en forma independiente a cualquier gobierno, con lo que tiende a eliminar la burocracia y a disminuir los costos. No obstante, también este beneficio se puso en duda en tanto la ausencia de regulaciones puede ser perjudicial para la población usuaria.

Anotemos como ejemplo de ello que las transacciones con *bitcoin* son absolutamente seguras pero, a su vez, anónimas. Quien adquiere la criptomoneda puede registrarse bajo un nombre de fantasía. Luego, la procedencia y seguimiento no son rastreables. Precisamente, hace algunos meses, hubo una ola de *hackeos* en importantes empresas multinacionales, y los propios piratas informáticos exigieron rescate para liberar las máquinas afectadas a través del pago de *bitcoins*.

La conclusión en este punto es que se ha creado un sistema formidable para movilizar valores en forma anónima, con lo bueno y lo malo que ello implica.

### IV.1.3. El gasto energético

Una de las críticas más serias del sistema es el dispendio de energía que originan los mineros en su trabajo para alcanzar el algoritmo que cierra cada bloque. En efecto, miles de nodos están trabajando simultáneamente para realizar el cálculo requerido. Ante cada intento fallido, se inicia una nueva prueba. Finalmente, solo uno de ellos obtendrá el resultado; los demás han trabajado inútilmente.

Las tarjetas de crédito procesan sesenta mil transacciones por segundo. El *blockchain* de bitcoin procesa siete transacciones por segundo. Sin embargo, gasta treinta y cinco veces más energía que la utilizada por VISA. Si la generalización de las operaciones exigiese que el *blockchain* alcanzase ese nivel de procesamiento, la energía que gastaría sería incalculable.

El problema del gasto energético ha hecho que, especialmente en China, donde la electricidad es barata, se instalen lo que se denomina “granjas de mineros”, enormes almacenes en donde cientos de procesadores trabajan veinticuatro horas al día en forma automatizada.

#### IV.1.4. Su funcionamiento en el Registro de Estonia

Resultó particularmente interesante la exposición de Ingmar Vali y su relato de la experiencia en su país. En Estonia, la transferencia de un inmueble se formaliza a través del notario. Luego de realizar las consultas necesarias, autoriza la escritura y la envía firmada digitalmente al Registro de la Propiedad. El documento digital ingresa con la solicitud correspondiente, que se confecciona en base a plantillas, las que se registran automáticamente.

Se señaló el beneficio que produce el intercambio digital de datos estructurados en virtud del cual se disminuyen considerablemente los errores, se agiliza el proceso y se reducen costos y, en especial, el gasto de papel. Pero también se señaló que el sistema no puede detectar la falsedad o falencias intrínsecas en forma automática, por lo que siempre se requerirá de un tercero imparcial (el registrador) que califique las cualidades y contenido del documento a inscribirse.

#### IV.1.5. Contenido a registrar

Profundizando más el mecanismo de funcionamiento, surgió la necesidad de definir el contenido que se almacenará en la cadena de bloques. La disyuntiva surge a partir de usar el sistema en un registro de actos de última voluntad (*lastwill*). En estos casos, no hay duda de que su contenido es secreto y no debe publicitarse. Entonces, se registrarán los datos que individualicen el acto y no la escritura completa. En tal sentido, se advirtió que, debido al tamaño máximo de un bloque, parece imposible cargar el contrato original en el *blockchain*, al menos en este momento. Pero queda pendiente asegurar la inalterabilidad del documento original que no queda incorporado a la cadena de bloques. La solución que se ha encontrado es archivar el valor *hash* de la escritura que contiene el acto original en la cadena de bloques.

La desventaja de este enfoque es la necesidad de almacenar la escritura correspondiente en algún lugar seguro. Por ejemplo, en un servidor tradicional. De ese modo, el contenido de la versión digital de la escritura será irrefutable debido al valor *hash* registrado en el *blockchain*.

### V. Conclusión

Este último punto parece ser aleccionador en cuanto a la función que esencialmente cumple el *blockchain*. Su extraordinario aporte no está referido al contenido de lo que se registra en él sino a su inalterabilidad y su incorruptibilidad, lo que no es poco. Frente a la inseguridad informática y a la vulnerabilidad de los servidores centrales, el mecanismo ideado por Nakamoto es revolucionario.

El porvenir del valor del *bitcoin*, la aparición de otras criptomonedas y otras cadenas de bloques y el interés de los mineros por continuar su labor, en suma, el futuro del sistema solo con el tiempo se conocerá. Pero, situándonos en el hoy, lo que se logró construir es una base de datos que no puede ser manipulada maliciosamente.

¿Qué ha cambiado de los sistemas anteriores? Que los datos no puedan ser *hackeados*, lo que significa que la informática ha neutralizado un problema que la informática había creado y con lo que lo que hemos vuelto al punto de partida. Es que hace veinte años se pensaba en la digitalización de los registros de la propiedad a través de servidores locales. Y estaba claro que esos servidores serían una herramienta del registrador. Nadie hubiese pensado que ellos los sustituirían, pero aparecieron los *hackers* y apareció la inseguridad y el temor.

El *blockchain* fue el remedio que se elaboró. A partir de ello, en lugar de usar una base de datos tradicional, la informática ofrece la cadena de bloques. Sin embargo, como hace veinte años, el sistema seguirá sin poder sustituir la función profesional del registrador o la función fedataria y formalizadora del escribano. El *blockchain* ha representado un avance extraordinario en lo relativo a la seguridad informática, pero no ha agregado nada en lo atinente a la seguridad jurídica. ¿Que aparecerá en el futuro? Sin duda continuarán avances que nos sorprenderán.

Hoy aprovechemos los recursos que nos brinda la informática.

## VI. Epílogo

Finalmente, dejo anotadas dos reflexiones que recogí en el evento. Una está referida a lo que señalamos más arriba. En el Congreso Registral el documento notarial no es protagonista de las inquietudes que se dilucidan, pero, sin perjuicio de ello, las intervenciones de los registradores que se rigen por ordenamientos que reconocen al notario de tipo latino no han puesto en duda los valores de la escritura pública.

La segunda, aclaro, es una sensación exclusivamente personal. Así como el notariado se preocupó ante la idea de que el *blockchain* pudiera sustituir a la escritura, en el Congreso la preocupación latente fue la posibilidad de que el *blockchain* sustituyera al registrador. Y esta inquietud compartida une a notarios y registradores en un interés común: el señalar –al menos en esta etapa del desarrollo de la informática– la necesidad de la presencia humana con su juicio técnico y jurídico, asegurando el ajustado funcionamiento del sistema legal.

# El cousufructo en acción

Pedro F. Sáenz

## RESUMEN

El cousufructo es una especie de comunidad de derechos que se configura cuando el derecho real de usufructo es establecido en favor de dos o más personas de manera conjunta y simultánea sobre un mismo objeto, atribuyendo a cada titular una parte indivisa. Tal situación comunitaria constituye una realidad jurídica de gran vigencia en la práctica, lo que impone la necesidad de que los notarios prestemos atención no solo a la redacción del instrumento que dará origen a este derecho real sino también a la manera en que el mismo se ha de desenvolver en la dinámica cotidiana. Para ello –y por la remisión contenida en el artículo 1984 del Código Civil y Comercial–, las soluciones deberán buscarse a la luz de las normas que rigen el derecho real de condominio en cuanto fueren compatibles.

## PALABRAS CLAVE

Usufructo, condominio, cousufructo, facultades de administración y disposición.

### *Fechas de recepción y aceptación*

6/12/2018 - 7/1/2019

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Derecho real de usufructo. 3. El cousufructo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

## 1. Introducción

En el ejercicio de nuestra función notarial, advertimos que el acto jurídico que normalmente da nacimiento al derecho real de usufructo se da en ocasión de instrumentarse contratos de donación de padres a sus hijos.<sup>1</sup> En efecto, en el marco de dicho acto de liberalidad, los padres buscan mediante ese negocio jurídico concretar un anticipo de herencia, pero, a su vez, están interesados en conservar el disfrute del bien donado en la mayor extensión posible. Por tal motivo, la herramienta jurídica a la que suele recurrirse es a la donación con reserva de usufructo o bien a la donación con constitución simultánea de ese derecho real a favor de los progenitores.<sup>2</sup> Esto pone en evidencia que la figura

1. Al abordar el tratamiento del derecho real de usufructo, Kiper sostiene “Tiene un ámbito de aplicación importante, aunque en la práctica se observa que muchas veces es utilizado en casos de donación de dominio con reserva de usufructo. En ocasiones se trata de padres que se aseguran su permanencia en el inmueble” (KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2017 [2ª ed., act.], p. 69).

2. No entraremos en esta oportunidad, por exceder evidentemente el objeto de este trabajo, en la discusión que se entablara durante la vigencia del Código Civil velezano respecto de la capacidad jurídica de los cónyuges para celebrar el contrato de constitución de usufructo entre ellos, pero sí creemos que, conforme a la terminante letra

del *cousufructo* (piénsese en los padres del donatario que se reservaron el derecho real de usufructo o fueron beneficiarios de una constitución de ese derecho real por parte del adquirente) tiene efectiva vigencia en la realidad jurídica cotidiana.

En tal sentido, es fundamental para el escribano trascender el aspecto instrumental (estático) y adentrarse en el aspecto dinámico de la figura, pues en el sistema de notariado latino al que pertenecemos es nuestra función asesorar a los requirentes sobre las consecuencias jurídicas de los actos que estos otorgan. Claramente, todo notario conoce el concepto, la naturaleza jurídica y la estructura dogmático-jurídica del derecho real de usufructo, y, en cuanto a cosas inmuebles se refiere, somos los autores del instrumento que –sumado a la tradición– dará origen al mismo, pero no siempre tenemos presente la proyección que la constitución de tal derecho real en favor de una pluralidad de sujetos puede tener cuando, “escapando” de la fría letra del instrumento que le sirve de título, comience “a rodar” en el ámbito de la praxis diaria.

El presente trabajo buscará dilucidar cómo funciona el *cousufructo* en la práctica. Para ello, recurriremos a las normas del condominio que fueren compatibles con esta figura, abordando cuestiones tales como las facultades de los usufructuarios respecto de su derecho real, el aprovechamiento de la cosa, su administración, las consecuencias jurídicas derivadas de las deudas asumidas en favor de la comunidad, vicisitudes en la extinción del derecho real, entre otras. Poniendo la mira en tal objetivo, no se encontrarán aquí párrafos destinados a conceptos de caracteres netamente especulativos –los cuales se dan por conocidos y que constituyen un ineludible presupuesto para cualquier intento de construcción gnoseológica– sino un esfuerzo centrado en hacer eje en torno a las manifestaciones vitales del *cousufructo* puesto en marcha. En ese orden de ideas, la metodología a emplearse se centrará, en primer lugar, en una visión panorámica del derecho real de usufructo en su dimensión dinámica, para luego adentrarse en el *cousufructo* propiamente dicho y su proyección a la luz de las normas del condominio.

## 2. Derecho real de usufructo

Sin pretender hacer un profundo y pormenorizado análisis de todo el andamiaje jurídico que regula el derecho real de usufructo, resulta necesario tener presente nociones básicas de este derecho real para poder comprender las proyecciones que pueden darse cuando se configura una situación de comunidad como consecuencia de una pluralidad de sujetos titulares de tal derecho.<sup>3</sup>

### 2.1. Concepto y caracteres

El artículo 2129 del [Código Civil y Comercial](#) (en adelante, “CCCN”) reza:

---

del inc. d) del art. 1002 del Código Civil y Comercial, no caben dudas de que los cónyuges sometidos al régimen patrimonial de comunidad no pueden celebrar tal contrato.

3. Por lo ya indicado en la introducción respecto de la finalidad perseguida, no se abordará de manera específica en este trabajo lo atinente a objeto, legitimados, modos de constitución o demás tópicos vinculados a la estructura estática de este derecho real.

*Concepto.* Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia.

Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba.

Del texto de la norma se advierte, como primer aspecto destacable, que estamos ante un derecho real, lo que coincide con lo dispuesto en el artículo 1887 CCCN, que, en su inciso h), lo incluye en la nómina de tales derechos patrimoniales. Además de ello, se trata de un derecho real que recae sobre un bien ajeno, lo que implica que, con relación al dueño de la cosa, configura una carga o gravamen en los términos del artículo 1888, constituyendo lo que la doctrina llama un derecho real de disfrute sobre cosa ajena. Si una misma persona reuniera la condición de propietario y usufructuario, el derecho real de usufructo se extinguiría por consolidación.

Es importante también destacar, en cuanto al objeto, que este derecho real puede recaer no solo sobre cosas sino sobre bienes inmateriales, coincidiendo con lo consagrado en el artículo 1883 CCCN (2º párrafo), según el cual el objeto de los derechos reales puede consistir en bienes taxativamente señalados por la ley.<sup>4</sup> En consecuencia, se trata de una desmembración del derecho real de dominio, en virtud del cual su titular (usufructuario) puede ejercer facultades de uso, goce y disposición sobre un bien ajeno, con los alcances y en la extensión que la propia ley establece, debiendo conservar el objeto y restituirlo a su propietario una vez extinguido su derecho. Por lo tanto, estamos ante un derecho real sobre cosa ajena, que se ejerce por la posesión, divisible, temporal, intransmisible *mortis causa* y que confiere a su titular las facultades de uso, goce y disposición, con las limitaciones que más adelante se reseñarán.

## 2.2. Facultades del usufructuario

Teniendo en cuenta el objeto de este trabajo, no es nuestra intención agotar lo referente a las facultades acordadas por la ley al usufructuario, motivo por el cual solo se abordarán las cuestiones más relevantes y, en el afán de proponer una exposición lo más esquemática posible y asumiendo el riesgo de resignar un poco de rigor científico, agruparemos el análisis de esta temática en dos grandes categorías: por un lado, las facultades de uso y goce, donde abordaremos lo atinente al aprovechamiento del bien fructuario, la percepción de frutos y los actos materiales; y, por otro lado, lo concerniente a los actos dispositivos, esto es, la transmisión del derecho (voluntaria y forzosa), la constitución de derechos reales y personales y la afectación al régimen de vivienda.

### 2.2.1. Facultades de uso y goce

Como ya se adelantara, este derecho real le permite a su titular usar, gozar y disponer del bien ajeno, pero, a diferencia del titular del derecho real de dominio, esas facultades encuentran importantes restricciones. En primer lugar, el *ius utendi* y el *ius fruendi* deben ser ejercidos de modo tal que no se altere la sustancia del bien que constituye el objeto

4. El art. 16 CCCN reitera el criterio que en materia de bienes y cosas consagrara el art. 2311 CCIV.

del derecho real. En este aspecto, la normativa actualmente vigente continúa la línea del *Código Civil derogado* (en adelante, “CCIV”), que en su artículo 2807 establecía: “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su substancia”. Al respecto, Abella y Mariani de Vidal sostienen: “El Código determina la obligación para el usufructuario de no destruir la cosa, no alterar su individualidad –materia y forma– no cambiar su destino”.<sup>5</sup> En definitiva, la ley reconoce que existen características que hacen que la cosa sea lo que es y no otra, aspectos esenciales cuya alteración implican una modificación que trasciende lo meramente accidental.<sup>6</sup>

A los fines de clarificar la idea, la propia norma, en su segundo párrafo, se encarga de aclarar cuándo se configura la alteración de la substancia, incluyendo en tal categoría a aquellos actos que modifican la materia, forma o destino de la cosa o los que de algún modo menoscaban el bien que constituye el objeto del usufructo.<sup>7</sup> En consecuencia, claramente las facultades de uso y goce atribuidas al usufructuario se encuentran con una valla infranqueable dada por la obligación de conservar la sustancia del objeto (en el sentido legal explicado).<sup>8</sup> El fundamento de esta restricción radica en que siendo el derecho real de usufructo de carácter esencialmente temporal, su titular deberá restituir en algún momento el objeto a su propietario, quien debe poder continuar con el aprovechamiento del bien.

Respecto del destino, el artículo 2145 CCCN establece que el mismo se determina por la convención, la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada al momento de constituirse el usufructo. En consecuencia, este es un tema que los escribanos, como autores del contrato que da origen a este derecho real (en materia inmobiliaria), debemos tener presente, pues las eventuales controversias sobre el destino de la cosa pueden repercutir directamente sobre la subsistencia misma de este derecho real (art. 2152, inc. d)).

En su proyección práctica, el *ius fruendi* se traduce en la facultad que tiene el usufructuario de aprovechar los frutos (naturales, industriales o civiles) que produce el bien fructuario. En tal sentido, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 2141 CCCN, lo

5. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, t. 2, Buenos Aires, Zavallia, 2016, p. 9.

6. En este sentido, se ha sostenido: “Los juristas, como explica Demolombe, cuando emplean el primer vocablo –«substancia» en contraposición a «accidentes»–, lo consideran bajo un aspecto práctico para referirse al conjunto de las cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de esas en cuya virtud las cosas revisten cierta forma y reciben un nombre, con los cuales asumen una especie de personificación; de suerte que bajo ese nombre y forma pertenecen a un género determinado, que se designa como un “substantivo” característico” (LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 4, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010 [2ª ed., ampliada y actualizada por Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini], §1331, p. 71). Lo expresado entre guiones nos pertenece.

7. Resulta ilustrativo sobre esta materia el texto del art. 2892 CCIV: “El usufructuario no puede demoler en todo o en parte ninguna construcción aunque sea para sustituirla por otra mejor, o para usar y gozar de otro modo el terreno, o los materiales de un edificio. Si en el usufructo hubiere casas, no puede cambiar la forma exterior de ellas, ni sus dependencias accesorias, ni la distribución interior de las habitaciones. Tampoco puede cambiar el destino de la casa, aun cuando aumentase mucho la utilidad que ella pudiese producir”.

8. No obstante, se ha sostenido que esta limitación debe interpretarse de modo tal que armonice con el derecho de uso y goce acordado, de manera que si la cosa, por acción del tiempo y del uso, ha sufrido modificaciones que hacen imposible que sea utilizada como antes, el usufructuario podría transformarla. Ver MALIZIA, Roberto, “Derechos reales de disfrute: usufructo, uso, habitación”, en Kiper, C. M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 504.

determinante para atribuir la propiedad de los frutos al usufructuario es la fecha de su percepción. En efecto, pertenecen al usufructuario todos los frutos percibidos durante la vigencia de su derecho real, aun aquellos que se encontraban pendientes al momento de constituirse el usufructo. En cambio, los que estuvieren pendientes al momento de la extinción del usufructo pertenecen al nudo propietario. Asimismo, es importante destacar que, a diferencia del CCIV, el régimen actualmente vigente no prevé un trato diferencial para los frutos civiles.<sup>9</sup>

Respecto del usufructo de los animales, cuando forman un conjunto, debe tenerse presente la obligación de reponer los que se pierden si no se opta por pedir la extinción del derecho real (art. 2141, inc. a), *in fine*).

En cuanto a los productos, los únicos que pertenecen al usufructuario son los que se encontraban pendientes al momento de constituirse su derecho real. Esto es así toda vez que, conforme a lo establecido en el artículo 231 CCCN, no siendo los productos objetos renovables, su separación o extracción conlleva una alteración o disminución de la substancia de la cosa, lo que colisiona con la naturaleza ya explicada del derecho acordado al usufructuario (arts. 2129 y concs.), quedándole prohibido a este adquirir los productos de la cosa.<sup>10</sup>

Por último, en el marco de estas facultades inherentes al aprovechamiento de la cosa, el artículo 2143 le acuerda al usufructuario la posibilidad de realizar mejoras que exceden las de mero mantenimiento o necesarias –a las que está obligado por el artículo 2146– siempre y cuando no se altere la sustancia. En tales supuestos, luego podrá retirar esas mejoras en tanto no se ocasionen daños a la cosa. Es importante destacar que en caso de no poder retirarlas, el usufructuario no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna al nudo propietario, pues se entiende que tal inversión ha quedado compensada por el aprovechamiento de la cosa, solución que nos parece cuestionable en los casos de usufructo oneroso en donde el usufructuario tiene a su cargo una prestación para poder acceder al uso y goce.

### 2.2.2. Facultades de disposición

El CCCN ha introducido una variación trascendental sobre el derecho real de usufructo toda vez que en la estructura del CCIV el *ius abutendi* escapaba de las prerrogativas del usufructuario, pero hoy, tal como expresamente lo indica el concepto legal, el usufructuario puede “disponer jurídicamente” del bien objeto del usufructo. Como advierte Kiper, la facultad de disponer no se refiere al dominio, obviamente, sino al propio derecho de usufructo;<sup>11</sup> así, esta facultad debe analizarse teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2142 CCCN, que nos da las pautas para entender hasta dónde se extienden estas facultades dispositivas:

9. “En el Código anterior, se mencionaba (art. 2865) que en el caso de los frutos civiles, éstos convergen y se adquieren día a día y pertenecen al usufructuario o al propietario en proporción al tiempo que dure el usufructo, aunque no se hayan percibido” (BRAIDOT, Eliana V., [comentario al art. 2142], en Medina, G. y Rivera, J. C. [dirs.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 734).

10. Téngase presente que en lo referente a usufructo de minas, la regla se ve alterada por el art. 338 del [Código de Minería](#).

11. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 1), t. 2, p. 70.

*Derechos reales y personales.* El usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo. Con carácter previo a la transmisión, el adquirente debe dar al nudo propietario garantía suficiente de la conservación y restitución del bien.

El usufructuario puede constituir los derechos reales de servidumbre y anticresis, uso y habitación y derechos personales de uso o goce. En ninguno de estos casos el usufructuario se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario.

El artículo bajo estudio le acuerda al usufructuario, en primer término, la facultad de transmitir su derecho de usufructo, lo que implica una ruptura con el CCIV, pues si bien en él se admitía la posibilidad de “ceder el ejercicio” (art. 2870), la posición dominante en la doctrina y la jurisprudencia vedaba la posibilidad de transmitir el derecho real propiamente dicho.<sup>12</sup> En consecuencia, se trata de un contrato oneroso o gratuito en virtud del cual se le transfiere a un tercero el derecho real de usufructo con todas sus prerrogativas, debiendo tenerse en cuenta que si el objeto de tal derecho fuere una cosa inmueble, será necesaria la escritura pública y la tradición más la inscripción registral a los fines de su oponibilidad.

Es fundamental destacar que, en este caso, la vida del transmitente y no la del adquirente es la que marca la subsistencia del derecho real, salvo que se hubiere pactado un plazo o condición resolutoria que acaezca con anterioridad. Es decir, muerto el transmitente se extingue el derecho real, aun cuando el cesionario estuviere vivo. Cabe preguntarse cuál es la solución legal a aplicar en caso de que ocurra lo contrario, es decir, si el cesionario muere antes que el cedente. Ante este interrogante, tanto Kiper como Abella y Mariani de Vidal responden que se produce la extinción del usufructo, no siendo posible admitir la reversión de tal derecho en cabeza del transmitente.<sup>13</sup>

En caso de transmisión del derecho real, el cesionario está obligado (“debe”) a darle al nudo propietario garantía suficiente de la conservación y restitución del bien. Se discute si, como consecuencia de la transmisión del derecho real de usufructo, el transmitente queda o no liberado de responsabilidad frente al nudo propietario. Parte de la doctrina argumenta que no se opera tal liberación, toda vez que, en la última parte del segundo párrafo del artículo 2142, al abordar la constitución de derechos reales y personales por el usufructuario, se deja aclarado que el usufructuario no se exime de responsabilidades.<sup>14</sup>

Por nuestra parte, abonando la posición sostenida por Urbaneja,<sup>15</sup> consideramos que, por un lado, la redacción del artículo 2142 lleva a la conclusión contraria, pues la aclaración de que el usufructuario originario no se libera de responsabilidad ha sido incluida en el párrafo referente a la constitución de los derechos reales y per-

12. El mayor exponente de la tesis minoritaria, que sostenía la posibilidad de transmitir el derecho real en el contexto del CCIV, fue Jorge Alterini, cuyos argumentos pueden encontrarse en ALTERINI, Jorge H. (y ALTERINI, Ignacio E., colab.), (comentarios al §1363), en Lafaille, H., ob. cit. (cfr. nota 6), t. 4, §1363 ter, p. 121.

13. Ver KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 1), t. 2, p. 91; ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (cfr. nota 5), t. 2, p. 28.

14. Ver ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (cfr. nota 5), t. 2, p. 28. Por su parte, Kiper se inclina en igual sentido si bien acepta que la cuestión es dudosa (KIPER, Claudio M., ob. cit. [cfr. nota 1], t. 2, p. 91).

15. Ver URBANEJA, Marcelo E., (comentario al art. 2142), en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 387.

sonales por parte de aquel, en consecuencia de lo cual solo parece aplicarse en tales casos. De haber querido el legislador englobar también el supuesto de transmisión del derecho real, debería haberse introducido esa aclaración en un párrafo separado. Por otro lado, la obligación que se le impone al adquirente de constituir garantía suficiente por la conservación y restitución del objeto solo se justifica si admitimos la liberación del transmitente. Concordantemente con esta transmisibilidad acordada al derecho real de usufructo, el artículo 2144 CCCN establece que los acreedores del usufructuario podrán embargar y ejecutar el derecho real de su deudor. En tal supuesto –al igual que sucede con la enajenación voluntaria–, el adquirente en subasta deberá prestar garantías suficientes. Cabe agregar –aunque la norma no lo diga– que en este caso es también la vida del usufructuario originario (deudor ejecutado) la que marca el límite máximo de vigencia del usufructo.<sup>16</sup>

Por último, cabe destacar que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), se expidieron dos dictámenes respecto de la posibilidad jurídica de prohibir o limitar la transmisibilidad del derecho real de usufructo:

- a) Dictamen de mayoría: No es posible pactar cláusulas de inenajenabilidad en caso de usufructo, toda vez que conculca lo dispuesto por los artículos 1884 y 1906 del CCyC.
- b) Dictamen de minoría: Es posible que los sujetos involucrados en la constitución de un derecho de usufructo puedan pactar cláusulas de inenajenabilidad, en los términos previstos en el artículo 1972 del CCyC.<sup>17</sup>

Por nuestra parte, por la clara letra del artículo 1906 CCCN y de la garantía suficiente que el cesionario debe darle al nudo propietario con carácter previo a la transmisión, no encontramos argumentos normativos ni axiológicos que nos permitan sostener la posibilidad de pactar tales cláusulas. Por tal motivo, como recomienda Urbaneja, en caso de que el propietario no quiera tener que lidiar con cesionarios, deberá recurrirse a la constitución del derecho real de habitación en lugar del derecho real de usufructo.<sup>18</sup>

Por otro lado, y siguiendo con las facultades de disposición, el artículo 2142 CCCN agrega, en su segundo párrafo, que el usufructuario puede constituir derechos reales de servidumbre, uso, habitación y anticresis, coincidiendo con lo establecido en los artículos 2168 y 2213, lo cual resulta lógico toda vez que estos pueden ser constituidos por titulares de derecho reales que se ejerce con la posesión.

16. Al respecto, se ha sostenido: “En la adquisición del derecho real de usufructo por vía de la subasta judicial, el límite del usufructo queda sujeto al término pactado en el contrato constitutivo de usufructo o bien a la vida del usufructuario que figura en el título que dio origen al usufructo. El hecho de que la adquisición del derecho real de usufructo se haga por vía de subasta judicial, no puede empeorar la situación del nudo propietario...” (KIPER, Claudio M., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 94). En idéntica posición, y analizando el art. 2144 CCCN, se ha dicho: “debería funcionar, respecto de la duración del derecho del adquirente, idéntica limitación temporal: la vida del usufructuario-enajenante, tanto para casos de transmisión voluntaria (verbigracia, compraventa) como forzosa (verbigracia, subasta judicial), mas la norma específica no lo prevé expresamente así, lo que obliga a una discutible interpretación extensiva” (FUSTER, Gabriel A., “Algunas consideraciones en torno al concepto, al objeto y la legitimación del derecho real de usufructo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, N° 92, 2015, p. 195. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: *Revista Notarial*; última consulta: 15/5/2019]).

17. Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015): comisión N° 5 “Derechos reales. Usufructo” > subtema V “Transmisibilidad” > a) *De lege lata* > 2) Cláusulas de inenajenabilidad. [N. del E.: ver [aquí](#), p. 5; fuente: [web de las Jornadas](#); última consulta: 15/5/2019].

18. URBANEJA, Marcelo E., ob. cit. (cfr. nota 15), p. 387.

Respecto de la constitución de derechos personales, se trata de una facultad lógica que se encuentra anexa a las facultades de uso y goce atribuidas al usufructuario, quien, obviamente, puede celebrar contratos de locación o comodato. Es de vital importancia tener presente que la constitución de derechos reales y personales no acarrea liberación de las responsabilidades que el usufructuario tiene frente al nudo propietario, como surge expresamente del artículo y ha sido desarrollado precedentemente.

En todos los casos, se trate de transmisión del derecho de usufructo o constitución de derechos reales o personales, la extinción del derecho del usufructuario conlleva la conclusión del derecho de los sucesores particulares de este como así también de los derechos reales y personales por aquel constituido, conforme surge del artículo 2153 CCCN.

Por último, no queremos dejar de mencionar que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, arriba mencionadas, se concluyó por unanimidad que

El usufructuario puede afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda previsto por los arts. 244 y ss. del CCyC, si concurren los requisitos exigidos por dichas normas. En tal caso, la afectación al régimen de vivienda durará solo mientras exista el usufructo, salvo que el dominio se consolide en cabeza del usufructuario.<sup>19</sup>

Celebramos esta conclusión pues consideramos que, siendo actualmente el derecho real de usufructo susceptible de ejecución, resulta de toda justicia permitirle al usufructuario resguardar el inmueble que constituye su vivienda.

### 2.3. Obligaciones a cargo del usufructuario

Siguiendo el esquema tradicionalmente propuesto para la exposición de esta temática, distinguiremos entre las obligaciones anteriores a entrar en el uso y goce de la cosa, por un lado, y, por otra parte, las obligaciones posteriores a tal instancia.

#### 2.3.1. Obligaciones del usufructuario antes de entrar en el uso y goce

En la etapa previa a entrar en el uso y goce de la cosa, puedan generarse dos obligaciones a cargo del usufructuario: inventario y garantía.<sup>20</sup>

Conforme al artículo 2137 CCCN, el inventario y la determinación del estado del objeto del usufructo solo se erige en obligación propiamente dicha –y se impone la forma escritura pública– cuando alguna de las partes fuera menor de edad o incapaz o bien cuando este derecho real fuese constituido por testamento. En los restantes casos, es decir, cuando se ha constituido por un acto entre vivos y solo están involucradas personas mayores y capaces, el inventario resulta facultativo y puede hacerse aun por instrumento privado. Ante la falta de realización de este inventario y relevamiento del estado del objeto cabe destacar dos cuestiones: 1) por un lado, tal omisión no afecta de

19. Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015): comisión N° 5 “Derechos reales. Usufructo” > subtema IV “Facultades del usufructuario” > a) *De lege lata* > 1. Afectación al régimen de protección de la vivienda. [N. del E.: ver [aquí](#), p. 4; fuente: [web de las Jornadas](#); última consulta: 15/5/2019].

20. Adviértase que decimos que “pueden” generarse estas obligaciones porque, como se verá, solo se dan excepcionalmente.

ningún modo la plena existencia y validez del derecho real constituido, sino que genera una presunción de que los bienes dados en usufructo se corresponden con la cantidad indicada en el título y que se encuentran en buen estado de conservación; y 2) la parte interesada puede reclamar en cualquier momento el cumplimiento de este recaudo.<sup>21</sup>

Respecto de la garantía suficiente por la conservación y restitución de los bienes dados en usufructo, y atento al texto del artículo 2139 CCCN, el usufructuario solo está obligado a cumplir tal resguardo previamente a entrar en el uso y goce cuando esto se hubiera estipulado en el acto de constitución; en consecuencia, si nada se dice, no se genera esta obligación. Adviértase que, a diferencia del artículo 2851 CCIV, ahora se habla de garantía y no de fianza; por lo tanto, en caso de ser necesario, se podría recurrir a garantías reales o personales. Por último, no debe perderse de vista que, si bien no existe obligación de constituir garantía (salvo pacto en contrario), en caso de que el usufructuario decida transmitir su derecho real, el artículo 2142 CCCN precedentemente analizado sí le impone al cesionario la obligación de prestar garantía suficiente al nudo propietario.

### 2.3.2. Obligaciones del usufructuario posteriores al ingreso en el uso y goce

Una vez que el usufructuario ha entrado en uso y goce de la cosa, está obligado a respetar su destino (art. 2145 CCCN). Se trata –como lo desarrollamos al tratar el concepto mismo de este derecho real– de una obligación que nace de la propia naturaleza del usufructo, en virtud de la cual el usufructuario no puede alterar la sustancia del objeto fructuario. Ello implica, en los términos del propio artículo 2129 CCCN, la prohibición de alterar la materia, forma o destino de la cosa.

Debe tenerse en cuenta que el destino de la cosa se determina por la convención de las partes, por la naturaleza de la cosa o por el uso a la cual estaba de hecho afectada al constituirse el usufructo. De conformidad con el artículo 2146 CCCN, el usufructuario está obligado a realizar, a su costo, las mejoras de mero mantenimiento, las necesarias y las demás generadas por su culpa. Tal como aclara Kiper, esta obligación encuentra su fundamento en la obligación de no alterar la sustancia de la cosa, pues tal pauta de conducta impone la necesidad de conservar la cosa en su forma y materia:

*El salva rerum substantia* tiene un lado negativo que implica abstenerse de alterarla, de deteriorarla (no hacer), y un lado positivo que conlleva realizar las reparaciones necesarias (hacer).<sup>22</sup>

Por otro lado, y a tenor de lo establecido por el artículo 2147 CCCN, el usufructuario solo debe hacerse cargo de las mejoras que encuentran su causa con posterioridad al acto de constitución de su derecho real. El artículo 2146 CCCN expresamente faculta al nudo propietario para exigirle al usufructuario que realice las mejoras que le competen, debiendo entenderse que si el propietario las ejecutara –previa intimación e inejecución por parte del usufructuario–, podrá exigir su reembolso más sus intereses.

21. Parece acertada la observación que realiza Malizia al advertir que si el objeto del usufructo fuesen cosas muebles no registrables, el inventario (que consiste en la descripción y enumeración de las cosas cedidas) es de orden público, pues es la única forma de determinar el objeto del derecho real (ver MALIZIA, Roberto, ob. cit. [cfr. nota 8], p. 531).

22. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 1), t. 2, p. 100.

Otra de las obligaciones legalmente establecidas consiste en el pago de los tributos y expensas comunes que afectan directamente al objeto del derecho real (art. 2148 CCCN), coincidiendo con lo establecido por el artículo 1939 respecto de las relaciones de poder y obligaciones a cargo del poseedor. Cabe advertir que la norma no hace distinción alguna; en consecuencia, están a cargo del usufructuario toda clase de tributos que gravan directamente el bien, sean ordinarios o extraordinarios y de carácter nacional, provincial o municipal (p.ej.: impuesto inmobiliario, tasas municipales, contribuciones especiales por mejoras, etc.).

Respecto de las expensas comunes, esta norma viene a ratificar lo consagrado en el artículo 2050 CCCN, según el cual: “Además del propietario, y sin implicar liberación de éste, están obligados al pago de los gastos y contribuciones de la propiedad horizontal los que sean poseedores por cualquier título”.

Tal como advierte Urbaneja, el artículo 2148 CCCN solo se proyecta en la relación interna entre el nudo propietario y el usufructuario, pues en definitiva el sujeto obligado al pago del respectivo tributo estará determinado por la propia normativa tributaria local.<sup>23</sup>

A tenor del artículo 2149 CCCN: “El usufructuario debe comunicar al nudo propietario las perturbaciones de hecho o de derecho sufridas en razón de la cosa. Si no lo hace, responde de todos los daños sufridos por el nudo propietario”. Esta imposición resulta lógica, pues, debiendo el usufructuario conservar la cosa y restituirla al nudo propietario una vez extinguido su derecho real, claramente debe desplegar la conducta apropiada para tal fin, incluyéndose en eso la comunicación oportuna de las turbaciones de hecho o de derecho que, en definitiva, pueden tener repercusión en el derecho real de aquel. Por esta razón, debe responder por los daños y perjuicios que su omisión o negligencia ocasionare al nudo propietario.

Por último, y de acuerdo con el artículo 2149 CCCN, como natural consecuencia de la extinción del derecho este derecho real el usufructuario debe restituir el objeto a quien corresponda (en principio será el propietario, pero puede ser otra persona, como ocurriría en caso de que el usufructo hubiera sido constituido por el superficiario). El usufructuario deberá restituir la cosa tal como la recibió, salvo los deterioros normales atribuibles a su uso regular y al paso del tiempo, para lo cual deberá tenerse especialmente en cuenta el inventario que se hubiere hecho o, en su defecto, estarse a la presunción consagrada en el artículo 2138 del CCyC.

#### 2.4. Extinción del derecho real de usufructo

Sin perjuicio de las causales de extinción genéricamente aplicables a todos los derechos reales consagradas en el artículo 1907 CCCN,<sup>24</sup> el artículo 2152 CCCN se encarga de determinar las causales de extinción específicamente referidas al derecho real de usufructo, las que se comentarán a continuación:

23. Ver URBANEJA, Marcelo E., ob. cit. (cfr. nota 15), p. 400.

24. Art. 1907 CCCN: “Extinción. Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena”.

- a) *Muerte del usufructuario*. Siendo el usufructo un derecho real intransmisible por causa de muerte (art. 2140 CCCN), la vida del usufructuario marca el límite temporal máximo de vigencia de este derecho. Por lo tanto, cuando el titular del derecho es una persona humana, el usufructo se extingue a su muerte o por el cumplimiento del plazo o condición resolutoria que se hubiere pactado, lo que ocurra primero. Si no se ha fijado tal plazo o condición, se entiende que es vitalicio.
- b) *Extinción de la persona jurídica*. En caso de que el usufructuario fuere una persona jurídica, la duración máxima del derecho será de cincuenta años si no se ha pactado otro plazo o una condición resolutoria que acaezca antes. Lógicamente, si la persona jurídica se extinguiera, el derecho real de usufructo también dejaría de existir, no pudiendo los integrantes de dicha entidad pretender asumir la titularidad.
- c) *El no uso por diez años*. De acuerdo a este artículo, el no uso por persona alguna, por cualquier razón –aun cuando se tratara de un desuso involuntario–, produce la extinción del derecho real si el mismo se extiende por el plazo de diez años. Desde luego, será cuestión de prueba en un proceso judicial acreditar que se ha configurado esta causal de extinción.
- d) *Uso abusivo y alteración de la substancia*. Como contracara de las obligaciones que pesan sobre el usufructuario derivadas de la propia naturaleza de este derecho real, en caso de que se usara de la cosa de manera abusiva o se alterara su substancia (modificación de materia, forma o destino o menoscabo del bien) y tal extremo se comprobara judicialmente, se producirá la extinción del derecho.

Además de estas causales, Kiper sostiene que, por aplicación de las normas generales referidas a resolución contractual por incumplimiento (arts. 1083 y concs. CCCN), en el supuesto de que el usufructuario no ejecutara alguna de sus obligaciones (el autor citado habla específicamente de la obligación que en materia de tributos y expensas comunes consagra el art. 2148), el nudo propietario podría, por la vía indicada, llegar a la extinción del derecho real.<sup>25</sup>

Por otro lado, y siguiendo en este caso a Urbaneja, cabe agregarles a las causales extintivas lo dispuesto en el artículo 2460, que le permite al legitimario entregar al usufructuario la porción disponible, extinguiendo así el derecho real.<sup>26</sup>

### 3. El cusufructo

#### 3.1. Nociones preliminares

De acuerdo a lo establecido en el artículo 2132 CCCN, es posible que varias personas (humanas o jurídicas) sean conjunta y simultáneamente titulares del derecho real de usufructo sobre un mismo objeto. Adviértase que de la propia redacción de la norma surge que esa pluralidad de sujetos debe darse de manera conjunta y simultánea, no pudiendo

25. Ver KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 1), t. 2, p. 103.

26. Ver URBANEJA, Marcelo E., ob. cit. (cfr. nota 15), p. 406.

establecerse usufructos sucesivos en favor de varias personas, salvo cuando el indicado en un orden precedente no quisiera o no pudiera aceptar el usufructo (art. 2132, último párrafo).<sup>27</sup> No obstante esta proscripción de usufructos sucesivos, adviértase que, en caso de pacto expreso entre el nudo propietario y los cusufructuarios, puede establecerse entre estos últimos el derecho de acrecer, supuesto en el cual la extinción del derecho de uno de ellos no implica la recomposición del derecho del nudo propietario sino el engrosamiento del derecho del otro u otros comuneros.

Los cierto es que cuando se establece este derecho real a favor de varias personas, se configura lo que la doctrina llama cusufructo, que no es más ni menos que una especie de comunidad, entendiéndose por tal “una situación por la que una pluralidad de sujetos es titular de derechos cualitativamente iguales sobre un mismo objeto, que se resuelve mediante la atribución de cuotas”.<sup>28</sup>

Es importante tener presente que cuando el usufructo sobre una cosa o bien es establecido conjunta y simultáneamente a favor de varias personas (cusufructo), es distinto del supuesto de que se constituyan diversos usufructos sobre distintas partes de la misma cosa (este supuesto no constituirá cusufructo sino usufructos independientes).<sup>29</sup>

Hechas las aclaraciones preliminares, emprendemos ahora el abordaje de la faz dinámica de la figura del cusufructo. Para ello, deberemos recurrir a las normas del derecho real de condominio, ya que, atento a la parte pertinente del artículo 1984 CCCN, las normas del título que regulan el condómino se aplican, en subsidio de disposición legal o convencional, a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes.

Nos parece fundamental la aclaración que efectuara Cossari al analizar el artículo 1924 del [Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998](#) (fuente directa del actual art. 1984 CCCN) en cuanto a que si bien la aplicación subsidiaria se ha de hacer salvo disposición legal o convencional

... tratándose de un derecho real deberá siempre acudir a la regulación legal del mismo y luego directamente a las normas del condominio pudiéndose estar a las normas contractuales solo cuando la ley autoriza modificar su estructura...<sup>30</sup>

### 3.2. Facultades del cusufructuario respecto de su parte indivisa

Una de las características del condominio románico es que cada condómino es propietario de una parte ideal o indivisa, carente de materialidad (abstracta), y que marca en definitiva la proporción que cada uno de los titulares tiene sobre la cosa. Respecto de esta cuota parte, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 1989, se deduce que cada

27. Resultan interesantes las reflexiones de Urbaneja sobre esta cuestión que advierten que solo podría darse en la práctica en los casos en los que hay únicamente oferta de usufructo (sin aceptación simultánea por parte del destinatario de la oferta) o constitución de este derecho real por vía testamentaria (ibidem, p. 366).

28. TRANCHINI, Marcela H., “Propiedades especiales. Urbanizaciones cerradas (clubes de campo y barrios cerrados), parques industriales, cementerios privados y tiempo compartido”, en Lafaille, H., ob. cit. (cfr. nota 6), t. 6, §2387, p. 272.

29. Ver ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (cfr. nota 5), t. 2, p. 19.

30. COSSARI, Nelson G. A., “El concepto de comunidad de derechos”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 6/5/2008 (t. 2008-C).

usufructuario puede enajenarla libremente, sin necesidad del consentimiento de los restantes comuneros. Esta norma debe ser concordada con el primer párrafo del artículo 2142 CCCN, que consagra la posibilidad de transmitir el derecho real de usufructo. Por otro lado, y coincidiendo con el artículo 2144, los acreedores están también facultados a embargar el derecho indiviso y eventualmente ejecutarlo.

Insistiendo en lo que ya se ha sostenido, en ambos casos –enajenación voluntaria o forzosa– el adquirente debe constituir garantía suficiente en favor del nudo propietario por la conservación y restitución de la cosa, y es la vida del usufructuario original la que marca el límite máximo de vigencia del usufructo.

Por último, el artículo 1989 bajo análisis establece que el condómino puede “gravar” su parte indivisa, lo que, en materia de cusufructo, exige tener en cuenta que, dado el carácter inmaterial o abstracto de la cuota parte, no podría el cusufructuario constituir derecho real de anticresis, servidumbre o habitación sobre su parte indivisa, ya que tales derechos reales necesariamente han de recaer sobre toda la cosa o sobre una parte materialmente determinada (arts. 2212, 2162 y 2159 CCCN). Por ese motivo, tales actos jurídicos solo pueden ser otorgados con el consentimiento de todos los comuneros. En cambio, sí podría constituir sobre esta parte indivisa derecho real de uso, a tenor de lo establecido en el artículo 2154 CCCN.<sup>31</sup>

### 3.3. Facultades respecto del objeto común

Siguiendo los lineamientos del artículo 1986 CCCN, cada cusufructuario, conjunta o individualmente, puede usar y gozar del bien fructuario siempre y cuando –además de procurar no alterar su sustancia– no lo deteriore en su propio interés ni impida el ejercicio de sus respectivas facultades a los restantes comuneros. En definitiva, la ley le reconoce a cada miembro de la comunidad el derecho de aprovechar la cosa, pero exige que su conducta individual no obstaculice el aprovechamiento del objeto por parte de los restantes titulares ni menoscabe el bien.

En materia de uso y goce de la cosa, el artículo 1987 CCCN consagra expresamente la posibilidad de que los comuneros celebren un convenio de uso y goce, pudiendo acordar un aprovechamiento alternado o bien un ejercicio de sus derechos exclusivo y excluyente sobre determinadas partes materiales. Por ejemplo, imaginemos que el usufructo recae sobre un inmueble ubicado en zona turística; podría pactarse que cada usufructuario hará uso del bien cada quince días o, si su envergadura lo permite, se podría acordar el disfrute exclusivo y excluyente de determinadas partes materiales a favor de distintos cusufructuarios.<sup>32</sup>

31. Ver ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (cfr. nota 5), t. 1, p. 202.

32. Respecto de la posibilidad de hacer recaer derechos reales sobre partes materialmente determinadas de una cosa, recuérdese que el art. 1883 CCCN, ubicado en la parte general del libro dedicado a los derechos reales, expresamente autoriza tal extremo y que, en materia de usufructo, el art. 2130 CCCN ratifica ese criterio. Resultan muy interesantes las consideraciones vertidas durante la vigencia del CCIV por SOLIGO SCHULER, Nicolás A., “Los derechos reales sobre partes materiales de la cosa”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 965, 2010, pp. 459 y ss. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: *Revista Notarial*; última consulta: 15/5/2019].

No debe perderse de vista que este convenio es “de uso y goce”, es decir, no implica una subdivisión jurídica de la cosa sino una determinación de una parte material de esta (que se mantiene jurídicamente intacta), por lo que no se realiza en base a un plano de subdivisión aprobado por organismo catastral sino que alcanza con un croquis privado. Es importante tener presente que este convenio –al no implicar acto partitivo propiamente dicho– solo hace nacer derechos personales. En consecuencia, puede otorgarse mediante instrumento público o privado y carece de vocación registral; por lo tanto, no será oponible a terceros adquirentes de las partes indivisas, a menos que estuviere incorporado al instrumento de constitución del cusufructo.<sup>33</sup>

Ahora bien, si algún cusufructuario hiciera uso y goce excluyente de la cosa o bien –contrariando lo pactado en un convenio– hiciera un aprovechamiento en medida mayor o en calidad distinta a la acordada, los restantes cusufructuarios podrán solicitar el cese de tal conducta o bien requerir una compensación por ese uso, que normalmente se fijará teniendo en cuenta el valor locativo del bien (art. 1988 CCCN). Lo importante a tener en cuenta respecto de esta indemnización es: a) solo se generará desde el momento en que se plantee fehacientemente la oposición a ese uso excluyente o distinto al acordado; b) solo tiene derecho a cobrarla el comunero que haya notificado tal decisión; es decir, los restantes cusufructuarios que nada han dicho no podrán exigir la compensación hasta tanto no formulen su propia oposición. Esto se debe a que mientras no haya oposición se entiende que hay un consentimiento tácito con tal situación.<sup>34</sup>

### 3.4. Administración del objeto común

Puede darse el caso de que por la propia naturaleza del bien fructuario o por el desacuerdo entre los cusufructuarios no sea posible el uso y goce común del objeto, supuesto en el cual los comuneros deben decidir en asamblea sobre su administración (art. 1993 CCCN). Todos los cusufructuarios deberán ser citados a dicha asamblea por medio fehaciente (carta documento, acta notarial, etc.) y con anticipación razonable, la cual se determinará teniendo en cuenta las particularidades de cada caso (domicilio de los cusufructuarios, urgencia de la cuestión, etc.)

La convocatoria debe informar la finalidad de la asamblea para que los comuneros sepan qué se ha de tratar, en orden a recabar información y tomar las medidas preliminares necesarias para alcanzar eventualmente una decisión juiciosa. También –aunque el artículo 1994 CCCN no lo aclare– deberá indicarse el día, la hora y el lugar donde se llevará a cabo la asamblea.

La decisión se toma por resolución de la mayoría absoluta de los comuneros, computada según el valor de las partes indivisas, aun cuando corresponda a uno solo.<sup>35</sup> Adviértase que se exige mayoría absoluta, es decir, más de la mitad; por lo tanto, el quórum mínimo será ese. Como lo indica el propio artículo 1994 CCCN, esa mayoría se computa sobre las partes indivisas y no por persona; en consecuencia, si un cusufructuario os-

33. Ver ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit. (cfr. nota 5), t. 1, p. 207.

34. Ver KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 1), t. 1, p. 474.

35. Esto marca una clara diferencia práctica con la comunidad hereditaria, donde las decisiones de este tipo exigen unanimidad (art. 2325 CCCN)

tentara una cuota parte equivalente al 51% o más, podrá imponer su voluntad al resto. Finalmente, la computación debe hacerse sobre el total de la comunidad y no solo sobre los comuneros presentes. Como puede verse, la legislación actualmente vigente marca un importante avance respecto del derogado CCIV, en el que se exigía un quórum unánime, lo que llevaba a que la actitud remisa de un comunero fuera suficiente para paralizar la dinámica comunitaria (arts. 2699 y 2703 CCIV).

Por último, el artículo 1994 se encarga de establecer que en caso de empate decidirá la suerte. Cabe aclarar, siguiendo a Kiper, que el mecanismo de la suerte como herramienta definitoria solo es aplicable cuando dos o más mociones resultan igualmente apoyadas (empatadas), de manera tal que si no se da esa situación (empate) no es posible recurrir a este mecanismo, no pudiendo en definitiva tomarse ninguna decisión válida.<sup>36</sup> En el caso de que la comunidad estuviere constituida por dos usufructuarios que ostentan partes iguales y uno de ellos, pese a haber sido notificado, no asistiera a la asamblea, deberá considerarse aplicable, por vía analógica, la suerte para decidir. Ahora bien, consideramos que cuando el cusufructo se ha establecido entre cónyuges, la cuestión relativa a la administración de la cosa debe resolverse a la luz del artículo 471 CCCN. En consecuencia, la decisión deberá ser tomada conjuntamente por ambos, independientemente del porcentual que pudiere corresponderles en la comunidad, y, en caso de disenso, el que toma la iniciativa del acto podrá requerir la pertinente autorización judicial.

En cuanto a los frutos devengados por la administración, salvo pacto en contrario, se distribuirán en proporción a la parte indivisa de cada cusufructuario (art. 1995). Al respecto, debe tenerse presente el artículo 1983, según el cual las partes de los comuneros se presumen idénticas.

### 3.5. Obligación de contribuir a los gastos

Tal como se desarrollara oportunamente, el usufructuario está obligado a realizar las mejoras de mero mantenimiento y las necesarias que reconocieran su causa con posterioridad al acto de constitución de su derecho (arts. 2146 y 2147 CCCN) y a pagar los tributos y expensas que graven directamente la cosa (art. 2148 CCCN). Ahora bien, en caso de configurarse una situación comunitaria en materia de usufructo, deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 1991 y 1992, correspondiendo analizar el aspecto interno (relación entre los condóminos) por un lado y el aspecto externo (relación respecto de los terceros) por otro lado.

En la relación interna, debemos recurrir al artículo 1991 citado, que, como primera medida, consagra la obligación de los comuneros de contribuir en los gastos en la proporción de sus partes indivisas. En consecuencia, si un cusufructuario hubiere abonado en exceso con relación a su parte, los otros deben reembolsarle. Como lógica derivación de ello, el cusufructuario que solventó los gastos puede reclamar los intereses desde el día del pago. Por último, el cusufructuario no se libera de tal obligación por renuncia de su derecho. En definitiva, lo que la ley busca es que los gastos inherentes al objeto sean distribuidos en proporción a la participación que cada usufructuario tiene en la comu-

36. Ver KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 1), t. 1, p. 482.

nidad, procurando equiparar los desequilibrios. Asimismo, debe tenerse en cuenta que si se trata de mejoras útiles introducidas por uno de los cusufructuarios, estas deben ser soportadas por el comunero que decidió realizarlas, no pudiendo reclamarles reintegro a los restantes (marca una excepción al art. 1938 CCCN).<sup>37</sup>

En cuanto a la relación extrínseca (art. 1992 CCCN), es decir, frente a los acreedores de las deudas contraídas en beneficio de la comunidad, el obligado frente al tercero será el cusufructuario que contrajo la deuda, pero –conforme a lo consagrado en el analizado artículo 1991– tiene acción para exigir el reembolso de lo pagado contra los otros comuneros. Si todos los cusufructuarios se obligaron sin mencionar cuota ni solidaridad, se configurará una obligación simplemente mancomunada (art. 825), prorrateándose la deuda en partes iguales, de manera tal que el que hubiera abonado en exceso de su parte indivisa podrá exigir el reembolso de dicho excedente. La misma solución cabría cuando se hubiere pactado la solidaridad y uno solo de los comuneros se hubiere visto obligado a abonar toda la deuda (art. 841). Si, en cambio, se hubiere hecho mención a la proporción de la participación, el acreedor solo podrá exigir a cada cusufructuario en tal proporción.

Por todo lo precedentemente expuesto, si, por ejemplo, un cusufructuario contrata los servicios de un albañil para realizar una mejora necesaria, será ese comunero el único obligado frente a ese acreedor, pero, una vez pagada la deuda, podrá dirigirse a los restantes cusufructuarios para que le reembolsen lo que exceda de su parte indivisa.

### 3.6. Extinción y partición en el cusufructo

Respecto de la extinción del usufructo, nos remitimos a lo desarrollado en el acápite 2.4., debiendo aclarar simplemente que las causales previstas en el artículo 2152 CCCN se aplican independientemente a cada usufructuario, de manera tal que si, por ejemplo, uno de los cusufructuarios ha incurrido en uso abusivo comprobado judicialmente, solo se extinguirá el derecho de ese infractor. En caso de muerte de un cusufructuario, se extinguirá el derecho respecto de su parte indivisa, salvo que se hubiere establecido el derecho de acrecer (artículo 2132 del CCyC). Por su parte, respecto de la extinción por no uso, la actividad desplegada por uno de los cusufructuarios beneficia al resto, impidiendo la conclusión del usufructo.

Por último, no queremos dejar pasar la oportunidad para abordar una causal de extinción específicamente aplicable a las comunidades de derechos, esto es, la partición. En términos generales, podemos decir que la partición es el acto jurídico mediante el cual los comuneros materializan su parte ideal, transformándola en bienes concretos sobre los cuales se adjudican derechos exclusivos.<sup>38</sup> La ley procura que la división sea en especie, es decir, que se les adjudique a los comuneros una parte concreta de la cosa sobre la cual recaía la comunidad. Pero, en ocasiones, tal modo de partición no es viable, ya que por cuestiones jurídicas u ontológicas no es factible el fraccionamiento del objeto, supuesto en el cual se debe recurrir a la partición por venta o licitación.

37. Ver *idem*, p. 475.

38. Ver BORDA, Guillermo A., *Manual de sucesiones*, Buenos Aires, LexisNexis-AbeledoPerrot, 2004, p. 185.

En materia de cousufructo, entendemos que no es posible plantearse la posibilidad de una división en especie pues el fraccionamiento material de la cosa implica un acto dispositivo que excede las facultades legalmente acordadas a los usufructuarios, entrando, además, una violación a la primaria obligación de conservar la sustancia.<sup>39</sup>

Descartada tal posibilidad, nos atrevemos a invitar a pensar en la posibilidad de que se practique una partición del cousufructo por vía de la venta o la licitación. Supongamos que la relación entre los cousufructuarios es insostenible, no pueden arribar a un convenio de uso y goce y las asambleas convocadas para resolver sobre la administración de la cosa común resultan fallidas (por falta de quórum o porque ninguna decisión logra prevalecer ni se configura un empate capaz de habilitar la resolución por la suerte). ¿Es que acaso están condenados –los propios interesados y la comunidad en su conjunto– a mantener la cosa en un estado de parálisis e improductividad?

Lógicamente, en la estructura del CCIV resultaba inimaginable plantearse si quiera esta idea, ya que el derecho del usufructuario se limitaba al uso y goce. Pero, a la luz del ordenamiento actualmente vigente, que le confiere al usufructuario la disposición jurídica del bien (art. 2129), acordándole expresamente la facultad de transmitir su derecho (art. 2142), no vemos inconveniente en que se proceda a la liquidación de la comunidad mediante la venta (voluntaria o forzosa) del usufructo, distribuyendo lo producido entre los comuneros en proporción a su parte indivisa, o bien instar el proceso de licitación (art. 2372) en orden a que, siguiendo tal procedimiento, el usufructo total se adjudique a alguno de los comuneros.

Adviértase que en nada se perjudicaría al nudo propietario pues, en caso de venta del derecho real de usufructo, el adquirente deberá constituir garantía suficiente por la conservación y restitución del bien; y, por otro lado, será la vida de los usufructuarios originarios la que marcará el límite temporal máximo del gravamen o su extinción parcial (si no se hubiere pactado el derecho de acrecer). En caso de la licitación, ocurriría lo mismo, con la ventaja incluso de que seguirá vinculado a un usufructuario ya conocido.

Hemos abordado las principales dimensiones del cousufructo en su faz dinámica, procurando brindar ideas que sirvan de herramientas interpretativas de la normativa actualmente vigente, en orden a la aplicación práctica de este figura, sin pretender agotar las consideraciones que el derecho real de usufructo –en sí mismo considerado– invita a realizar.

#### 4. Conclusiones

El cousufructo es una comunidad de derechos que se configura cuando el derecho real de usufructo es establecido en favor de dos o más personas de manera conjunta y simultánea sobre un mismo objeto, atribuyendo a cada titular una parte indivisa. Tal situación comunitaria constituye una realidad jurídica de gran vigencia en la práctica, lo que impone la necesidad de que los notarios prestemos atención no solo a la redacción del instrumento que dará origen a este derecho real sino también a la manera en que el mismo se desenvuelve en la dinámica cotidiana.

39. En tal sentido, se ha sostenido que el plano que tiene por objeto la división de un inmueble constituye un acto de disposición material. Ver SABENE, Sebastián, *Registro catastral*, Buenos Aires, Zavalía, 2013, p. 71.

En ese orden de ideas, y por la remisión contenida en el artículo 1984 del Código Civil y Comercial, las soluciones deberán buscarse a la luz de las normas que rigen el derecho real de condominio, en cuanto fueren compatibles, lo que permite arribar a las siguientes conclusiones:

- De acuerdo a lo establecido en el artículo 1989, cada usufructuario puede enajenar libremente su parte indivisa –con los alcances del artículo 2142– sin necesidad del consentimiento de los restantes comuneros.
- Los acreedores de los cousufructuarios están facultados a embargar el derecho indiviso y eventualmente ejecutarlo.
- En ambos casos –enajenación voluntaria o forzosa–, el adquirente debe constituir garantía suficiente por la conservación y restitución de la cosa, y es la vida del usufructuario original la que marca el límite máximo de vigencia del usufructo.
- Dado el carácter inmaterial o abstracto de la cuota parte, no podría el cousufructuario constituir derecho real de anticresis, servidumbre o habitación sobre su parte indivisa, ya que tales derechos reales necesariamente han de recaer sobre toda la cosa o sobre una parte materialmente determinada (arts. 2212, 2162 y 2159). Por ese motivo, tales actos jurídicos solo pueden ser otorgados con el consentimiento de todos los comuneros. En cambio, sí podría constituir sobre esta parte indivisa derecho real de uso, a tenor de lo establecido en el artículo 2154.
- En cuanto al uso y goce del objeto común, la ley le reconoce a cada miembro de la comunidad el derecho de aprovechar la cosa, pero exige que su conducta individual no obstaculice el aprovechamiento del objeto por parte de los restantes titulares, ni menoscabe el bien, admitiéndose la posibilidad de celebrar convenios, pudiendo acordarse un aprovechamiento alternado o bien un ejercicio de sus derechos exclusivo y excluyente sobre determinadas partes materiales.
- Estos convenios de uso y goce –al no implicar acto partitivo propiamente dicho– solo hacen nacer derechos personales. En consecuencia, pueden otorgarse mediante instrumento público o privado y carecen de vocación registral, y, por lo tanto, no serán oponibles a terceros adquirentes de las partes indivisas, a menos que estuvieren incorporados al instrumento de constitución del cousufructo.
- Si algún cousufructuario hiciera uso y goce excluyente de la cosa o bien –contrariando lo pactado en un convenio– hiciera un aprovechamiento en medida mayor o en calidad distinta a la acordada, los restantes cousufructuarios podrán solicitar el cese de tal conducta o bien requerir una compensación por ese uso, que normalmente se fijará teniendo en cuenta el valor locativo del bien (art. 1988). Esa indemnización solo se generará hacia el futuro y en beneficio exclusivo del comunero que hubiere manifestado su oposición.
- Si por la propia naturaleza del bien fructuario o por el desacuerdo entre los cousufructuarios no es posible el uso y goce común del objeto, los comuneros deben decidir en asamblea sobre su administración (art. 1993).
- Esa asamblea debe ser notificada a todos los cousufructuarios por medio fehaciente y con anticipación razonable, haciéndoles saber la finalidad de la reunión y el día, hora y lugar donde se llevará a cabo.

- La decisión se toma por resolución de la mayoría absoluta de todos los comuneros (no solo de los presentes), computada según el valor de las partes indivisas, aun cuando corresponda a uno solo.
- El artículo 1994 del Código Civil y Comercial se encarga de establecer que en caso de empate decidirá la suerte. En el caso de que la comunidad estuviere constituida por dos usufructuarios que ostentan partes iguales y uno de ellos, pese a haber sido notificado, no asistiera a la asamblea, deberá considerarse aplicable, por vía analógica, la suerte para decidir.
- Los frutos devengados por la administración, salvo pacto en contrario, se distribuirán en proporción a la parte indivisa de cada cousufructuario, las que se presumen iguales (art. 1983).
- En cuanto a los gastos de la comunidad, debe distinguirse el aspecto interno del externo de la relación generada. En la primera dimensión, la ley procura que cada comunero responda en proporción a su parte indivisa; en consecuencia, el que pagó de más tiene acción contra los restantes por el exceso. Frente a los terceros, el comunero que contrajo la obligación queda constituido en único deudor. Si todos contrataron pero no especificaron proporción ni solidaridad, se configura una obligación simplemente mancomunada. En todos los casos, se aplican las reglas de reembolso (faz interna).
- Respecto de la posibilidad de extinguir el cousufructo por partición, entendemos que no es posible plantearse la posibilidad de una división en especie pues el fraccionamiento material de la cosa implica un acto dispositivo que excede las facultades legalmente acordadas a los usufructuarios, entrañando además una violación a la primaria obligación de conservar la sustancia.
- Descartada tal posibilidad, y teniendo en cuenta que el ordenamiento actualmente vigente le confiere al usufructuario la disposición jurídica del bien (art. 2129), acordándole expresamente la facultad de transmitir su derecho (art. 2142), no vemos inconveniente en que se proceda a la liquidación de la comunidad mediante la venta (voluntaria o forzosa) del usufructo, distribuyendo lo producido entre los comuneros en proporción a su parte indivisa, o bien se inste el proceso de licitación (art. 2372) en orden a que, siguiendo tal procedimiento, el usufructo total se adjudique a alguno de los comuneros.
- Adviértase que en nada se perjudicaría al nudo propietario pues, en caso de venta del derecho real de usufructo, deberá el adquirente constituir garantía suficiente por la conservación y restitución del bien, y, por otro lado, será la vida de los usufructuarios originarios la que marcará el límite temporal máximo del gravamen o su extinción parcial.

## 5. Bibliografía

- AA.VV., (conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Bahía Blanca, 2015]).
- ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavalía, 2016.

- ALTERINI, Jorge H. (y ALTERINI, Ignacio E., colab.), (comentarios al §1363), en Lafaille, H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 4, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010 (2ª ed., ampliada y actualizada por Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini).
- BORDA, Guillermo A., *Manual de sucesiones*, Buenos Aires, LexisNexis-AbeledoPerrot, 2004.
- BRAIDOT, Eliana V., (comentario al art. 2142), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- COSSARI, Nelson G. A., “El concepto de comunidad de derechos”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 6/5/2008 (t. 2008-C).
- FUSTER, Gabriel A., “Algunas consideraciones en torno al concepto, al objeto y la legitimación del derecho real de usufructo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Nº 92, 2015.
- KIPER, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2017 (2ª ed., act.).
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010 (2ª ed., ampliada y actualizada por Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini).
- MALIZIA, Roberto, “Derechos reales de disfrute: usufructo, uso, habitación”, en Kiper, C. M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- SABENE, Sebastián, *Registro catastral*, Buenos Aires, Zavalía, 2013.
- SOLIGO SCHULER, Nicolás A., “Los derechos reales sobre partes materiales de la cosa”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 965, 2010.
- TRANCHINI, Marcela H., “Propiedades especiales. Urbanizaciones cerradas (clubes de campo y barrios cerrados), parques industriales, cementerios privados y tiempo compartido”, en Lafaille, H., *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 6, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010 (2ª ed., ampliada y actualizada por Jorge H. Alterini e Ignacio E. Alterini).
- URBANEJA, Marcelo E., (comentario al art. 2142), en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

# Formas de la partición de las comunidades

Marcelo E. Urbaneja

## RESUMEN

La inexistencia en el Código Civil y Comercial de una norma como la del inciso 2 del artículo 1184 del Código Civil implica que las únicas formas posibles para celebrar la partición son la judicial (ante el secretario en el respectivo expediente, sea por decisión de los comuneros –art. 2369– o por imposición legal –art. 2371–) o la extrajudicial. Esta última deberá otorgarse por escritura pública cuando entre los bienes integrantes de la masa partible exista un inmueble, por lo dispuesto en el artículo 1017, inciso a), del Código Civil y Comercial. No subsiste la posibilidad de otorgar un instrumento privado “presentado al juez de la sucesión”, pues en tal caso la partición no es judicial precisamente por no haberse otorgado en presencia de un funcionario judicial.

## PALABRAS CLAVE

Partición, mixta, forma, inmueble, escritura.

### Fechas de recepción y aceptación

9/2/2019 - 25/2/2019

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El texto primitivo del Código Civil y el inconsistente plenario de las Cámaras Civiles de 1924. 3. La reforma de 1968. 4. Régimen vigente desde 1968 hasta 2015. 5. Comparación entre los textos vigentes y los derogados. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

## 1. Introducción

Desde que en 2012 se conoció el [anteproyecto](#) que devino, reformas mediante, en el [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”), en distintas publicaciones anticipé el impacto profundamente negativo que su entrada en vigor produciría en el derecho privado nacional<sup>1</sup>. Ante los rasgos sobresalientes de este cuerpo normativo (imprecisión terminológica, incongruencias, contradicciones, silencios y aguda falta de sistematización), no es de extrañar que se introduzcan controversias como la que ahora me ocupa.

Descarto, no obstante, el amparo de intereses corporativos: en numerosas oportunidades me pronuncié en contra de las tesis que mayoritariamente sostenía el notariado.<sup>2</sup>

1. La primera de ellas fue URBANEJA, Marcelo E., “La acción de reducción y los títulos provenientes de donaciones inmobiliarias en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 249, 2012, pp. 628-636.

2. Véase, entre ellas, URBANEJA, Marcelo E., “Efectos de la ley en relación al tiempo. Temas de interés notarial” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 928, 2017.

Repudio en igual medida la displicencia en la elaboración del Código como el voluntarismo en su interpretación.

Con motivo de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017), la comisión 10 (“Derecho notarial: ‘Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados’”) se abocó al tratamiento de diversos temas, entre los cuales se contó el que motiva este artículo. Si bien el supuesto más generalizado es el de la comunidad hereditaria, las conclusiones se extienden al condominio, a la indivisión poscomunitaria y a los bienes indivisos al disolverse el régimen matrimonial de separación (arts. 1996, 500 y 508, respectivamente).<sup>3</sup>

Se procura establecer si la legislación en vigor admite, como lo hacía la [imperante hasta el 1 de agosto de 2015](#), que, aun existiendo en la masa partible un inmueble, la partición se otorgue en instrumento privado “presentado al juez de la sucesión” (art. 1184, inc. 2], del Código Civil). Sostengo categóricamente la respuesta negativa, en la que se enrolan Pérez Lasala,<sup>4</sup> Medina,<sup>5</sup> Mariani de Vidal y Abella,<sup>6</sup> Iturbide<sup>7</sup> y Azpiri,<sup>8</sup> y que en el ámbito notarial recibió el apoyo de las XXXIX Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015; tema 9), de las que fui cocoordinador.<sup>9</sup> Hay varias opiniones en contrario.<sup>10</sup>

En las Jornadas de 2017 referidas, presenté una ponencia que reproducía ideas que ya había publicado con anterioridad en dos libros.<sup>11</sup> Luego amplié algunas de esas reflexiones.<sup>12</sup> La conclusión III de la comisión N° 10 cobijó dos despachos diferentes en cuanto a la forma de la partición, suponiendo que entre los bienes a partir existiera un inmueble. Una tesis, con sustento en mi ponencia y en la defensa que realicé durante el debate, afirmó:

A) En función de no existir una norma que permita el instrumento privado presentado al juez de la sucesión, por el artículo 1017, inciso a) del CCyCN cabe interpretar que la

3. Para meritar el alcance de esos reenvíos legislativos, remito a URBANEJA, Marcelo E., “Los pactos de indivisión en el condominio, en la comunidad hereditaria y en las sociedades”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 14483, 5/9/2018 (t. 279).

4. Ver PÉREZ LASALA, José L., *Tratado de sucesiones*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 696-697.

5. Ver MEDINA, Graciela, *Proceso sucesorio*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017 (4ª ed., ampl. y act.), pp. 230-231. Hago notar que la misma autora, en coautoría, ha defendido en un mismo texto ambas opiniones: MEDINA, Graciela y ROLLERI, Gabriel, *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017, pp. 410 y 411.

6. Ver ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, t. 1, Buenos Aires, Zavallía, 2016, pp. 223-224. Cabe destacar que Abella votó en sentido contrario en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil a las que aludo, como surge de los despachos que en el texto transcribo. [N. del E.: cfr. asimismo la nota 14].

7. Ver ITURBIDE, Gabriela, “Facultades de los condóminos en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, v. 2018-1, pp. 338 y 339.

8. Ver AZPIRI, Jorge O., *Derecho sucesorio* (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación”, dirigida por Alberto J. Bueres), Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 166.

9. La 40 Jornada Notarial Bonaerense (Necochea, 2017) resolvió en sentido contrario (tema 2). [N. del E.: ver conclusiones completas a continuación: {39} y {40}; fuente: CEPBA; última consulta: 17/5/2019].

10. Ver, por todos, GUARDIOLA, Juan J., “Modos y formas de partición”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, t. 2017-I, p. 1245.

11. URBANEJA, Marcelo E., *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, El Derecho-Universidad Católica Argentina, 2016, pp.; y *Práctica notarial de contratos usuales 1*, Buenos Aires, Astrea, 2017 (2ª ed.), p. 200.

12. URBANEJA, Marcelo E., *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, El Derecho-Universidad Católica Argentina, 2018 (2ª ed.), páginas 71 a 75.

partición solamente puede otorgarse mediante escritura pública, fuera de los supuestos previstos en el artículo 2371 del CCyCN. MAYORÍA (9 VOTOS): Armella, Cosola, D'Alessio, Guida, Lukaszewicz, Massicioni, Regis, Urbaneja, Zuvilivia.<sup>13</sup>

La otra tesitura consignó:

B) Además de los referidos supuestos previstos en el artículo 2371 del CCyCN, el ordenamiento en vigor permite otorgar la partición mediante escritura pública o instrumento privado presentado al juez para su homologación. No resulta de aplicación el inciso a) del artículo 1017 del CCyCN en virtud de tratarse de un acto declarativo rigiendo al respecto la libertad de formas y lo previsto en el artículo 2369 del CCyCN. MINORÍA (8 VOTOS): Abella, Acquarone, Barriviera, Cerávolo, Gianfelici, Lanzavecchia, Orelle, Podrez Yaniz.<sup>14</sup>

Dado que, por un error material, no se consignó en esta última postura el voto de la escribana Casabé (quien, sin presentar ponencia, fue quien expuso en el seno del debate los argumentos contrarios a los míos), ambas tesis contaron con cantidad equivalente de votos.

La comisión 9 (“Sucesiones”) parece haber resuelto en el mismo sentido que la última de las posturas expuestas. En su conclusión II.5) señaló: “El Código Civil y Comercial acepta los convenios particionarios mixtos entendiendo por tales los celebrados en forma privada y presentados para su homologación judicial”.<sup>15</sup> Sin embargo, al no formularse ninguna aclaración acerca de la incidencia que tuviera la existencia de inmuebles entre los bienes a partir, la afirmación no tiene la contundencia alcanzada por los pronunciamientos de la comisión 10.

Ahora, basado en la ponencia que presenté, elaboro estas líneas que reafirman aquellos postulados.

## 2. El texto primitivo del Código Civil y el inconsistente plenario de las Cámaras Civiles de 1924

El Código Civil (en adelante, “CCIV”) disponía, según la letra original del inciso 2 del artículo 1184, que las particiones extrajudiciales de herencia debían realizarse por escritura pública cuando superaran cierto monto o cuando en el acervo existieran inmuebles. En la práctica, se intentó eludir la forma impuesta mediante la presentación a los expedientes judiciales de instrumentos privados. Como señaló la buena doctrina, entre quienes destacó la autoridad de López de Zavalía,<sup>16</sup> se violaba lo dispuesto por el CCIV.

13. [N. del E.: ver conclusiones de la comisión N° 10 “Derecho notarial: ‘Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados’ > punto III. “Partición. Forma” > aquí {pp. 3-4}; fuente: [web de la Jornada](#); última consulta: 17/5/2019].

14. [N. del E.: *ibidem* {p. 4}].

15. [N. del E.: ver conclusiones de la comisión N° 9 “Partición y colación” > punto II “Partición” > 5. “De lege lata” > aquí {p. -4}; fuente: [web de la Jornada](#); última consulta: 17/5/2019].

16. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, t. 1, Buenos Aires, Zavalía, 2003 (4ª ed.), p. 335.

Generalmente, se obtenía alguna clase de intervención judicial como “aprobación” u “homologación” (el [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#) utiliza el primero de estos términos en el art. 726). Este comportamiento reiterado y su consecuente reflejo jurisprudencial motivaron el plenario de 1924 de las Cámaras Civiles de Capital Federal en autos “Bollini de Battilana”.<sup>17</sup> Si bien su carácter local restringía la obligatoriedad del mismo, no es menos cierto que trasuntaba un pensamiento muy extendido en el ámbito tribunalicio.

El plenario había dispuesto la innecesaridad de la partición por escritura pública cuando la misma había sido otorgada por instrumento privado y “aprobada judicialmente”. Semejante decisión judicial resultaba sorprendente y desafortunada por dos motivos evidentes.

El primero era considerar que aquella partición por instrumento privado se había transformado en instrumento público ante la “aprobación” por el juez. De esta manera, el plenario se hacía eco de la insostenible lectura que atribuía a la intervención de un funcionario público en un instrumento privado *previamente otorgado* la relevancia suficiente como para transformar al instrumento en público. Análogos e inopinados argumentos esgrimió varios años después un considerable segmento de la doctrina societaria para señalar que el instrumento público exigido por el artículo 165 del Decreto-ley 19550/1972 para la constitución de las sociedades anónimas podía ser un instrumento privado, pues al ser presentado ante un funcionario público para su registración adquiriría el carácter de público.

Tanto de elementales principios dimanados de la teoría general de los actos jurídicos como de directivas legales sumamente claras (entonces, arts. 979, incs. 1], 2] y 4], y 993 del CCIV; hoy, arts. 289 y 296 CCCN) se deriva que lo que constituye como público al instrumento es la actuación del funcionario público o de quien hace sus veces *al momento del otorgamiento*, dado que debe percibir sus manifestaciones. En palabras de la inapelable autoridad en la materia, Rafael Núñez Lagos, se trata de dos de las fases de la fe pública: las de evidencia y coetaneidad.<sup>18</sup> Para lograr ese instrumento público judicial (antes previsto expresamente por el inc. 4 del art. 979 CCIV), deberán cumplirse los pasos rituales que determinen los códigos de procedimiento.

Cuando media la recepción de un instrumento privado por un notario o por un juez, aun cuando este eventualmente lo homologue, hay instrumento público en la afirmación escrita de ellos de haberse recibido o incluso examinado, pero el instrumento recibido u homologado sigue siendo tan privado como antes. El presente y el anterior párrafo cuentan con un pacífico y unánime aval doctrinario (que incluso se consagró en el tema 1 de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Buenos Aires, 1991]),<sup>19</sup> que relevé a propósito de las citadas XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.<sup>20</sup>

17. Cámaras Civiles de Capital Federal, en pleno, 17/10/1924, “Bollini de Battilana, Matilde c/ Schoo Lastra, Oscar y Bonneu, Enrique J.” (*La Ley Online* AR/JUR/4/1924; *Jurisprudencia Argentina*, t. 18, 1925, p. 111). [*N. del E.*: ver [aquí](#); fuente: SAI; última consulta: 21/5/2019].

18. NÚÑEZ LAGOS, Rafael, “La fe pública”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, [s.e.], XVII-XVIII, 1957, pp. 7 y ss.

19. [*N. del E.*: ver conclusiones de la comisión N° 1 “Parte general: ‘El documento notarial. Su valor probatorio’” > [aquí](#) {pp. 1-4}; fuente: [web de la XXV Jornada](#); última consulta: 17/5/2019].

20. URBANEJA, Marcelo E., “Contenido y valor probatorio de las actas notariales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 14285, 11/10/2017 (t. 274).

La segunda palmaria inconsistencia del fallo es que, incluso si se considerara que ese instrumento fuera público por la intervención judicial, se habría violado abiertamente el texto del artículo 977 CCIV, entonces vigente, cuyos conceptos hoy se reproducen, con mayor amplitud, en el artículo 969 CCCN. Aquella norma preceptuaba categóricamente que, impuesta una clase de instrumento público, la misma no podía ser reemplazada por otra.

Estas consideraciones acerca del régimen anterior al Decreto-ley 17711/1968 devienen imprescindibles dado que en la actualidad se ha retornado prácticamente a dicho esquema.

### 3. La reforma de 1968

El Decreto-ley 17711/1968 se propuso adecuar la ley positiva a la práctica que el plenario de 1924 había legitimado. Así las cosas, se modificó el inciso 2 del artículo 1184 CCIV, disponiendo que debían ser hechas en escritura pública “las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión”.

### 4. Régimen vigente desde 1968 hasta 2015

Por lo tanto, y más allá de su dispar utilización, del ordenamiento inmediato anterior al Código vigente surgía que la partición podía realizarse:

- a) Judicialmente, conforme al artículo 3465, cuando se daban los supuestos allí señalados o cuando así lo decidían los comuneros (art. 3462); en este caso, se estaba en presencia de un instrumento público (art. 979, inc. 4).
- b) Por escritura pública, independientemente de que existieran o no inmuebles en el acervo hereditario (pues este recaudo para imponer la forma escritura pública como obligatoria fue derogado por el Decreto-ley 17711/1968).
- c) Por instrumento privado “presentado al juez de la sucesión” (art. 1184, inc. 2)), que naturalmente no era un instrumento público.

En líneas generales, estos últimos recibían la homologación judicial, pese a las vigorosas críticas de Zannoni al instituto, que oportunamente hice mías.<sup>21</sup> Se conoció esta modalidad de partición como “mixta”, así llamada por confluir un instrumento privado otorgado por los herederos con el instrumento público constituido por la homologación.<sup>22</sup>

21. URBANEJA, Marcelo E., “Metodologías subsanatorias de inexactitudes registrales”, en AA.VV., *LIX Seminario “Laureano Arturo Moreira”*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2010, pp. 53-75, y en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 908, 2012, pp. 141-180.

22. El carácter “mixto” también se utilizó para significar otras singularidades de la partición. Hay quienes individualizan los supuestos en los cuales uno de los herederos era menor y, por lo tanto, intervenía su representante, con la consiguiente intervención judicial. Otros atribuyen la denominación a los casos en los cuales hay simultáneamente venta y partición en especie. El nombre, tanto en estos supuestos como en los señalados en el texto,

## 5. Comparación entre los textos vigentes y los derogados

### 5.1. Equivalencias

El principio general de la libertad de formas para la celebración de actos jurídicos (arts. 284, 969 y 1015 CCCN) también se aplica a las particiones. Así surge del artículo 2369 CCCN, al establecer: “*Partición privada*. Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes”. El precepto reconoce absoluta identidad con el artículo 3462 CCIV, que expresaba que “si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente”.

Reflejando el exacto complemento del vigente artículo 2369, y en total armonía con él, el artículo 2371 CCCN establece:

*Partición judicial*. La partición debe ser judicial: a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente.

Nuevamente la reiteración de los conceptos precedentes es categórica: el artículo 3465 CCIV señalaba que

Las particiones deben ser judiciales:

- 1° Cuando haya menores, aunque estén emancipados, o incapaces, interesados, o ausentes cuya existencia sea incierta.
- 2° Cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que se haga partición privada.
- 3° Cuando los herederos mayores y presentes no se acuerden en hacer la división privadamente.

### 5.2. Diferencias

Sin embargo, el CCIV se integraba desde 1968 con una norma no reproducida en el Código vigente. Se trataba del artículo 1184, que establecía que debían ser hechos en escritura pública: “2° Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión”.

Como se advierte, alterando el sistema previo, ni el monto de los bienes a partir ni la existencia entre ellos de un inmueble son factores que determinen alguna de las dos alternativas formales, gozando los otorgantes de plena libertad.

---

es exclusivamente doctrinario. Para las clasificaciones de la partición remito a las ya citadas conclusiones de las XXXIX Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015; tema 9). [N. del E.: cfr. nota 9].

## 6. Conclusiones

### 6.1. Relevancia de la “libertad de formas” del artículo 2369 ante la existencia de inmuebles en el acervo

Como señalé en la introducción, al no existir en la actualidad disposición equivalente a la contenida por el inciso 2 del artículo 1184 CCIV (reformado en 1968), ha desaparecido la variante “mixta”.

Cuando el artículo 2369 CCCN establece la posibilidad de hacer la partición “en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes” los copartícipes, es de toda evidencia que la palabra *forma* no es utilizada (como tampoco en el art. 3462 CCIV) como alusión a alguno de los medios de exteriorización de la voluntad (art. 973 CCIV y arts. 285 y ss. CCCN), sino que está queriendo significar que no resulta forzoso recurrir a la partición judicial sino en los casos precisamente contemplados en el artículo 2371 (que era la interpretación que, por otra parte, siempre se hizo de la armonización de los artículos 3462 y 3465 del régimen precedente). Pero como la partición implica la adquisición de derechos reales sobre los bienes integrantes de la masa partible, si existiera un inmueble, el artículo 1017, inciso a), es terminante en imponer la escritura pública, salvo cuando media –como la misma norma indica– subasta judicial o administrativa. Si no se recurre a la escritura pública, puede realizarse en sede judicial, pues basta el desacuerdo de uno para recurrir a esa forma (art. 2371 CCCN) pero en instrumento público de esa especie y no con la mera “presentación”, como permitía el antiguo artículo 1184, inciso 2). Precisamente este fue el que justificó que, en su tiempo, se prescindiera de la escritura pública cuando se daban los supuestos del inciso 1) del mismo artículo, es decir, la adquisición de un derecho real sobre un inmueble. Su supresión del texto en vigor no brinda más alternativas que las señaladas.

### 6.2. El Código Civil y Comercial fue explícito cuando admitió la presentación de un instrumento para su aprobación judicial

Se ha silenciado, para corroborar la tesis que defiende, un argumento incontestable brindado por la interpretación auténtica. Cuando el Código quiso admitir la presentación de un instrumento para su aprobación judicial, lo hizo expresamente, como en el artículo 2331 para los pactos de indivisión de la comunidad hereditaria en la que existan herederos incapaces o con capacidad restringida. Y también debe advertirse, en ese sentido, que la aprobación nada tiene que ver con la forma del acto (pues también se exigiría si se hubiera otorgado por escritura pública) sino con peculiaridades atinentes a sus otorgantes.

### 6.3. La homologación del convenio regulador en los divorcios

Es profundamente equívoca la invocación del artículo 440 como sustento de la presunta posibilidad de presentar un convenio regulador por instrumento privado y que su ho-

mologación se tenga por partición válida.<sup>23</sup> Ese convenio regulador debe ser presentado por los cónyuges que pretenden divorciarse; si la petición fuera formulada por uno solo, debe acompañar una propuesta del mismo (arts. 438 y 439).

Ocurre que ese convenio, aun después de la homologación, no es la partición sino un instrumento que obligará a otorgarla.<sup>24</sup> Así se desprende del propio Código cuando en el artículo 496 establece que, disuelta la comunidad, “la partición puede ser solicitada en todo tiempo”. Si el convenio regulador o su propuesta “deben” presentarse junto con la demanda, no pueden confundirse con la partición, que “puede ser solicitada” muy luego y que incluso abarca causales disolutorias distintas del divorcio (como la nulidad o el régimen de separación). Por eso, el CCCN trata la partición de la comunidad no meramente en otra sección o capítulo sino directamente en un título diferente. Y que el convenio regulador no es la partición también se evidencia por su contenido, que el artículo 439 diagrama con pautas que rebasan el aspecto patrimonial.

Queda demostrado, entonces, que el CCCN no regula la homologación de la partición del régimen de comunidad sino del convenio regulador del divorcio.

#### 6.4. La partición como título suficiente

Otro notable desacierto implica sostener que, dado el carácter declarativo y no traslativo de la partición (art. 2403), no se produzca la adquisición de un derecho real. Más agudo es el yerro para quienes, además, agregan que esa adquisición se produjo con la muerte (añado que, para abarcar a todas las comunidades, debería aludirse al hecho jurídico que causó la pluralidad de titulares).

Que algunos de los efectos de la mutación causada en una partición sean distintos a los provenientes de la generalidad de los contratos que sirven de título suficiente (*v.gr.*, compraventa) no implica de ninguna manera negar que haya una transmisión: adviértase que antes del acto había una pluralidad de titulares, y, luego del mismo, habrá uno solo (o, si hubiera sido parcial, más de uno, pero menos que antes de la partición). Si ello ocurre, es precisamente porque la partición fue el título suficiente de esa transmisión (y he recientemente discurrido acerca del modo suficiente, temática generalmente silenciada).<sup>25</sup> Su carácter declarativo y traslativo no hace más que reafirmarlo, pues precisamente significa que ese adquirente es titular desde el origen de la indivisión (y no lo fueron los otros comuneros).

23. Argumento presentado por KIELMANOVICH, Jorge L., “Los convenios de partición o liquidación de la indivisión postcomunitaria del matrimonio y la partición judicial”, en *La Ley*, Buenos Aires, 13/11/2018 (t. 2018-F; cita online AR/DOC/2344/2018).

24. Désele, a este respecto, la naturaleza que se quiera, sea la del art. 995 o la de los arts. 969 y 1018. Las derivaciones de esta disyuntiva son irrelevantes para el asunto que me ocupa.

25. Ver URBANEJA, Marcelo E., “Tradición, *traditio brevi manu*, *constituto posesorio*, casos atípicos y venta de inmueble con un contradictor”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 14498, 26/9/2018 (t. 279).

### 6.5. La escritura pública no está impuesta para la partición que incluya muebles registrables

Nótese que el ordenamiento imperante no significa que la partición deba hacerse por escritura pública en todos los casos en que no sea judicial sino solamente cuando exista un inmueble en la masa partible. De allí que no resulte compartible la opinión de Pérez Lasala<sup>26</sup> que exige la escritura pública cuando exista cualquier clase de bien registrable, lo que ensancharía indebidamente el recaudo formal a objetos como buques, aeronaves o automotores.

De no existir inmuebles entre los bienes objeto de la partición, podrá hacerse por instrumento privado. Con prudente rigor interpretativo, no debería imponerse la presentación al juez de la sucesión, pues ese proceder carece de sustento normativo de jerarquía nacional, en consonancia con la tesis de Zannoni ya aludida.<sup>27</sup> Claro está que sobre esta lectura avanzan las regulaciones procesales, que suelen exigir la “homologación” o “aprobación”.

### 6.6. Consecuencia del otorgamiento con forma indebida

Cuando existe un inmueble entre los bienes partibles, si la partición se realizó mediante el derogado sistema “mixto”, el instrumento implica para las partes la obligación de otorgarla (argumento de arts. 969 y 1018).<sup>28</sup> Ello naturalmente podría cumplirse concomitantemente con el acto de transmisión o constitución de un derecho real por el pretenso adjudicatario a través de la intervención de todos los otros comuneros. Una manifestación de ellos, por escritura pública, que hiciera referencia a la partición deficientemente otorgada implicaría (más allá de la naturaleza jurídica que se atribuya a este acto “subsancatorio”) revestir de validez a la partición.

## 7. Bibliografía

- AA.VV., (conclusiones de la 39 Jornada Notarial Bonaerense [Mar del Plata, 2015]).  
— (conclusiones de la 40 Jornada Notarial Bonaerense [Necochea, 2017]).  
— (conclusiones de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil [Buenos Aires, 1991]).  
— (conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil [La Plata, 2017]).  
ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavalía, 2016.  
AZPIRI, Jorge O., *Derecho sucesorio* (serie “Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación”, dirigida por Alberto J. Bueres), Buenos Aires, Hammurabi, 2015.  
GUARDIOLA, Juan J., “Modos y formas de partición”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2017.  
ITURBIDE, Gabriela, “Facultades de los condóminos en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, v. 2018-1.  
KIELMANOVICH, Jorge L., “Los convenios de partición o liquidación de la indivisión postcomunitaria del matrimonio y la partición judicial”, en *La Ley*, Buenos Aires, 13/11/2018 (t. 2018-F; cita online AR/DOC/2344/2018).

26. PÉREZ LASALA, José L., ob. cit. (cfr. nota 4), pp. 696-697.

27. Ver URBANEJA, Marcelo E., ob. cit. (cfr. nota 21).

28. Lo mismo que ocurría antes de 2015 cuando faltaba, v.gr., la intervención judicial (ver LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 16], p. 335).

- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Zavallía, 2003 (4ª ed.).
- MEDINA, Graciela, *Proceso sucesorio*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017 (4ª ed., ampl. y act.).
- MEDINA, Graciela y ROLLERI, Gabriel, *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael, “La fe pública”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, XVII-XVIII, 1957.
- PÉREZ LASALA, José L., *Tratado de sucesiones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- URBANEJA, Marcelo E., “Metodologías subsanatorias de inexactitudes registrales”, en AA.VV., *LIX Seminario “Laureano Arturo Moreira”*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2010; y en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 908, 2012.
- “La acción de reducción y los títulos provenientes de donaciones inmobiliarias en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 249, 2012.
- *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, El Derecho-Universidad Católica Argentina, 2016.
- “Contenido y valor probatorio de las actas notariales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 14285, 11/10/2017 (t. 274).
- “Efectos de la ley en relación al tiempo. Temas de interés notarial” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 928, 2017.
- “Los pactos de indivisión en el condominio, en la comunidad hereditaria y en las sociedades”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 14483, 5/9/2018 (t. 279).
- “Tradición, *traditio brevi manu, constituto posesorio*, casos atípicos y venta de inmueble con un contradictor”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, N° 14498, 26/9/2018 (t. 279).
- *Práctica notarial de contratos usuales I*, Buenos Aires, Astrea, 2017 (2ª ed.).
- *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, El Derecho-Universidad Católica Argentina, 2018 (2ª ed.).