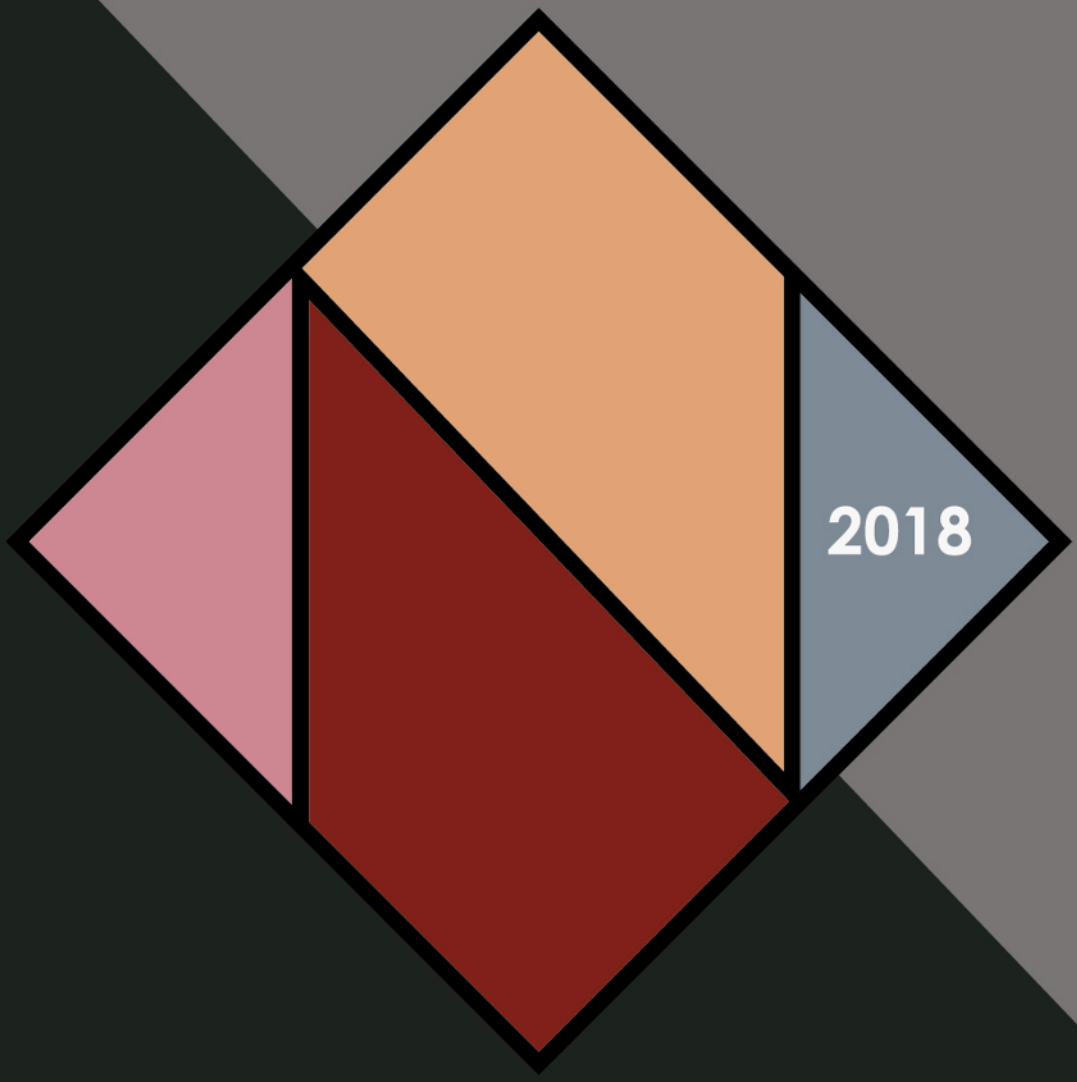
ANUARIO REVISTA DEL NOTARIADO



ANUARIO

REVISTA DEL NOTARIADO

2018

Director: Diego M. Martí

2018

N°5

ANUARIO

DE LA REVISTA DEL

NOTARIADO

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

ISSN 2451-537X

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

Propietario: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Director: Diego Maximiliano Martí

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

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Corrección y edición: Agustín Rodríguez

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 1er piso
Buenos Aires - República Argentina
+ 54-11-4809-7072
revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar
http://www.revista-notariado.org.ar
http://www.colegio-escribanos.org.ar

Nº de Registro DNDA: en trámite
ISSN: 2451-537X
Diseño de tapa: Florencia Cardoso
Diseño de interior: Liliana Chouza
Todos los derechos reservados.

Consejo Directivo

Ejercicio 2017-2019

Presidente	**Claudio Alejandro Gustavo Caputo**
Vicepresidente	**Mariana Claudia Massone**
Secretario	**Antonio Joaquín Cinque**
Secretaria	**María Magdalena Tato**
Prosecretario	**Diego Alberto Paz Vela**
Prosecretaria	**María Alejandra Astuena**
Tesorero	**Carlos Eduardo Medina**
Protesorero	**Ramiro Javier Gutiérrez De Lio**
Vocales titulares	**Alejandra Graciela Vidal Bollini** **Irene Recalde** **Isaac Raúl Molina** **Mauricio Feletti †** **Enrique Hugo José Garbarino** **Ariel Román Tesei** **Ana María Kemper** **Eduardo Héctor Plaetsier** **Beatriz Susana Roella** **Alicia Olivares**
Vocales suplentes	**Angélica Generosa EmiliaVitale** **José María Lorenzo** **Pablo Hernán De Santis** **Virginia Judith Benfield** **Virginia Carolina Olexyn**
Decano	**R. Gastón Courtial**
(*Resolución Asamblea Extraordinaria del 26/9/2013)*	
Presidente honorario	**José María Fernández Ferrari**
(Resolución Asamblea Extraordinaria del 27/6/2019)	

Sumario

Presentación | **6**

Artículos del Anuario 2018

"Alcances del deber de responder del escribano en el Código Civil y Comercial", por *Ignacio E. Alterini* | **13**

"La concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal", por *Pablo R. Barreiro* | **33**

"Representación convencional y orgánica", por *Norberto R. Benseñor* | **53**

"Donaciones. Un temor irreverente", por *Maritel M. Brandi Taiana* | **75**

"Régimen de separación de bienes. Una opción aún poco conocida", por *Julio C. Capparelli* | **89**

"La preferencia del boleto de compraventa del artículo 1170 del Código Civil y Comercial de la Nación", por *Anahí Carrascosa de Granata* | **99**

"Estudio de títulos", por *Marcelo A. De Hoz* | **125**

"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* | **137**

"El *blockchain* en la actividad jurídica registral y notarial. Y reflexiones sobre la evolución del pensamiento sobre estos temas", por *Marcelo N. Falbo* | **143**

"La sociedad por acciones simplificada como 'tipo ideal' para las empresas familiares", por *Eduardo M. Favier Dubois (h.)* y *Lucía Spagnolo* | **157**

"Dominio revocable", por *Inés García Hamilton* | **165**

"Consideraciones respecto del derecho real de habitación del conviviente supérstite y su registración", por *Sebastián N. Grillo* | **175**

"La necesidad de reformar los alcances de la acción de reducción", por *Juan José Guardiola* | **185**

"Una mala solución al problema de las donaciones. Enajenación de bienes inmuebles por institutos de vida consagrada y sociedades de vida apostólica", por *María Marta Herrera*, *Cecilia C. Korniusza* y *Diego M. Mage* | **201**

"Eficacia subsanatoria de la prescripción adquisitiva en los títulos inmobiliarios", por *Néstor D. Lamber* | **245**

"Límites de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción en relación a las donaciones de inmuebles", por *Néstor D. Lamber* | **259**

"Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. ¿Hasta cuándo?... ¿todo cambió para que nada cambiara?", por *Martha Linares de Urrutigoity* | **275**

"Del orden cronológico en las escrituras públicas", por *Sonia Lukaszewicz* | **301**

"Marco legal de los conjuntos inmobiliarios. Adecuación", por *Silvia M. Massiccioni* | **309**

"El asentimiento conyugal en la transformación de sociedades de personas. Otros supuestos", por *Alberto M. Miguens* | **323**

"La inscripción de la declaratoria de herederos, del testamento y la partición. Su justa medida", por *Bernardo Mihura de Estrada* y *Santiago J. E. Pano* | **331**

"La persistente presencia de los procedimientos sucesorios notariales en el nuevo Código Civil y Comercial y su proyección al futuro", por *Esteban M. Picasso* | **345**

"La causa, los considerandos y la fuerza vinculante del contrato", por *Alfredo L. Rovira* | **365**

"El cousufructo en acción", por *Pedro F. Sáenz* | **381**

"El anatocismo en el régimen del Código Civil y Comercial", por *Fulvio G. Santarelli* | **401**

"El derecho de autoprotección y la eutanasia. El mensaje del papa Francisco de fecha 17 de noviembre de 2017", por *Nelly A. Taiana de Brandi* | **409**

"Cuestiones sobre la calificación de bienes en el régimen patrimonial del matrimonio", por *Natalia E. Torres Santomé* | **419**

"Formas de la partición de las comunidades", por *Marcelo E. Urbaneja* | **431**

Presentación

Estimados lectores:

Se condensa en este *Anuario* la totalidad de los artículos de doctrina publicados en los cuatro números correspondientes al año 2018 (931, 932, 933 y 934). Los artículos se presentan por orden alfabético de sus autores, con la indicación del número de la *Revista* en que fueron publicados. Los contenidos digitales y los antecedentes profesionales de cada uno de los colaboradores de este *Anuario* están disponibles en las versiones web de cada artículo, publicadas en la página institucional de la *Revista del Notariado*: www.revista-notariado.org.ar.

Hemos contado con autores consagrados, con otros que habían tenido ya algúna aparición en estas páginas y también hubo quienes nos confiaron sus trabajos por primera vez. Se han publicado artículos de colegas, también de abogados y jueces, e incluso contamos con material de la Academia Nacional del Notariado.

Los temas han sido variados, habiéndose abordado no solo los "clásicos" –y no por ello menos interesantes–: hemos publicado artículos sobre cuestiones tecnológicas vinculadas a la actividad jurídico-notarial, *blockchain*, y hasta uno respecto de actos de disposición inmobiliaria por entidades religiosas, evaluando su capacidad dispositiva a la luz de la normativa canónica. También hemos contado con visiones al menos discordantes respecto de un mismo tema. Todo esto habla de la pluralidad de esta publicación, que es una bandera que hemos recibido como una posta de la gestión de Álvaro Gutiérrez Zaldívar y que mantendremos de forma inclaudicable.

No nos corresponde desde aquí hacer el análisis de los resultados de nuestro trabajo, eso es potestad de ustedes, los lectores. Pero sí cabe confrontar lo hecho con las propias expectativas, y, en este sentido, estamos satisfechos.

Cuatro han sido también los editoriales mediante los que nos comunicamos con los lectores, y quiero traer aquí algunas partes de ellos.

Ladran, Sancho…

Resulta bastante común encontrarnos con cuestionamientos hacia nuestra función que suelen basarse en un análisis superficial, sin conocimiento alguno de lo que hacemos y, tal vez, con algún interés subyacente, tendiendo a plantearse que pueden obtenerse idénticos resultados en términos de seguridad, y mejores en términos de velocidad y costos, mediante el uso de determinados procesos informáticos. No debemos sentirnos amenazados sino impulsados por esto, y así, ser parte del cambio y adoptarlo para la solución de aquello para lo que efectivamente resulte de utilidad. No se trata de una defensa corporativa; el ojo del notario está puesto, siempre y fundamentalmente, en brindar seguridad.[1]

No es lo mismo el médico técnico que su operador

José Carmelo Llopis, notario de Valencia, explica con suma claridad el origen y los usos de la *blockchain* –cadena de bloques– y su vínculo con el *bitcoin*. La seguridad que pro-

1. Del editorial al Nº 931 (enero-marzo 2018). Ver online en http://bit.ly/RDN931-editorial.

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

Agrega Llopis que, al no haber intervención notarial, la naturaleza y efectos del documento seguirán siendo los de un documento privado. No hay asesoramiento previo, no hay identificación ni juicio de capacidad o legitimación, nadie protege a la parte débil y no se ejerce control de legalidad alguno. Además, la cadena de bloques no archiva el documento ni conserva una copia del mismo, por lo que tampoco puede sustituir la función del notario en su faz custodio del protocolo. Y concluye acertadamente que confundir el medio técnico utilizado para prestar un determinado servicio con el prestador del mismo es un grave error de concepto.[2]

La seguridad informática no implica seguridad jurídica

Explican Giralt Font y Sáenz que resulta fundamental tener en claro que no es lo mismo hablar de seguridad en términos informáticos que en términos jurídicos, aunque también lo es que la primera puede colaborar, en parte, para generar la segunda. En este sentido, si bien las tecnologías aportan velocidad y automatización, puede generarse la falsa impresión de que con ello se genera seguridad jurídica. Y agregan que, evidentemente, hay determinados controles que no pueden ser suplidos por ningún sistema informático, y es claramente el caso de la función que ejercemos.

La informática es una herramienta al servicio de las personas, cuyas bondades debemos aprovechar, pero la seguridad jurídica de la que somos custodios no puede ser brindada por la tecnología. Allí, la intervención del notario ejerciendo su función, aportando su conocimiento y razonamiento humano al caso que se le plantea, es irreemplazable. Y no se trata de hablar bien de nosotros mismos: las bondades del notariado de tipo latino en general, y del documento notarialmente producido en particular, son una realidad más que probada por años de evolución y experiencia.

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

2. Del editorial al Nº 931 (enero-marzo 2018). Ver Llopis, José C., "*Blockchain* y profesión notarial" [online], en *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, Nº 79, 2018, http://www.elnotario.es/opinion/opinion/7106-blockchain-y-profesion-notarial (última consulta: 9/8/2019).

un criterio de implantación geográfica que permite recurrir a sus servicios en todo el territorio del país.

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

No es el temor la respuesta al desafío tecnológico. Se trata de pararse en el punto de fusión entre los elementos que ofrece la tecnología y la función que cada uno ejerce en el espacio jurídico.[3]

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

Hace años que el notariado viene trabajando para contrarrestar las tendenciosas opiniones de entidades como el Banco Mundial, que, parado en una perspectiva anglosajona del derecho, pretende prescindir del notario latino; o como UNCITRAL, que propugna la estandarización no solo contractual sino también legislativa, partiendo desde una perspectiva similar. Pero, lejos de amedrentarnos, ello nos ha fortalecido en base al trabajo conjunto y la cooperación mutua.

Siempre hay una sombra que se cierne sobre el notariado. Siempre hay intereses cuya raíz permanece oculta, que apuntan al cuestionamiento de nuestra función. Pero el notariado y sus instituciones son proactivos, no nos sentamos a esperar que las cosas pasen, vamos por ellas, y así somos, como decíamos, parte de la solución.[4]

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

A eso apunta precisamente uno de los ejes rectores de la *Revista del Notariado*: ser referente del debate y la producción académica jurídica de la función notarial en un

3. Del editorial al Nº 931 (enero-marzo 2018). Ver Giralt Font, Martín J. y Sáenz, Carlos A., "Las nuevas tecnologías, la firma digital y el notariado", en *Noticias del Consejo Federal del Notariado Argentino*, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, Nº 49, 2013, pp. 18-28, http://www.cfna.org.ar/revistas_repository/noticias_del_notariado_-_num_49.pdf (última consulta: 9/8/2019).

4. Del editorial al Nº 932 (abril-junio 2018). Ver online en http://bit.ly/RDN932-editorial.

marco de pluralidad, honestidad intelectual y credibilidad, tal como sucede en el ejercicio diario de nuestra profesión. [5]

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 Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Martín Giralt Font, Alfonso Gutiérrez Zaldívar, María Marta Herrera, Mariana Masona, Alberto Miguens y Pilar 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 referto 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! [6]

Diego M. Martí

5. Del editorial al Nº 933 (julio-septiembre 2018). Ver online en http://bit.ly/RDN933-editorial.

6. Del editorial al Nº 934 (octubre-diciembre 2018). Ver online en http://bit.ly/RDN934-editorial.

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

Ignacio E. Alterini**

RdN 934

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,[1] 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.

* Ver online en http://bit.ly/RDN934-deber.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-IgnacioAlterini.

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.[2]

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, obscurecer 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.[3]

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.[4]

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.

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

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, Nº 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, Nº 871, 2003 [*N. del E.*: ver en http://bit.ly/RDN871-responsabilidad].

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.

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…[5]

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.[6]

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,[7]

5. 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). 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".

6. 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.

7. Alegria, Héctor y otros [comisión Decreto PEN 685/1995], *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998.

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*.[8] 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,[9] 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.

Para Diez-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.[10]

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

8. 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).

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

10. Diez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. 1, Madrid, Tecnos, 1979, §522, p. 443.

> 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.[11]

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.[12]

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[13]) 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 del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales.[14]

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

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

12. Ver Alterini, Ignacio E., ob. cit. (cfr. nota 1).

13. 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".

14. 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.

> 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.[15]

Azar critica el artículo 774 con la siguiente fraseología:

> No puede sostenerse lógica 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.[16]

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 distingo 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–.

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.

15. 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.

16. 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).

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".

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.

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,[17]

17. 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

donde no se descarta que haya contrato de obra pese a la ineficacia del resultado, por ser impropia para su destino).[18]

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

Descartada la tesitura 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.[19]

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.[20] El deber de responder del escribano frente a los otorgantes del acto debe analizarse en la órbita contractual,[21] 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 asesoramiento, pues es el contrato el que dinamiza el débito legal hasta entonces estático.[22]

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".[23] Nos parece incuestionable que una vez consentida la intervención del

---

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".

18. 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.

19. Ver Trigo Represas, Félix A., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 51.

20. Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, Reus, 1993, p. 80.

21. Ver Abella, Adriana N., "Estudio de títulos", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Nº 833, 1993, p. 455 [*N. del E.*: http://bit.ly/RDN833-estudio]; 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, Nº 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.

22. "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 19]).

23. Savransky, Moisés J., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 165; Bustamante Alsina, ob. cit. (cfr. nota 2), §1473, p. 478.

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).[24]

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 de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos" (art. 1724 CCCN).[25]

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.[26] Los otorgantes, por la energía de

24. Alterini, Jorge H., ob. cit. (cfr. nota 21); López Mesa, Marcelo J. y Trigo Represas, Félix A., ob. cit. (cfr. nota 21), pp. 289-290.

25. 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.

26. 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, Nº 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

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".[27]

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.[28] La actuación del escribano debe ceñirse a la órbita de sus competencias territorial[29] 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.

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 efica-

---

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, Nº 751, 1977, p. 15).

27. 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, Nº 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, Nº 897, 2009, pp. 290-291, http://bit.ly/RDN897-nulidades].

28. 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".

29. Ver 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, Nº 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, Nº 904, 2011, p. 90, http://bit.ly/RDN904-nulidades].

cia del acto jurídico instrumentado.[30] 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.[31] 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 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.

30. En verdad, no puede ni debe, so pena de incurrir en charlatanismo. El Código Penal reprime esa conducta cuando su sujeto activo ejercite 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 prometiere la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles".

31. 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]).

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.[32]

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, debe considerarse como una obligación de medios"; ante supuestos indubitados, califica a la obligación como de resultado.[33]

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.[34]

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.

32. 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).

33. 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.

34. López Mesa, Marcelo J. y Trigo Represas, Félix A., ob. cit. (cfr. nota 21), p. 294.

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… [35]

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.

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". [36]

> 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. [37]

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 [38] que el artículo 392 CCCN le exige al subdaquirente para tutelar la apariencia creada. [39]

35. 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 21], p. 293).

36. Martínez Segovia, Francisco, "Estudio de títulos de dominio", en *Gaceta del Notariado*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Nº 51/52, 1970, p. 627.

37. 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).

38. 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 Aire, La Ley, 2018, §180, p. 177).

39. 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 Za-

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 controvirtió acerca de cuál era la fuente del débito. Una postura la concebía como una obligación *ex-lege* implícita,[40] pues comprometía a la esencia de la actividad notarial. Otro criterio, que era mayoritario, vislumbraba que la fuente de la obligación era el contrato.[41]

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.[42]

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.[43] 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

---

mora, Sala I, 24/2/1981,"Larrea, Osvaldo S. c/ Rojas de Figueroa, Laurentina" (*La Ley Online*, AR/JUR/2361/1981); CSJN, 11/12/1986, "Inverfín 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); SC de Buenos Aires, 7/11/1995, "Firinu, 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); CSJN, 19/12/1995, "Martínez, Hugo O. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de australes" (*Fallos*, 318:2575; *La Ley Online*, 04_318v3t145); 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).

40. 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 cristalizador de la forma con la cual la ley quiere brindarle seguridad a la comunidad. También el art. 909 del Código, donde 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 21]). 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 33), p. 824.

41. Ver Abella, Adriana N., ob. cit. (cfr. nota 21); Alterini, Atilio A., ob. cit. (cfr. nota 21); 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.

42. 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.

43. Ver Alterini, Jorge H., Alterini, Ignacio E., Alterini, María E. (y Alterini, Francisco J., colab.), ob. cit. (cfr. nota 38), §296, pp. 313-316.

por el artículo 1725.[44] Precisamente, los textos paralelos incluidos en el Código Civil derogado de los artículos 902[45] y 909[46] eran elementos decisivos para captar la obligatoriedad del estudio de títulos cuando era aplicable dicho Código.

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;[47] otros, en cambio, que significaba una obligación de resultado.[48] Para definirnos en esta temática, nos preguntamos: ¿el escribano puede garantizar la existencia de títulos perfectos?; ¿la extensión temporal veinteñal 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.[49] 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

44. 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".

45. 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".

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

47. Abella, Adriana N., ob. cit. (cfr. nota 21); 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 41), §2841, p. 167.

48. Alterini, Atilio A., ob. cit. (cfr. nota 21); 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 21), p. 308; Piñón, Benjamín P., ob. cit. (cfr. nota 2), pp. 505-506.

49. Ver Alterini, Jorge H., ob. cit. (cfr. nota 21).

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.

Repárese en que el CCCN derogó la alternativa de la justificación de la identidad a través de los testigos de conocimiento.[50] Esta discutible supresión no le alcanzaba al Proyecto de 1998, que la incluía expresamente en el artículo 283.[51]

Nos preguntamos qué alternativa existe en el supuesto de que, por razones circunstanciales, un compareciente no pueda acreditar su identidad por documento idóneo[52] 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".[53]

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.

50. 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 hiciere al escribano de documento idóneo. En este caso, se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes".

51. 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".

52. 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).

53. 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.

7. Valoraciones conclusivas

La trascendente función notarial, que colabora en la construcción de la paz social,[54] 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 considerar al escribano como un "asegurador" de todos los riesgos[55] 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".[56]

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, Nº 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, Nº 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.].

54. 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).

55. 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 Represas, Félix A., ob. cit. [cfr. nota 21], p. 291).

56. 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, Nº 888, 2007, p. 96 [*N. del E.*: http://bit.ly/RDN888-mesaredonda].

— (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.].
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, Nº 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 Aire, 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, Nº 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, Nº 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).
Llambías, 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, Nº 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, Nº 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, Nº 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, Nº 871, 2003.

La concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal*

Pablo R. Barreiro**

RdN 932

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

Propiedad horizontal; consorcio de propietarios; concursabilidad; insolvencia.

Fechas de recepción y aceptación
21/8/2018 - 3/2/2019

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

1. Introducción

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

* Ver online en http://bit.ly/RDN933-ph.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-Barreiro.

2. Derecho real de propiedad horizontal

2.1. Concepto

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, "CCCN") derogó la Ley 13512 de Propiedad Horizontal y sus decretos reglamentarios, y consagra en el artículo 1887 CCCN, inciso c), la propiedad horizontal como un derecho real. El mismo cuerpo legal, en su artículo 2037, da un concepto de propiedad horizontal:

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

2.2. Naturaleza jurídica

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

2.3. Constitución

El artículo 2038 CCCN la regula de la siguiente manera:

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

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

Como señala Highton,

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

En el mismo sentido, Kiper señala:

1. Gurfinkel de Wendy, Lilian N. y Saucedo, Ricardo J., *Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Tiempo compartido. Cementerios privados*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016 (1ª ed.), p. 39.

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

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

2.4. Objeto

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

3. El consorcio de propiedad horizontal

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

Dice el artículo 2044:

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

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

3.1. Comienzo de la existencia del consorcio

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

> … es posible llegar a idéntica conclusión por aplicación de las siguientes normas:
> i) El art. 2038 ordena que a los fines de la división jurídica del inmueble hay que redactar un reglamento de propiedad horizontal que debe inscribirse en el registro inmobiliario. El reglamento de propiedad horizontal contiene no solo la descripción de la división del inmueble, tal como surge de los planos respectivos, sino fundamentalmente una serie de

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

> cláusulas destinadas a regir la vida de la comunidad y por lo tanto debe ser aceptado libremente por las partes al momento de contratar. Es el verdadero estatuto del consorcio, destinado a ordenar las relaciones de los propietarios entre sí y con respecto a terceros, constituyendo un convenio de cumplimiento obligatorio para las partes en los términos del art. 959 del Código Civil y Comercial.
> ii) El art. 2044, luego de asignar al Consorcio la calidad de persona jurídica, dispone en su segundo párrafo: «La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal… Instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario». Una interpretación a contrario sensu permite afirmar que la afectación del inmueble en la forma ordenada por el art. 2038 señala el comienzo de la existencia del consorcio de propiedad horizontal.
> iii) El art. 142 establece como regla general que «La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución…», principio plenamente aplicable al consorcio de propiedad horizontal en virtud que éste no requiere autorización legal para funcionar. La norma citada reconoce el acuerdo de voluntades como fuerza jurígena en la creación de las personas jurídicas privadas dentro de las formas admitidas y en este sentido, es el reglamento de propiedad horizontal el estatuto en el que queda plasmada la voluntad de los consorcistas, ya fuera que intervinieron en su redacción o que adhirieron a él con posterioridad. [4]

3.2. Caracteres de la persona jurídica consorcio de propiedad horizontal

3.2.1. Nombre

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

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

3.2.2. Domicilio

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

4. Gurfinkel de Wendy, Lilian N. y Saucedo, Ricardo J., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 242.

5. Ídem, p. 244.

3.2.3. Integrantes

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

3.2.4. Duración

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

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

3.2.5. Funcionamiento, órganos del consorcio

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

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

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

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

3.2.6. Patrimonio

El consorcio tiene y debe tener un patrimonio propio, distinto del de cada uno de los consorcistas, conforme lo exige el artículo 154 CCCN: "*Patrimonio*. La persona jurídica debe tener un patrimonio". Del articulado del CCCN no surge claramente cómo se conforma dicho patrimonio, ya que: a) el artículo 2044 solamente admite su existencia; b) el artículo 2048 hace referencia a los bienes del consorcio, pero no los especifica; y

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

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

c) el artículo 2056, que regula el contenido del reglamento de propiedad horizontal, en los incisos e) e i) alude a los bienes del consorcio, pero no dice cuáles son.

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

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

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

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

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

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

3.2.7. Objeto

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

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

> … el mantenimiento, conservación y reparación de las cosas comunes; por ende, su accionar debe estar enderezado al cumplimiento de tales fines. Éste es, entonces, el aspecto

8. Gurfinkel de Wendy, Lilian N. y Saucedo, Ricardo J., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 252.

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

> que no debe perderse de vista cuando se pretende aplicar al principio de especialidad de la persona jurídica consorcio.[10]

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

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

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

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

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

Asimismo,

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

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

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

Durante la vigencia del régimen de la Ley 13512 de Propiedad Horizontal, se debatió arduamente acerca de la concursabilidad o no de los consorcios de copropietarios, pero, para arribar a una respuesta, previamente se debía resolver la cuestión acerca de su personalidad; si era o no una persona jurídica, un sujeto de derecho distinto de cada uno de

10. Ídem, p. 580.

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

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

13. Alterini, Jorge H. y Vázquez, Gabriela A., ob. cit. (cfr. nota 11).

sus integrantes. Recién entonces, y admitiendo su personalidad, podía determinarse si la persona jurídica consorcio quedaba encuadrada en el artículo 2 de la Ley 24522 de Concursos y Quiebras (en adelante, "LCQ"), es decir, si se trataba de un sujeto concursable, o si, por el contrario, quedaba excluido de la aplicación de la ley concursal.

4.1. Posturas acerca de la personalidad del consorcio de propietarios

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

4.1.1. Argumentos de quienes le negaban personalidad jurídica al consorcio

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

Jurisprudencialmente se sostuvo que el único modo de explicar por qué los copropietarios deben ejercer las acciones y derechos a través del representante del consorcio es declinar la pretendida personalidad y entender que cuando la ley alude al consorcio de propietarios (art. 9 Ley 13512), no lo hace para atribuirle el carácter de entidad que tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones distinta de sus integrantes, sino que se refiere al conjunto de los copropietarios sometidos a un específico y particular modo de conservar y administrar las cosas comunes. Se enrolaban en esta postura autores como Highton,[14] Laquis y Siperman,[15] Lascano,[16] Molinario,[17] Novillo Corvalán[18] y Sívori.[19]

4.1.2. Argumentos de quienes le reconocían personalidad jurídica al consorcio

Quienes se enrolaban en esta postura sostenían que el consorcio debe considerarse una persona jurídica, ya que tiene todos los atributos inherentes a toda persona jurídica: nombre, domicilio, capacidad, patrimonio propio y órganos de gobierno. Como toda persona jurídica, tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, en los términos del artículo 33 CCIV, y es una persona distinta de los miembros que lo integran. Entre los partidarios de esta postura, la discusión versaba acerca de la capacidad

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

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

16. Ver Lascano, Guillermo G., "Derecho del trabajo", en *Revista de Jurisprudencia*, t. XIII, 1953, pp. 59 y ss.

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

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

19. Ver Sívori, Alfredo, "Algunos aspectos de la ley 13512", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata*, Nº 1, 1954, p. 27.

del consorcio: algunos sostenían que era amplia, mientras que la mayoría le reconocía una capacidad restringida al solo cumplimiento de su objeto, es decir, que su capacidad está limitada para los actos de gestión del edificio constituido en propiedad horizontal. Se enrolaban en esta postura autores como Alterini,[20] Belluscio,[21] Borda,[22] Curutchet,[23] Laje,[24] Llambías,[25] Mariani de Vidal,[26] Racciati[27] y Spota.[28]

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

4.2. Posturas acerca de la concursabilidad del consorcio de propietarios

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

> *Sujetos comprendidos*. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación. Se consideran comprendidos: 1) El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de sucesores. 2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.
> No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por Leyes Nros. 20091, 20321 y 24241, así como las excluidas por leyes especiales.

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

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

21. Ver Lavalle Cobo, Jorge, [comentario al art. 33], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 155.

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

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

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

25. Ver Llambías, Jorge J., ob. cit. (cfr. nota 12), §1117, p. 53; y [su voto] en Cám. Civ. de Capital Federal, Sala A, 22/9/1960, "Consorcio de Propietarios del Edificio Las Heras 2255/61 c/ Bollag, José y otro" (*Revista de Jurisprudencia Argentina*, t. 1961-III [serie moderna], pp. 539-541).

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

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

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

4.2.1. Argumentos de quienes negaban la concursabilidad del consorcio

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

Como señalara Highton haciendo referencia al consorcio,

> …es una persona jurídica necesaria que inevitablemente debe tener continuidad, no pudiendo disolverse con la consiguiente desaparición del consorcio de la vida jurídica, ya que la indivisión forzosa del inmueble hace ineluctable la permanencia de la comunidad organizada, y el régimen de este derecho real está basado en la existencia del consorcio, ente cuya creación no es optativa sino automática (art 9º ley 13.512). La única forma en que este desaparecería sería a través de la subasta de todo el inmueble, que fuera a parar a manos de un único propietario. De ahí que entendamos que el consorcio de propietarios está excluido de la admisibilidad del concurso, a cuyo fin interpretamos en forma amplia el último párrafo del art. 2º de la ley 24.522, según el cual "No son susceptibles de ser declaradas en concurso, las personas reguladas por leyes 20.091, 20.321 y 24.241, así como las excluidas por leyes especiales" entendiendo que la ley 13.512 es una ley especial que, dado el modo en que dispone sobre el consorcio, lo excluye de la contingencia falencial. De admitirse la quiebra, cabría también analizar que la misma importaría la quiebra de todos los propietarios en los términos del art. 16º de la ley concursal.[29]

4.2.2. Argumentos de quienes aceptaban la concursabilidad del consorcio

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

> … naturalmente se desprende como lógica consecuencia la posibilidad de concursamiento de este sujeto de derecho (entendido en forma amplia, abarcativo de la solución preventiva y liquidativa) en los términos de los arts. 2º y 5º de la LCQ.[30]

Sostenían que la idea de considerar al consorcio como una persona jurídica necesaria y, en virtud de ello, no poder declarar su quiebra porque conllevaría la disolución de la persona jurídica "no parece convincente y el perjuicio que causa el estado de quiebra a cualquier comunidad de sujetos organizados jurídicamente no es diferente en uno y otro caso".[31]

29. Highton, Elena I., ob. cit. (cfr. nota 2), pp. 563-564.

30. Di Tullio, José A. y Roitman, Horacio, "Los concursos y la propiedad horizontal", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 2002-2 ("Propiedad horizontal"), septiembre 2002, pp. 401 y ss.

31. Ídem.

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

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

5.1. Argumentos y posturas en contra de la concursabilidad

5.1.1. El consorcio de propiedad horizontal como "persona jurídica necesaria"

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

> … por razones ligadas a su composición patrimonial, finalidad, estructura ontológica, [el] consorcio de copropietarios regulado en los arts. 2044 y concordantes del CCCN, no puede ser un sujeto concursable.[32]

Sostiene Raspall,

> Esta persona jurídica nace con un plazo indeterminado, perdura mientras exista la afectación del inmueble al régimen de Propiedad Horizontal y solo se disuelve por desafectación del inmueble del régimen, lo que podrá ser alcanzado por acuerdo unánime de los propietarios o por resolución judicial y es necesaria su existencia para que exista derecho real de propiedad horizontal. En tal orden, se sostiene desde antes de la sanción del nuevo Código, que el consorcio es una persona jurídica "necesaria", pues integra uno de los elementos estructurales del régimen de propiedad horizontal, es consustancial con el mismo y hace a la existencia del derecho real de propiedad horizontal, posición que compartimos.
> […] el consorcio de copropietarios, a diferencia de las demás personas jurídicas privadas, es una persona jurídica necesaria, es decir, impuesta por la ley, que existirá mientras nos encontremos frente a la propiedad horizontal. El conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye a la persona jurídica consorcio según los términos del artículo 2044 CCyC. Los integrantes del consorcio (copropietarios), no deciden libremente crear la persona jurídica, sino que se los impone la ley como condición para que exista propiedad horizontal.
> […] La "vida" del consorcio está indisolublemente ligada a la afectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal y por lo tanto solo se extingue por la desafectación acordada en forma unánime por los propietarios o por decisión judicial. La desafectación del régimen de propiedad horizontal es la única causal de extinción del consorcio, no dejando lugar a duda alguna la redacción del art. 2044, 2º párr. CCyC. De modo que, mientras

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

> exista la afectación del inmueble a la propiedad horizontal, existirá la persona jurídica consorcio, lo que la transforma –como hemos dicho– en una "persona jurídica necesaria" e inescindible del sistema.[33]

5.1.2. Causales de disolución de la persona jurídica

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

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

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

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

> En el régimen de la ley 13.512 derogada, no estaba tratada la disolución de la persona jurídica en razón de que ésta no le reconocía al consorcio tal carácter (por lo menos en forma expresa). La desafectación del inmueble podía producirse por resolución judicial, en los casos en que el juez debiera expedirse –frente a la ausencia de unanimidad– por cuestiones vinculadas a reparaciones extraordinarias, por destrucción total o parcial, estado de vetustez o ruindad que hacían a la cosa peligrosa. Esta situación se repite actualmente en el art. 2055 para los casos de grave deterioro o destrucción del edificio, donde los propietarios resuelven por mayorías que representen más de la mitad del valor, pero seguramente en caso de conflictos, estos recurrirán a la justicia, con lo cual el juez puede terminar resolviendo la desafectación. Igualmente, en los casos de ruina, vetustez o peligrosidad, el juez podría resolver la desafectación del inmueble, aun cuando fuera pedido por una cantidad de propietarios que no representaran las mayorías legales, e incluso, podría llegarse a esta situación teniendo como punto de partida, una resolución administrativa.
>
> Entendemos que ésta es la interpretación que cabe darle al art. 2044 cuando dice que el juez puede resolver la desafectación del inmueble y ello arrastrar a la disolución o extinción del consorcio. No vemos que tenga facultades para disolver el consorcio en forma directa, sino que sobreviene en forma indirecta por la desafectación del inmueble.
>
> Parte de la doctrina ha sostenido que el juez puede disponer la extinción de la persona jurídica consorcio, a través de la declaración judicial de quiebra. A la sentencia de quiebra (resolución judicial), la consideran una causal de disolución del consorcio, lo que a su vez arrastraría a la desafectación del inmueble. Esta afirmación amerita que consideremos que, si se declara la quiebra del consorcio, no es la resolución judicial la que impondría la disolución, sino la ley misma, (art. 163 inc. c. del CCyC), o sea, estaríamos en presencia de una causa legal y no –técnicamente– judicial.
>
> No obstante, debe considerarse que la redacción del art. 2044 CCyC establece una clara previsión, indicando que es la desafectación la que produce la disolución de la persona jurídica y no al revés.[34]

33. Ver Raspall, Miguel A., ob. cit. (cfr. nota 6).

34. Ídem.

5.1.3. Insolvencia/cesación de pagos

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

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

El artículo 78 LCQ establece:

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

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

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

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

> … el patrimonio del consorcio de copropietarios nunca podría ser insuficiente para responder por las deudas que lo gravan toda vez que existe una obligación connatural de los copropietarios a aportar los fondos para el mantenimiento del edificio y el funcionamiento de la propiedad horizontal.[35]

Según este razonamiento,

> … la impotencia patrimonial del consorcio para hacer frente a sus obligaciones, dispara la responsabilidad patrimonial de los copropietarios, quienes deben afrontar todo lo que el consorcio no puede cancelar (excusión previa de bienes del consorcio).[36]

35. Medici, Rubén A. y Raspall, Miguel A., ob. cit. (cfr. nota 32), p. 390.

36. Ídem.

5.2. Argumentos y posturas a favor de la concursabilidad

5.2.1. El consorcio de propiedad horizontal como persona jurídica

El CCCN reconoce al consorcio de propiedad horizontal como una persona jurídica privada. Como tal, posee todos los atributos que le son propios a las personas jurídicas: 1) nombre, 2) domicilio, 3) duración, 4) patrimonio, 5) objeto, 6) órganos propios, y, conforme al artículo 141 CCCN, tiene aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación; todo ello al igual que el resto de las personas jurídicas privadas. Por otra parte, no existe en el CCCN norma alguna que le permita al consorcio de propiedad horizontal no estar alcanzado por lo regulado en los artículos 163 a 167, referidos a la disolución y liquidación de las personas jurídicas privadas. Como es posible advertir, el reconocimiento de la personalidad independiente del consorcio constituye el punto de partida para considerar los efectos que se derivan del mismo, pues ello incide directamente en la posibilidad de que el consorcio pueda ser parte en juicio, en la probabilidad de ser condenado, en la responsabilidad por las deudas contraídas y, por consiguiente, en la alternativa del concursamiento.[37]

Como señalan Gurfinkel y Saucedo,

> Aplicando las normas comerciales al tema en cuestión se afirma que desde el punto de vista estrictamente normativo, la situación del consorcio de propietarios no está contemplado entre las excepciones de la ley 24.522, por lo cual, siendo una persona jurídica con caracteres especiales en cuanto a su objeto, queda encuadrada en los arts. 2 y 5 de la ley de la materia y, aunque no persigue fines de lucro, al realizar las contrataciones mediante las cuales cubre las necesidades y obtiene beneficios, contrae obligaciones que al quedar incumplidas lo vuelven pasible del concurso de quiebra. En consecuencia, si se reconoce al consorcio personalidad jurídica, no hay argumentos de derecho para excluirlo de los alcances de la ley concursal.[38]

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

> No compartimos esta interpretación por cuanto para considerar a la ley 13.512 como ley especial a los fines de la exclusión de la ley concursal, la excepción –que debe ser interpretada con criterio restrictivo– debería surgir de aquella norma en forma clara. No solo no hay regla alguna al respecto en la ley 13512 sino que ésta ni siquiera reconoce al consorcio de propietarios como persona jurídica distinta de sus integrantes, como en cambio lo dispone el nuevo Código. Ante la falta de sustento normativo que permita excluir al consorcio de los alcances del concurso o quiebra, resulta insuficiente el argumento de orden pragmático que señala la necesidad de su existencia para el mantenimiento del sistema de propiedad horizontal.[39]

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

En lo que respecta a los sujetos que pueden acceder a los procesos concursales, la Ley 24522 no ha cambiado y siguen rigiendo sus artículos 2 y 5. El último párrafo del ar-

37. Ver Di Tullio, José A. y Roitman, Horacio, ob. cit (cfr. nota 30), p. 401.

38. Gurfinkel de Wendy, Lilian N. y Saucedo, Ricardo J., ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 258-259.

39. Ídem, pp. 259-260.

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

> Nada impide que los órganos propios de la persona jurídica dispongan la presentación en concurso preventivo, acordando con los acreedores del consorcio un plan de pagos que solvente las obligaciones adeudadas en tanto los recursos de aquél… [40]

Como señala Vitolo:

> … si el Consorcio de Propiedad Horizontal –persona jurídica privada distinta de los propietarios que lo componen–:
> a) Se encuentra enfrentando dificultades económicas o financieras de carácter general, o se encuentra en un estado de cesación de pagos, puede promover y procurar obtener un acuerdo preventivo extrajudicial, en los términos de los arts. 69 y siguientes de la ley 24522 celebrando libremente un acuerdo privado con una comunidad significativa de sus acreedores en orden a permitirle superar la crisis que atraviesa; acuerdo éste que si finalmente consigue la homologación por parte del tribunal competente, adquirirá los efectos de un acuerdo preventivo judicial homologado, imponiéndose forzosamente a todos los acreedores de causa o título anterior a dicho acuerdo –hayan o no participado del mismo–, novando la totalidad de esas obligaciones;
> b) Se encuentra enfrentando un estado de cesación de pagos, puede solicitar la apertura de su concurso preventivo de acreedores, recurriendo al juez de su domicilio con el objeto de que –continuando al frente de la administración de su patrimonio bajo un régimen de desapoderamiento atenuado y desarrollando su actividad habitual– se le brinde la oportunidad de que pueda arribar –en un plazo determinado– a un acuerdo con sus acreedores, que le permita revertir la situación de crisis por la que atraviesa. Si el acuerdo finalmente es homologado judicialmente, las obligaciones de causa o título anterior a la presentación en concurso quedarán novadas totalmente; y –finalmente–
> c) Se encuentra enfrentando un estado de cesación de pagos y estima que la situación no podrá ser revertida en razón de que –por diversas circunstancias– no se advierte que los copropietarios puedan efectivamente contribuir a permitirle superar dicho estado de cesación de pagos, pedir su propia declaración en quiebra ante el juez de su domicilio e, igualmente, cualquier acreedor que considere que el consorcio se encuentra efectivamente en cesación de pagos, e invoque la existencia de actos reveladores de la mencionada situación, podrá pedir su declaración en quiebra –quiebra directa–, cuyo trámite podrá devenir en concurso preventivo si se recurriera temporáneamente al instituto de la conversión del trámite.

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

> Y no hay norma positiva alguna que excluya al Consorcio de Propiedad Horizontal de estas posibilidades, como ocurre con otras personas jurídicas privadas.[41]

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

> Por otra parte, esta solución es la más sana y equitativa al momento de resolver las cuestiones patrimoniales frente a un situación de crisis, dado que de lo que se trata aquí es de enfrentar un presupuesto objetivo, bajo la ley 24522 cuál es el de la cesación de pagos, situación –ésta– que está conformada no necesariamente por un desequilibrio económico, sino por desequilibrio financiero, pues dicho estado de cesación de pagos es el estado del patrimonio que, sin disponibilidad de crédito, se revela impotente para atender las obligaciones exigibles, con los bienes normalmente realizables, en oportunidad de dicha exigibilidad.
> Frente a esta situación –e incluso frente a la más dramática cual podría ser la imposibilidad fáctica de superar tal estado de cesación de pagos, que importara la declaración en quiebra del Consorcio de Propiedad Horizontal–, si no se admitiera que la persona jurídica Consorcio pueda recurrir a los procesos concursales regidos por la ley 24522, los acreedores quedarían habilitados –ante un incumplimiento generalizado de obligaciones por parte de dicho Consorcio– a disputarse salvajemente la percepción de sus créditos agrediendo en forma masiva los bienes de propiedad del Consorcio que conforman su garantía común –arts. 743 y siguientes del Código– escapando a las reglas generales de la insolvencia de las personas jurídicas, en materia de procedimientos de reconocimiento de los créditos para la reconformación del pasivo del sujeto de derecho en crisis –arts. 32, 34, 35, 36, 37, 38 y 126 de la ley 24522– y aún en lo que hace al régimen de preferencias y privilegios, regulados por los arts. 2579 del Código y 239 y siguientes de la ley 24522.[42]

5.2.3. Patrimonio del consorcio involucrado en el proceso universal

Como se adelantara en el presente trabajo, el patrimonio del consorcio se integra con las expensas percibidas, los créditos por expensas, los intereses punitorios por expensas adeudadas, intereses que devenguen las cuentas bancarias a nombre del consorcio, el fondo de reserva, los créditos respecto a terceros, otras recaudaciones, las unidades funcionales que se le asignen o adquiera en el inmueble o fuera del mismo, y, en general, las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia. Las partes y cosas comunes no integran el patrimonio del consorcio, ya que pertenecen a los consorcistas. Es el propio artículo 2045 el que establece que las partes privativas y las comunes conforman un todo inescindible, de modo tal que el derecho real que corresponde a cada propietario sobre las partes comunes no puede ser enajenado o gravado en forma independiente. Las cosas comunes no son embargables por cuanto no son propiedad del consorcio; son inseparables de las unidades privativas y son indispensables para el funcionamiento del sistema.[43]

Conforme señala Vitolo,

> Como puede advertirse, el patrimonio del consorcio –en relación con los bienes propios y comunes de titularidad de los propietarios– no resulta, en general, significativo, salvo en aquellos casos en los cuales el consorcio de propiedad horizontal pudiera ser titular –por

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

42. Ídem.

43. Ver Gurfinkel de Wendy, Lilian N., "Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 3/6/2013, t. 2013-C (cita online AR/DOC/1939/2013).

> sí mismo– de algunas unidades funcionales cuyo destino fuera su alquiler o explotación a efectos de proveer fondos para el sostenimiento de los gastos y expensas generadas.
> Sin embargo ello no es óbice para que el Consorcio pueda contraer las obligaciones que la ley le permite, y ejercer los derechos derivados del reconocimiento de su personalidad jurídica.[44]

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

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

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

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

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

Por lo expuesto, y como dice Vítolo,

> Mientras tanto no se encuentre extinguida la personalidad jurídica del Consorcio de Propiedad Horizontal, y acaecida que fuera una causal disolutoria, produciendo la disolución de dicho consorcio como persona jurídica privada, y colocando al mismo en estado de liquidación, dicho ente conservará su personalidad jurídica durante el proceso liquidatorio, debiendo adicionar a su denominación social –nombre– la expresión "en liquidación.
> Tanto la liquidación voluntaria como la coactiva derivada del proceso de quiebra –si la liquidación se lleva efectivamente a cabo porque la quiebra puede concluir por medios tales como el avenimiento o la conversión del trámite en concurso preventivo que no importan la disolución del consorcio y, por lo tanto, no conllevan a la liquidación del mismo–, importarán, como paso final, la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, derivando el régimen de propiedad o del edificio a un condominio entre todos los titulares de unidades funcionales, en proporción a su participación.
> En efecto; el art. 2044 del nuevo Código establece que la personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del régimen de propiedad horizontal, la cual puede tener como fuente: i) un acuerdo unánime de los propietarios instrumento en escritura pública o ii) por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario.
> En el caso de la quiebra dicha resolución judicial es la declaración judicial de finalización del proceso de liquidación en la quiebra, bajo los arts. 225 a 233 de la ley 24.522.
> Es claro que esto podría evitarse si en el proceso liquidatorio en la quiebra, el Síndico pudiera obtener de los propietarios las contribuciones por expensas extraordinarias necesarias para hacer frente íntegramente al pasivo falencial, y recondujera el Consorcio bajo el régimen del art. 166 del Código.[45]

44. Vítolo, Daniel R., ob. cit. (cfr. nota 41).

45. Ídem.

6. Ventajas que brinda la concursabilidad

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

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

7. Conclusión

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

Como conclusión se puede afirmar que:

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

Coincidimos con Vítolo[46] en cuanto a que:

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

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

8. Bibliografía

Alegría, Héctor y otros [comisión Decreto PEN 685/1995], *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998.

Alterini, Jorge H., "Responsabilidad de los consorcistas", en AA.VV., *Temas de responsabilidad civil*.

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

Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.

Curutchet, Julio E., "Naturaleza jurídica del consorcio de propietarios en la propiedad horizontal", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1961-III.

Di Tullio, José A. y Roitman, Horacio, "Los concursos y la propiedad horizontal", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 2002-2 ("Propiedad horizontal"), septiembre 2002.

Gurfinkel de Wendy, Lilian N., "Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 3/6/2013, t. 2013-C (cita online AR/DOC/1939/2013).

Gurfinkel de Wendy, Lilian N. y Saucedo, Ricardo J., *Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Tiempo compartido. Cementerios privados*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016 (1a ed.).

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

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

46. Ídem.

Laje, Eduardo J., "La personalidad del consorcio de propietarios creado por la ley 13512", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 99.

Laquis, M. y Siperman, A., *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966.

Lascano, Guillermo G., "Derecho del trabajo", en *Revista de Jurisprudencia*, t. XIII, 1953.

Lavalle Cobo, Jorge, [comentario al art. 33], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1985.

Llambías, Jorge J., [su voto] en Cám. Civ. de Capital Federal, Sala A, 22/9/1960, "Consorcio de Propietarios del Edificio Las Heras 2255/61 c/ Bollag, José y otro" (*Revista de Jurisprudencia Argentina*, t. 1961-III [serie moderna], pp. 539-541).

— *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Perrot, 1967.

Lorenzetti, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.

Mariani de Vidal, Marina, "Los derechos del consorcio de copropietarios. ¿Sobre qué bienes pueden hacerse efectivos?", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 45.

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

Molinario, Alberto D., "Inexistencia de personalidad del consorcio creado por ley nacional 13512", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 120.

Racciatti, Hernán, *Propiedad por pisos o por departamentos*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1958 (2ª ed.).

— *La naturaleza jurídica del consorcio de propietarios en la ley argentina de propiedad por pisos o departamentos*, Buenos Aires, Depalma, 1982.

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

Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, 1952 (ed. actualizada por Novillo Corvalán).

Sívori, Alfredo, "Algunos aspectos de la ley 13512", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata*, Nº 1, 1954.

Spota, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, t. 1, v. 3, Buenos Aires, Depalma, 1953.

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

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

Representación convencional y orgánica*

Norberto R. Benseñor**

RdN 934

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 consigo mismo.* ***9.*** *Ratificación. Artículo 369. Ratificación.*

* Ver online en http://bit.ly/RDN934-representacion.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-Benseñor.

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.[1]

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.[2]

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.[3] 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,[4] 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.[5]

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 que "los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante,

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.

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*.[6]

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:

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.

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[7]).
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,[8] sin perder 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).

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".

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

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).[9]
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 representante, 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.

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).

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 consigno 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.[10]

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

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 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 explicitación 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.[11]

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

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.[12]
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.
11.6. De la comparación con el artículo 1881 CCIV, advertimos que se enuncian supuestos no contemplados anteriormente: el inciso a), que requiere facultades expresas para peticionar el divorcio, la nulidad de matrimonio y la modificación, disolución y liquidación del el 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).

---

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 recompensa (art. 1803), el concurso público (art. 1807) y las garantías unilaterales (art. 1810).

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[13] 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 el representado,[14] 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.[15]

14. Extinción

El artículo 380 CCCN dispone que el poder se extingue:

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

14. Ídem, p. 931.

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

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 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 cumplimentar 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.[16] 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.[17] 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**[18] 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

16. El art. 1870, inc. 3, CCIV 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 CCIV 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.

respuesta alegando desconocimiento o ignorancia de los actos cumplimentados por sus antecesores en el cargo.[19] 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 (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.[20] 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.[21] 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.[22]

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.[23] 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

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.

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, Nº 795, 1984, p. 633 [*N. del E.*: ver en http://bit.ly/RDN795-representacion].

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/ Pascuariello, Italino O. P." (*El Derecho*, t. 74, p. 702, fallo Nº 30028 [*N. del E.*: Se advierte al lector que la carátula también ha sido consignada ahí mismo como "Armenta, Roberto c/ Pasquariello, Italino"]): 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.

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).

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).[24]
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.[25]

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.[26] 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 participen 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.[27] 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 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.[28] De tal modo, queda diferenciada la actitud del directorio como colegio, esencialmente deliberativa e

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.

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

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.[29] Su presencia en la organización social es obligatoria e imprescindible.[30] 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.[31]

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 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

29. CNCom., Sala A, 30/12/1976, "Amenta, Roberto c/ Pascuariello, Italino O. P." (*El Derecho*, t. 74, p. 702, fallo Nº 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".

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 definitoria 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**, atri-

bución que no se empaña por la circunstancia de que los estatutos mencionen entre las atribuciones del directorio la de otorgar poderes.[32]

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**.

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.[33]

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).

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.

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 cuando media alguna actitud tolerante del representado frente a quien aparenta ser su representante.[34] 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.[35]
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.[36]
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

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".

documento fue firmado por un director que no tenía facultades representativas, generando una creencia de facultades que no tenía.[37]

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.[38]
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.[39]
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.[40]
15.5.4. La falta de inscripción de la designación de los administradores no ocasiona la insuficiencia de sus facultades.[41]
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.[42]

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).

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).

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

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 compulsa 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 pagos ordinarios, excluyendo todos los actos enunciados en el artículo 375, siguientes y correlativos del Código Civil y Comercial.[43]
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.[44]
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.

Provincia de Buenos Aires, Nº 809, 1973, pp. 723 y ss. (trabajo presentado en la XVII Jornada Notarial Bonaerense [Morón, 1973], que sostuvo por unanimidad nuestra postura).

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).

16.7. 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 administren 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.
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 Tobías, 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, Nº 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, Nº 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.

Donaciones

Un temor irreverente*

Maritel M. Brandi Taiana**

RdN 931

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación
23/2/2018 - 9/4/2018

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Presupuestos de estudio: acción de colación y acción de reducción.* ***3.*** *Alcance del objeto de la acción reipersecutoria: bienes registrables.* ***4.*** *Cesión de herencia a título gratuito.* ***5.*** *Conclusión.* ***6.*** *Bibliografía.*

1. Introducción

Grandes interrogantes han surgido a partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial (CCCN) en agosto de 2015 respecto de diversos institutos y escenarios jurídicos cuyas estructuras se han visto conmocionadas con las reformas introducidas. En muchos casos, dichos interrogantes se enraízan en modificaciones ciertas y concretas pero en otros casos surgen de un simple temor intelectual nacido a la vera, tal vez, de las dificultades que entraña descifrar los motivos y/o el fin perseguido por el legislador al introducir ciertas reformas.

* Ver online en http://bit.ly/RDN931-donaciones. Edición revisada y ampliada de la ponencia presentada en la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 2017), que fue galardonada con un accésit.

** Información de la autora en http://bit.ly/RDN-Brandi.

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

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

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

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

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

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

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

> … su efecto principal es resolver las liberalidades en la medida en que exceden los límites de la porción disponible, entendiendo que **"reducir" es sinónimo de "resolver", "rescindir", "declarar la ineficacia del acto que viola la porción protegida"**.[1]

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

Esta acción no es dispensable[3] y es considerada por prestigiosos autores, especialmente, como **una acción personal con efectos reipersecutorios**, de conformidad con las conclusiones a las que arribó la mayoría en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013).[4]

Señala Di Castelnuovo:

> … la acción de reducción tiene por objeto proteger la legítima dirigiéndose contra las disposiciones testamentarias y, de ser necesario, las donaciones otorgadas por el causante en

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

2. Ídem, p. 416.

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

4. Ídem, p. 614.

> exceso de su porción disponible, para integrar la cuota del legitimario accionante y salvar la legítima, sin importar quién sea el destinatario de la liberalidad […] **Y por reducción debe entenderse resolución, rescisión, ineficacia**.[5]

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

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

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

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

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

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

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

5. Di Castelnuovo, Gastón R. (y Di Castelnuovo, Francisco [colab.]), [comentario al art. 2452], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 8, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 377 y 379-380.

los registrables?; ¿qué sentido tiene que la ley indique expresamente a qué bienes alcanza el efecto reipersecutorio si por vía de interpretación se vulnera la limitación normativa para aplicarla a supuestos no previstos?

3.1. Acciones

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

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

3.2. Subrogación real. Especial referencia a la donación dineraria

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

Causse define la subrogación real como

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

Señalan Bossert y Fassi que

> Puede ocurrir que en un patrimonio, un bien sea reemplazado por otro; y por tanto, aunque haya en aquél un bien nuevo, no hay un valor nuevo; ocurrido este reemplazo de bienes en el patrimonio, también jurídicamente, se produce el reemplazo de una cosa por otra; **ésta,**

6. Ver Gutiérrez Zaldívar, Alfonso, "Acciones-título valor. Acción reivindicatoria", Buenos Aires, [s. e.], 2017 (trabajo presentado en la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires [Buenos Aires, 2017]).

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

8. Ibídem.

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

> **nueva, asume en el plano de las relaciones jurídicas, el lugar que ocupaba la otra, reemplazada**. En este reemplazo –desde el punto de vista jurídico- de un bien por otro, consiste la subrogación real […] Se trata de una "ficción por la cual un objeto reemplaza a otro, para ser propiedad de la persona a la que éste pertenecía, y revestir su naturaleza jurídica.[10]

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

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

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

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

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

a) Cuando decimos que es un principio general del derecho, ¿estamos previendo que el mismo se aplica automáticamente aunque no esté previsto en la ley? Si así fuera y pudiéramos asimilarlos a un principio que informa el derecho como el de buena fe, no podrían tampoco las partes apartarse de él, ¿verdad? Sin embargo, en todos los casos a los que hacemos referencia, las partes pueden decidir no aplicarlo: tanto en el régimen de protección de vivienda como incluso en el de bienes propios o gananciales (art. 466 CCCN) o en el supuesto de la cesión de derechos del artículo 2304 CCCN.
b) Hay otros principios generales del derecho, algunos incluso con rango constitucional, que deben convivir con este eventual principio general de subrogación y que deben ser también ponderados en la valoración de su aplicación.

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

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

11. Ídem, p. 268.

si fuera ganancial. ¿Sería razonable concluir que ese inmueble está fuera del comercio durante diez años por aplicación del artículo 2458 CCCN?

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

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

Por otra parte, aun cuando se aceptara la aplicabilidad del "virus" de la subrogación para todo supuesto, si en el resto de los supuestos es derogable por las partes, no vemos por qué no lo sería en el que analizamos. Pero, más aún, debemos volver a la definición primigenia para entender su alcance: una cosa ocupa el lugar que otra tenía. En el caso del dinero: un inmueble ocupa el lugar del dinero que había sido donado. Es decir, al inmueble se le aplicaría en ese caso la misma normativa que le correspondía al dinero, no al revés. **Consecuentemente, aun si se entendiera que opera la subrogación real, el inmueble, al ocupar el lugar del bien no registrable, adquiriría las condiciones de este. Y ello siempre que obviásemos las consideraciones doctrinarias respecto a que debe estar expresamente prevista la subrogación y que no puede afectar la condición física del bien**.

3.3. Subrogación real vs. simulación

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

Se trataba de una relación afectiva de pareja en donde el caballero había sido siempre quien aportara los medios económicos de sostenimiento del hogar mientras que la

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

mujer se había dedicado a la crianza de las hijas en común. Tras años de relación, acaece la ruptura en términos muy conflictivos, adoptando la mujer decisiones duramente criticadas por los juzgadores. El caballero plantea la revocación de una "donación" realizada a la mujer por ingratitud de esta. La "donación" que se atacaba era el pago de un departamento por parte de él, habiéndolo "puesto a nombre de ella".

Belluscio señala en su voto:

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

Sigue su voto:

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

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

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

De los comentarios transcriptos se desprenden cuestiones de sumo interés:

1) Por un lado, el análisis no menciona siquiera la subrogación real; es más, ni siquiera entra a considerar la aplicabilidad de la misma, sino que **se basa en la existencia o no de una ocultación que eventualmente puede ser considerada simulación**, mediante la cual se pretende obviar un paso (la compra por el donante para luego donar el inmueble), y **tiene como presupuesto precisamente el que no pueda desdoblarse el acto jurídico de donación del dinero con el de compra** que realiza el que adquiere el bien "puesto a su nombre".
2) Por otro lado, el **escenario** en el que se desarrolla la discusión, incluso el alcance de la sentencia, **se encuentra delimitado en el ámbito de donante y donatario**. No

13. Ídem, pp. 415-416.

14. Ídem, p. 417.

15. Ibídem.

16. Ídem, pp. 417-418.

se analiza en absoluto la situación en la que el inmueble ha sido transmitido a un tercer adquirente, y todo se resuelve en la posibilidad o no de revocar la donación por ingratitud pero mientras el bien se halla en poder del donatario. El ámbito del artículo 2458 CCCN es el de la reivindicabilidad de los bienes en el caso de transmisión a terceros. Tanto es así que el voto del Dr. Alterini recuerda que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1866 CCIV, se establecía que "la revocación de la donación por causa de ingratitud, no tiene efecto contra terceros por las enajenaciones hechas por el donatario". Igual solución contempla el código vigente con el juego de los artículos 1570, 1573 y concordantes.

3) Finalmente, no debemos olvidar que se trata de un análisis puntual, ante un hecho concreto, en el que los jueces en cumplimiento de sus funciones deben impartir, fundamentalmente, justicia.

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

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

Debe restituirse el bien y no el dinero

> … siempre que la adquisición haya sido hecha por el donante con dinero propio en nombre del donatario o haya sido hecha por voluntad del donante, estipular el donatario con dinero del que a tal fin se le proveyó […] Por ello, me parece acertado encuadrar la modalidad negocial motivo de autos dentro de la figura de "la puesta de un bien a nombre de otro", ya que en ella "se suprime el intermediario y se oculta el negocio de transmisión, haciendo que aparezca el beneficiario como titular originario o inmediato"…[18]

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

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

Como tal, la simulación puede ser lícita o ilícita. Descontamos que en la eventual donación de dinero de un padre a un hijo para que pueda comprar un inmueble que por sus propios medios tal vez no pueda adquirir, no nos hallamos ante una ocultación de verdad ni ante "la puesta a nombre de otro" del inmueble. Es el simple hecho, así exteriorizado, sin engaño alguno, de pretender ayudar a un hijo o a un tercero con dinero, con el fin de que pueda alcanzar cierta seguridad patrimonial con la compra de un inmueble. Es un escenario claro, preciso, sin ocultaciones. Es más, aun cuando faltando a

17. Ídem, p. 421

18. Ibídem.

19. Ídem, pp. 423 y ss.

la verdad quisiéramos sostener que en realidad se quiso donar el inmueble, la simulación sería lícita y, por tanto, solo oponible entre donante y donatario; **nunca podría alcanzar a subadquirentes de buena fe**.

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

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

El artículo 385 CCCN dispone: "Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero". Hay quienes consideran que si la donación dineraria no indica que el dinero debe utilizarse para la compra de un inmueble, debe dársele el tratamiento de bien no registrable y que su posterior imputación a la compra de aquel no determinaría la aplicación del artículo 2458 CCCN. No obstante, si la donación dineraria prevé que el dinero deberá ser utilizado para la compra de un bien registrable como condición o cargo, ello podría determinar que nos encontremos ante un acto indirecto y, en ese sentido, el bien adquirido con el dinero sería pasible de ser reivindicado durante el plazo de diez años.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Cesión de herencia a título gratuito

Señala Palacios que

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

20. Palacios, María C., [comentario al art. 2302], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 976.

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

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

Como universalidad de derecho,

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

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

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

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

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

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

- El objeto de la cesión de derechos hereditarios es, sin duda, el todo o parte de una universalidad. Como tal, **no se trata de un bien registrable**.
- Se aplica a su respecto, en tanto en cuanto las partes no lo hayan derogado, el principio general de subrogación real que admite pacto en contrario.

21. Ídem, p. 982.

22. Ídem, p. 983.

23. Palacios, María C., [comentario al art. 2304], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 1008.

24. Ídem, p. 1011.

- En todo caso, **la subrogación real respecto de bienes que conforman el acervo hereditario y, por tanto, la universalidad se incorpora, en reemplazo del bien dispuesto, a la misma universalidad y se mantiene dentro de ella**. Es decir, **la subrogación no desvirtúa el carácter de derecho, perteneciente a una universalidad y no registral, de un bien por otro**.

Tal vez alguien podría entender que, dado que la cesión de derechos hereditarios puede tener acceso al registro de anotaciones personales vinculado al registro de la propiedad inmueble, se trata en definitiva de un bien registrable. Debe señalarse al respecto que, más allá de tratarse de una anotación voluntaria y no alcanzar el carácter de inscripción sino, como decimos, de una simple anotación, no se refiere al objeto de la cesión sino al causante cuyos derechos se ceden. Es decir, **la anotación registral no recae en el objeto sino en el sujeto, elemento que a todas luces excluye a estas cesiones como bien registrable**. Así las cosas, consideramos que, sin lugar a dudas, las cesiones de derechos hereditarios a título gratuito no están comprendidas en el régimen de observabilidad establecido por los artículos 2458 y 2459 CCCN.

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

5. Conclusión

- La acción de reducción, como mecanismo legalmente previsto para la protección de la legítima hereditaria, tiene efectos reipersecutorios que le son inherentes y que operan, en el caso de las donaciones, entre donante y donatario. No obstante, el legislador ha decidido que, cuando se trata de bienes registrables (teniendo en cuenta un inveterado criterio que los considera tal vez prejuiciosamente como bienes de especial valor económico), aun el tercer adquirente deberá soportar la acción reipersecutoria contra su patrimonio, por el plazo de diez años desde la donación o cinco años desde el fallecimiento del donante.
- Lo dispuesto en el artículo 2458 CCCN constituye una excepción a la regla de la acción de reducción y, como tal, debe ser interpretada en términos estrictos. La misma será aplicable a los supuestos allí contemplados.
- Desde nuestro lugar de juristas asesores y hacedores de documentos en el marco de la seguridad jurídica que debe guiarnos en nuestra actuación, no podemos, por temores infundados, aceptar interpretaciones contrarias a la norma que, además, afectan el derecho constitucional de propiedad de los ciudadanos además del derecho, ni más ni menos, a la libertad de decidir y actuar en el marco de lo no prohibido. Es así que mal podemos coadyuvar a tergiversar la letra expresa de la ley con interpretaciones ya no estrictas sino restrictivas de los derechos de los ciudadanos, a quienes les debemos la aplicación justa y precisa de la ley como respuesta a sus inquietudes y deseos.

- El principio de subrogación real debe estar expresamente dispuesto por la ley para que deba ser aplicado. No se trata de un principio absoluto ni automático por cuanto debe asumirse en armonía con la aplicación de otros derechos de igual o mayor jerarquía. No obstante, aun cuando pudiera interpretarse que en determinados supuestos, ante lo no previsto, corresponde su aplicación, el mismo supone: a) atraer hacia la condición del primer objeto subrogado el carácter del segundo; b) la imposibilidad de afectar el carácter y condición física de un bien adjudicándole consideraciones propias de otros bienes; y c) su sujeción a la autonomía de la voluntad de las partes para decidir que, en el caso particular, no será aplicado, más aún si no ha sido expresamente impuesto.
- Como consecuencia de todo lo anterior, consideramos que, en ningún caso podría aplicarse la extensión de efectos reipersecutorios establecida en el artículo 2458 CCCN a bienes que, al momento de la donación, no constituyan bienes registrables. La donación de acciones, de dinero o la cesión de derechos hereditarios a título gratuito no están alcanzadas por dicha norma y, por tanto, tales bienes no pueden ser perseguidos en cabeza de terceros adquirentes. Los títulos que tengan como antecedente tales transmisiones gratuitas, en modo alguno son observables.

6. Bibliografía

Aguilar, Rosana I. y Flah, Lily R., "Protección de la vivienda", en Kiper, Claudio M. (dir.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

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

Campanella, Florencia G. y Lambaburu, Marcelo, [comentario al art. 2452], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs. grales.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 6, Buenos Aires, La Ley, 2014.

Causse, Federico, "Derechos reales de garantía", en Kiper, Claudio M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Di Castelnuovo, Gastón R. (y Di Castelnuovo, Francisco [colab.]), [comentario al art. 2452], en Clusellas, Gabriel (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 8, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

Ferrer, Francisco A. M., [comentario al art. 2452], en Alterini, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 11, Buenos Aires, La Ley, 2016.

Gutiérrez Zaldívar, Alfonso, "Acciones-título valor. Acción reivindicatoria", Buenos Aires, [s. e.], 2017 (trabajo presentado en la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires [Buenos Aires, 2017]).

6.1. Bibliografía complementaria

Acciarresi, Selmar J., "La legítima en el derecho sucesorio argentino", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento "Actualidad", 15/5/2012, y en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 22/8/2012.

Armella, Cristina N., "El contrato de donación y sus vicisitudes en el Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular", abril 2015.

Camarota, Nora, "El contrato de donación en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 18/1/2017 (t. 2017-1).

Etchegaray, Natalio P., "Posibilidad actual de aceptar ofertas de donación si el donante falleció durante la vigencia del Código Civil", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 25/7/2016 (t. 2016-D).

Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 3, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Medina, Graciela, "Prescripción en el derecho sucesorio. Acción de reducción y colación", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. 1999-22.
Natale, Roberto M., *La acción de reducción*, Córdoba Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Advocatus, 2008.

Régimen de separación de bienes

Una opción aún poco conocida*

Julio C. Capparelli**

RdN 934

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.*

* Ver online en http://bit.ly/RDN934-matrimonio1.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-Capparelli.

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.[1] 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.[2]

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

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.

variedad de posibilidades y realidades sociales, debiendo la ley considerar también el 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 inscripta, 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.[3]

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

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.[4]

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

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.

> 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.[5]

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 anotase 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.[6]

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 desfasaje entre la redacción de la convención previa a su entrada en vigor entre los cónyuges y la oponibilidad a terceros del régimen de separación.[7]

Esta última es la interpretación que aplican los Registro 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 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:

5. Lorenzetti, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.

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.

> 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.[8]

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 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,

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.

que es el terreno. Y ese crédito será exigible por la erogación efectuada, no por lo que signifique el mayor valor del fundo.[9]

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.[10]

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 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.[11] 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

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.

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.

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.

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 disposición de derechos sobre la vivienda familiar rige durante la separación de bienes.

7. Régimen de deudas

Hemos transcripto 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 de la Nación*

Anahí Carrascosa de Granata**

RdN 934

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 facultad de prefe-*

* Ver online en http://bit.ly/RDN934-boleto. Edición adaptada y ampliada de la ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho Registral (Vicente López, 2013).

** Información de la autora en http://bit.ly/RDN-Carrascosa.

rencia: 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**.[1] 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").[2] 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. Cierto 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 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 consecuente y mayor el daño una

1. Lorenzetti, Ricardo L. y otros (comisión Decreto PEN 191/2011), *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012, "Fundamentos".

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".

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 prescriturarios –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.**[3]

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**.

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

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

quienes opinan que se trata de un caso de conversión del acto jurídico y quienes califican la situación como un caso de venta forzada.[4]

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…[5]

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.

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). Los comentarios entre guiones nos pertenecen.

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.[6]

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 destino 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 regis-

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. Nº 56353, fallo plenario, ubicación LS265-193).

tral 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.[7]

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 adquirían 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):*[8]

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".
2. El boleto que ha tenido acceso registral, sea por su anotación o por la traba de una cautelar 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.

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. Nº 48805, fallo plenario, ubicación LS225-197 (*El Derecho*, t. 147, 1992, p. 437).

8. Cfr. nota 7.

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)*:[9]

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.[10]
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;[11] b) el boleto tiene publicidad (registral o posesoria);[12] 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.

C. *"González Escandón, Irenio del Carmen en: Banco Oddone SA c/ Graetz, Rodolfo y otra" (1993)*:[13]

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 Escandon, Irenio 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.[14]

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.

13. SC de Buenos Aires, 3/8/1993, "González Escandón, Irenio del Carmen s/ tercería de dominio en: Banco Oddone SA c/ Graetz, Rodolfo y otra", acuerdo Nº 47709 (*La Ley*, t. 1994-B, p. 461; *Jurisprudencia Argentina*, t. 1993-IV, p. 391).

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 Nº 2684-2008.

D. *"Banco Credicoop Coop. Ltdo c. Risuelo, Stella Maris" (2006)*:[15]

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".[16]

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.
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[17] se refiere expresamente a los "terceros que hayan trabado

15. CNCom., Sala C, 17/11/2006, "Banco Credicoop Coop. Ltdo 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 Nº 42072. [*N. del E.*: La cita es reproducida por el Dr. Rosas también en "Hafford, Miguel Ángel" {cfr. nota 14}].

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

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.[18] 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".[19] No obstante, existió otra 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…[20]

Habrá 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

---

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://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.

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, 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 oponiblidad 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),[21] 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.[22]

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".

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".[23]

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 nomina 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 subrogue, 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.

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".
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".

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 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.[24]

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.[25]

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 burlan-

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.

do 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 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.[26] Por lo tanto, el acto jurídico que

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".

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**.

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 "desee 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.[27] 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 Nº 2080/80 - T.O. 1999, aprobado como Anexo I por el artículo 4º del Decreto Nº 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 Nº 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.

27. Cfr. notas 6 y 7.

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 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.[28]

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"[29] y aceptar su funcionamiento administrativo de acuerdo a

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; última consulta: 10/4/2019).

29. "Que la Ley Nº 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 Nº 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 Nº 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.

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.

Que, en consecuencia, el Decreto Nº 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 Nº 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 electrónicos 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 Nº 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 Nº 894/17 […] estableció que las autoridades administrativas actuarán de acuerdo con los principios de sencillez y eficacia […]

Que el Decreto Nº 733/18 dispuso que todos los registros de los organismos contemplados en el artículo 8º de la Ley Nº 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, entendiendo 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 Nº 891/17 estableció las "**Buenas Prácticas en Materia de Simplificación**" aplicables para el funcionamiento del Sector Público Nacional […]

Que el Decreto Nº 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**.[30]

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 en cuanto 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.[31]

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 un hecho que será medido en torno a otros que puedan ser considerados en cada caso, mas no el único.[32]

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.

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:

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.[33] 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 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.

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 remarcarse 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).

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**, entendiendo 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.[34]

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 recipiendario 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?[35] En este sentido, dadas las particulares consecuencias previstas por el Código Civil y Comercial, el decreto se puede calificar cuando menos de insuficiente, 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):[36]

34. Considerando Nº 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**".

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

> 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 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.

---

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…".

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 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.

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 exegético 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**

RdN 934

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.

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

* Ver online en http://bit.ly/RDN934-estudio. 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.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-Dehoz.

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–,[1] 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 importancia 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

1. DTR 23/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal.

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.[2]

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).[3] 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 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

2. SC de Buenos Aires, 19/12/1961, "Bidart Malbrán, Héctor c/ Martini, Tulio Carlos M. y otro s/ reivindicación", acuerdo Nº 3429 (*Acuerdos y Sentencias*, t. 1961-V, pp. 592 y 593; *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).

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.[4]

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

> … 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.[5]

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.[6]

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**.[7]

4. Conclusiones de la I Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (Buenos Aires, 1969): comisión Nº 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*, Nº 706, 1969, pp. 979-991, http://bit.ly/RDN706-convencion].

5. Conclusiones de la XXI Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 1977): tema V "Estudio de títulos. Su importancia en el momento actual".

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.

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.

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.[8]

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 la matricidad de la documentación habilitante y del título antecedente, base del documento a otorgar.[9]

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.[10]

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

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 Nº 10.

9. Conclusiones de la XXXIV Jornada Notarial Bonaerense (San Nicolás, 2005): tema III "Función notarial. Naturaleza jurídica. Distintas tesis" > *De lege ferenda* > pto. 5.

10. Conclusiones de la XXXIX Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015): tema 1 "Normas generales" > "Prescripción" > pto. 7.

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).— Felicitamos 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 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-Nº 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 receptar 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 trans-

currido 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* cualquier 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**

RdN 934

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.

PALABRAS 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*

* Ver online en http://bit.ly/RDN934-matrimonio2.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-Etchegaray.

*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 concurran 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 vínculo 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 adquiera.

El artículo 505 CCCN considera personales a los bienes que adquieran 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 contario (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 demandar 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**

RdN 934

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[1] 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

* Ver online en http://bit.ly/RDN934-blockchain.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-Falbo.

1. Centro Internacional de Derecho Registral, ahora unido con la International Property Registries Association.

derecho notarial y el registral. Y fue inevitable analizar cómo esos acontecimientos 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 prejuzgamiento, 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 Comercial 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). 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.

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.

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 vulnerabi-

lidad del documento informático.[2] 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.

II. Segunda parte

II.1. El *blockchain*

En el año 2008, Satoshi Nakamoto publicó el "*Bitcoin paper*", 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

2. [*N. del E.*: ver conclusiones en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Nº 829, 1992, http://bit.ly/RDN829-cinl].

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.

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.[3]

Y a continuación señala la aplicación como un "Uso como **notario distribuido** en distintos tipos de transacciones haciéndolas más seguras, baratas y rastreables".[4]

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 Khoperia del país anfitrión, Georgia. El último en exponer es el registrador David Chactchkhunasvili, de Georgia, quien señala que el Registro de

3. Los resaltados son nuestros.

4. Ibídem. El resaltado es nuestro.

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 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.[5]

5. 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.

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.

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. 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 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.[6]

En cambio, en Argentina, "la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes".[7] Como antes dijimos, sus efectos se limitan a la oponibilidad con relación a terceros interesados.

6. Art. 34 de la Ley Hipotecaria (texto según Decreto del 8 de febrero de 1946).

7. Art. 4 Ley 17801.

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 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.

La sociedad por acciones simplificada como "tipo ideal" para las empresas familiares*

Eduardo M. Favier Dubois (h.)

Lucía Spagnolo**

RdN 931

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación
22/3/2018 - 9/4/2018

Sumario: ***1.*** *El ADN de las empresas familiares.* ***2.*** *El sistema de la Ley de Sociedades.* ***3.*** *La sociedad por acciones simplificada.* ***4.*** *Bibliografía.*

1. El ADN de las empresas familiares

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

- *Elenco cerrado de socios.* La empresa familiar no admite que su propiedad pueda pasar a terceros ni a parientes políticos, debiendo quedar siempre en manos de los parientes sanguíneos que trabajen y/o que estén comprometidos con la empresa.

* Ver online en http://bit.ly/RDN931-sas.

** Información de los autores en http://bit.ly/RDN-FavierDubois y http://bit.ly/RDN-Spagnolo.

- *Autofinanciación y no reparto de dividendos*. La empresa familiar destina todos sus resultados positivos para su autofinanciamiento, nunca distribuye dividendos y solo retribuye a los familiares que trabajan en ella mediante honorarios y sueldos.
- *Unidad de la gestión*. En la empresa familiar la administración debe mantenerse de modo invariable en el tiempo conforme lo dispuesto por la familia.
- *Acuerdos familiares obligatorios*. En la empresa familiar existen acuerdos no escritos sobre el trabajo de los parientes, uso de bienes sociales, ayudas familiares y demás cuestiones que deben ser respetadas y cumplidas por todos los familiares. Además, en algunos casos, se ha redactado un protocolo de empresa familiar para regular las relaciones entre empresa, familia y propiedad.
- *Solución interna de conflictos*. En la empresa familiar es necesario que los conflictos entre parientes puedan ser gestionados y ventilados en forma privada y extrajudicial, de modo de preservar la unión familiar y la confidencialidad, y que el socio disconforme sea apartado a tiempo para no generar mayores daños.

2. El sistema de la Ley de Sociedades

2.1. Dificultades

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

2.2. Alternativas de superación relativa

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

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

1. Ver Favier Dubois, Eduardo M. (h.) y Spagnolo, Lucía, *Doce trampas legales para las empresas familiares. Reglas para evitar que aparezca el "licántropo"*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.

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

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

su vez, la SRL aparece mejor preparada para resistir los conflictos internos[4] mientras que la SA está mejor capacitada para crecer y actuar en el exterior.[5] Otra alternativa es la inserción de cláusulas especiales en los estatutos de las SA y/o SRL que pueden ser consistentes con la empresa familiar y/o con el protocolo familiar, como limitaciones a las transferencias de partes sociales, clases de acciones por rama familiar, mecanismos para valuar y financiar retiros de socios, etc.[6]

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

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

3. La sociedad por acciones simplificada

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

3.1. Ventajas generales que brindan las SAS

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

- No paga tasa anual ni debe presentar sus balances a la autoridad de contralor (IGJ).

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

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

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

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

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

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

3.2. Ventajas especiales para una empresa familiar

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

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

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

Ahora bien, el estatuto puede incorporar al mismo tiempo el derecho de preferencia para una vez vencidos los diez años, fortaleciendo el impedimento del ingreso de socios no deseados. También el estatuto podrá disponer condiciones para ser socio, como por ejemplo ser descendiente sanguíneo del fundador, limitación que se justifica mientras se trate de una empresa familiar. Es muy importante, frente a la prohibición de transferencia, que el estatuto prevea la autorización para la salida voluntaria de socios bajo ciertas condiciones financieras.

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

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

3.2.2. Incorporación estatutaria del régimen de autofinanciación y de retribuciones

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

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

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

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

3.2.4. Mantenimiento de la unidad en la gestión

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

En lo que se refiere a los órganos de la administración, la ley permite elegir libremente su nombre y funcionamiento. Es así que la SAS familiar podrá tener gerencia o directorio y ser dirigida por un gerente, presidente o lisa y llanamente un administrador, reglamentando libremente la organización cuando se trate de un órgano colegiado, donde

9. Ver Favier Dubois, Eduardo M. (h.) y Favier Dubois, Eduardo M. (p.), "Las sociedades al cincuenta por ciento: empate, paralización y liquidación. Instrumentos y acciones legales de prevención o superación", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, Nº 306, 2013, (t. XXV), p. 451.

puede ser muy importante establecer funciones diferenciadas. También podrá denominar al órgano de administración como "Consejo de administración" o de cualquier otra forma.

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

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

3.2.5. Incorporación de acuerdos sociales con carácter obligatorio

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

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

Finalmente, cuando no hay protocolo, otros acuerdos familiares pueden ser incorporados a los estatutos de la SAS, por ejemplo las reglas para el trabajo de familiares en la empresa, el uso por los familiares de los bienes sociales y los préstamos o ayudas familiares, materias que siempre plantean importantes conflictos.

4. Bibliografía

Diez Soto, Carlos M., "El protocolo familiar: naturaleza y eficacia jurídica", en Sánchez Ruiz, Mercedes (coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Navarra, Aranzadi, 2010.

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

Favier Dubois, Eduardo M. (h.) y Favier Dubois, Eduardo M. (p.), "Las sociedades al cincuenta por ciento: empate, paralización y liquidación. Instrumentos y acciones legales de prevención o superación", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, Nº 306, 2013 (t. XXV).

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

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

Favier Dubois, Eduardo M. (h.) y Spagnolo, Lucía, "Los conflictos societarios en el ámbito de la Inspección General de Justicia", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, Nº 269, 2010 (t. XXII).

— *Doce trampas legales para las empresas familiares. Reglas para evitar que aparezca el "licántropo"*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.

— *Once remedios legales para las empresas familiares*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2017.

Favier Dubois, Eduardo M. (p.), "Las prestaciones accesorias. Perspectiva, actualidad y prospección de un valioso instituto", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, Nº 16, año 24, t. 1991-B.

Sánchez Ruiz, Mercedes, "Estatutos sociales y pactos parasociales en sociedades familiares", en Sánchez Ruiz, Mercedes (coord.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Navarra, Aranzadi, 2010.

Dominio revocable*

Inés García Hamilton**

RdN 933

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

Dominio revocable; condición; facultades; readquisición; *constituto posesorio*.

Fechas de recepción y aceptación
28/9/2018 - 9/11/2018

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

1. Introducción

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

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

* Ver online en http://bit.ly/RDN933-dominio.

** Información de la autora en http://bit.ly/RDN-GarciaHamilton.

2. Dominio. Características generales

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

El dominio tiene tres características esenciales: absolutez, exclusividad y perpetuidad. Ellas son las que definen y dan la nota diferenciadora al dominio perfecto ya desde los tiempos del derecho romano, aunque el concepto de absolutez ha ido mutando con el tiempo, limitando las facultades del dueño en pos del interés social, tal como surge de la definición misma, consignada en el artículo 1941: "el dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa –*absolutez*– dentro de los límites previstos por la ley", en concordancia con lo establecido en el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, aprobada en la Argentina a través de la Ley 23054), incorporado a nuestra Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 22 con la reforma constitucional del año 1994.[1] Y en los artículos subsiguientes del Código (1942 y 1943) se definen las otras dos características principales: la perpetuidad ("no tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio"), que no admitía excepciones en el derecho romano clásico, pero sí las admite nuestro derecho, como veremos más adelante; y la exclusividad ("el dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular…").

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

2.1. Dominio revocable

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

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

> Dominio revocable es el sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió.
> La condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa o por la ley.
> Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o éste

1. Fundamentos del Anteproyecto del CCCN (2012), título III "Dominio".

> sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto.

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

Al circunscribir la condición al ámbito del dominio revocable, se advierte, tal como surge del artículo 1965 CCCN, que aquí la condición es siempre resolutoria, ya que, si se tratara de una condición suspensiva, hasta su cumplimiento el dominio no se hubiera adquirido. Esta condición puede nacer del mismo título de adquisición en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, dentro del ámbito de los contratos, donde las partes pueden pactarla libremente siempre y cuando sea un hecho posible, no sea contrario a la moral, las buenas costumbres y al ordenamiento jurídico y que no dependa exclusivamente de la voluntad del obligado, tal como lo exige el artículo 344 (p. ej., "si mi hijo se recibe de escribano"), o podemos encontrarla en los supuestos previstos por la ley pero que las partes necesitan determinarlas expresamente como el pacto de retroventa o la reversión en la donación. Los demás casos de dominio revocable son aquellos en los que el dominio puede ser revocado en virtud de circunstancias que nacen de la propia ley sin que consten en el título de adquisición; por ejemplo, la revocación de donación por ingratitud o la ejecución del pacto comisorio, que puede ser también expreso.[3] En estos

2. Ver Urbaneja, Marcelo E., "Los 'títulos observables', las adquisiciones *a non domino*, el dominio revocable y la falta de pago de precio en materia inmobiliaria en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Nº 13931, 8/4/2016 (t. 267), p. 1: "el dominio revocable es uno de los tres casos de dominio imperfecto. Más adelante se aludirá a las circunstancias que lo generan, pero importa ahora señalar que, acaecidas ellas, el dominio se extingue para su titular y retorna a quien lo transmitió, sujetándolo a la concurrencia de esos eventos (art. 1965). En este marco, entonces, los pactos que traigan aparejado un dominio revocable implicarán la generación de un título observable (cuando se trate de una condición, esto ocurrirá solo hasta que eventualmente se adquiera la certeza de la irrevocabilidad), por cuanto todos los derechos reales que transmita o constituya el adquirente se extinguirán ante el acaecimiento de la causal resolutoria (art. 1969)".

3. SC Tucumán, Sala Civil y Penal, 23/3/2018, "Zamiruk, Marta Blanca c/ Drube, Alberto Nicolás s/ daños y perjuicios" (sentencia Nº 347, registro 51800-1): "Los caracteres de la resolución son los siguientes: a) Depende de la previsión hecha en el contrato mismo, constituyendo una cláusula expresa o implícita de él; b) La voluntad individual de cada uno de los contratantes, no puede, después de celebrado el contrato, modificar la cláusula resolutoria establecida en el mismo; pero las partes pueden de común acuerdo hacerlo; c) La voluntad de las partes funciona libremente para estipular la cláusula resolutoria y establecer sus condiciones, con la salvedad de que ella no puede

casos, las consecuencias de la reversión no serán las mismas ya que no se encuentran reflejadas en el título.

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

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

2.2. Facultades del titular

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

2.3. Efectos de los actos jurídicos. Revocación

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

---

contener disposición alguna contraria al orden público y las buenas costumbres; d) La resolución produce efectos respecto de las partes y de terceros como si el contrato no hubiere existido nunca y se hubiese desvanecido con todas sus consecuencias (art. 555 del C.C.) y e) La resolución supone siempre que las partes han dado al contrato un consentimiento condicional. La facultad comisoria o 'pacto comisorio', puede ser expreso (como en el presente caso, cláusula 11 del contrato) o tácito, cuando la ley, en silencio de toda estipulación al respecto, permite a la parte no culpable optar por la resolución del contrato ante el incumplimiento de la otra".

> La revocación del dominio de cosa registrable tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley.
> Cuando se trata de cosas no registrables, la revocación no tiene efecto respecto de terceros sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tengan una obligación personal de restituir la cosa.

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

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

En otros casos de readquisición del dominio, como ser la revocación de donación por ingratitud, la resolución opera sin efectos retroactivos, protegiendo a los terceros que adquieren derechos de buena fe. Esto se funda en que la revocación por ingratitud es una causal de revocación que nace de la ley y no consta ni en el título adquisitivo[5] ni en la inscripción registral. Además, en vez de operar *ipso iure*, necesita una manifestación de voluntad del revocante para ejercer su derecho a revocar en los casos que la ley lo autoriza, y, por lo tanto, el tercero de buena fe no podría haberlo conocido a priori. Pero, si la condición surge del título y en el mismo no se estableció la irrevocabilidad de la restitución, queda bajo el régimen general impuesto por el ya citado artículo 1967, concordante con el artículo 1969 ("si la revocación es retroactiva el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resuelto; si no es retroactiva, los actos son oponibles al dueño"), artículo que puede considerarse redundante, ya que el hecho de que el revocante readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular de dominio resuelto es la consecuencia necesaria de la retroactividad de la revocación.

Esta solución impuesta por el CCCN es concordante con lo establecido en las donaciones con cargo legisladas por Vélez en el artículo 1855 CCIV ("cuando la donación ha sido de bienes inmuebles, y en el instrumento público están expresadas las cargas impuestas por el donante, la revocación de la donación anula las enajenaciones, servidumbres, e hipotecas consentidas por el donatario") y para la revocación por reversión en el artículo 1847 CCIV ("hace de ningún valor la enajenación de las cosas donadas, hecha por el donatario o sus hijos, y los bienes donados vuelven al donante libres de toda carga o hipoteca, tanto respecto al donatario, como respecto de los terceros que los hubiesen adquirido"). Se advierte que ambos supuestos tratan sobre condiciones

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

5. CCiv. en Fam. y Suc. de Tucumán, Sala 2, 4/3/2016, "Scecsi, Norma Daiana c/ Fontanini, Norma Susana s/ acción de colación y/o reducción" (sentencia Nº 97, registro 44011-03): "La donación era válida en tanto no fuera atacada por la acción de reducción. Es decir que los efectos de aquella son *ex nunc* (sin retroactividad)".

que surgen del mismo título, el cargo y la reversión. Mientras en el incumplimiento del cargo la readquisición de dominio requiere una declaración de voluntad del revocante, en el supuesto de la reversión opera de manera automática, sin necesidad de una nueva declaración de voluntad que produzca la ineficacia, pues ya se la había tenido en mira al crearse el negocio.[6]

2.4. Actos de administración. Retroactividad

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

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

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

En cambio, cuando se trata de la adquisición de derechos reales, el tercero no podría alegar buena fe, exigida por el artículo 961, que demanda el obrar de un contratante cuidadoso y previsor, ya que su buena fe diligencia exige analizar la situación registral del inmueble, debiendo constar la condición o plazo en el asiento registral; y también tiene la obligación de realizar el estudio de títulos antecedentes. Y aun en el supuesto de que

6. Juzg. Civ. y Com. Nº 2 de Tandil, 24/4/2018, "Giménez, Nelly Margarita y otros c/ Vargas, Marcelo Ariel s/ resolución contrato compra/venta inmuebles" (registro 1-62631-2017): "Lo dicho […] explica por qué la resolución puede operar mediante una declaración de voluntad de la parte interesada (por ej.: cuando la resolución se funda en el incumplimiento de la otra parte), o puede operar automáticamente con el advenimiento del hecho previsto en el mismo acto (caso de la condición resolutoria) y sin necesidad de una nueva declaración de voluntad que produzca la ineficacia, pues ya se la había tenido en mira al crearse el negocio".

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

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

por un error o fuga registral no se encuentre asentada la condición o plazo, y el tercero no realizare el estudio de títulos, es esencial tener a la vista el título portador del derecho de quien otorgará el acto jurídico, en el que consta la condición o plazo; por lo tanto, la publicidad cartular es suficiente para que el tercero conozca el carácter revocable del dominio. Así, si el tercero no toma los recaudos necesarios y actúa sin la debida diligencia, no podrá ser considerado de buena fe. De esta manera, queda claro que, en principio, la restitución del dominio al primer transmitente en materia de cosas registrables es retroactiva, es decir, libre todos los actos jurídicos que hubiera otorgado el titular revocable. Sin embargo, habrá que analizar si la transmisión de dominio con el acaecimiento de la condición es automática o si es necesaria la tradición.

2.5. Readquisición del dominio. *Constituto posesorio*

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

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

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

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

Sin embargo, el CCCN ha optado por la solución opuesta, y, en los artículos dedicados al dominio revocable y sus efectos, el 1968 trata específicamente la readquisición de dominio al cumplimiento del plazo o condición y establece que "al cumplirse el plazo o condición, el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto". El codificador ha impuesto un caso de *constituto posesorio* de origen legal, es decir, se elimina la necesidad de tradición material y efectiva

9. Areán, Beatriz y Highton, Elena, "Dominio revocable y fiduciario en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (con especial referencia a las acciones que pueden ejercerse)", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1984-C (cita online AR/DOC/16784/2001).

de la cosa para la readquisición del dominio pleno, y así, una vez acaecida la condición, el dominio ha quedado automáticamente extinguido para el titular revocable, quien quedó constituido en tenedor de la cosa con obligación de restituir, y el revocante readquiere el dominio *ipso iure* y, como ya se adelantó, libre de todos los actos jurídicos otorgados por el titular revocado. De esta manera, el revocante detenta nuevamente todas las facultades y atribuciones propias del dueño y, en consecuencia, puede también reclamar la cosa mediante acciones reales contra el revocado. Incluso, si la cosa se encontrara en poder de un tercero, también podría ejercer acción real contra él, en virtud del artículo 761.

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

En el caso de los inmuebles, la registración es declarativa; por lo tanto, se requerirá solo para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe, en línea con el régimen general del artículo 1893 CCCN y con el artículo 2 de la Ley 17801. Asimismo, para inscribir la readquisición del dominio por el titular revocante, que opera afuera del registro de manera automática con el cumplimiento de la condición, es necesario un nuevo documento en el que se detalle el acaecimiento de la condición,[10] y, por tratarse de inmueble, el mencionado documento deberá ser escritura pública. En cambio, si el dominio se consolida por el transcurso de los diez años, no será necesario un nuevo instrumento, ya que ello ocurre de pleno derecho y la condición pierde su potencial efectividad. El escribano actuante sabrá simplemente al ver la fecha del título si el mismo se ha consolidado, debiendo hacer mención de dicho hecho en la escritura en la que transmita o grave dicho inmueble.

3. Conclusiones

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

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

profesionales del derecho, tenemos que mantenernos atentos a la jurisprudencia que brinda lineamientos de interpretación.

4. Bibliografía

Areán, Beatriz y Highton, Elena, "Dominio revocable y fiduciario en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (con especial referencia a las acciones que pueden ejercerse)", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1984-C (cita online AR/DOC/16784/2001).

AA.VV., [conclusiones de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Mar del Plata, 1983}].

Frontini, Elba M. (Gatti, Mariela y Giacomaso, Paula C. colabs.), [comentario a los arts. 1964-1969 {"Dominio imperfecto"}], en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 6, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

Iturbide, Gabriela A., "El dominio revocable en el Código Civil y Comercial", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, septiembre 2016; y en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 23/1/2017 (t. 2017-A) (cita online AR/DOC/2671/2016).

Kiper, Claudio M., "Dominio imperfecto", en *Tratado de derechos reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, t. 1, cap. 8, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016.

Lorenzetti, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.

Urbaneja, Marcelo E., "Los 'títulos observables', las adquisiciones a *non domino*, el dominio revocable y la falta de pago de precio en materia inmobiliaria en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Nº 13931, 8/4/2016 (t. 267).

4.1. Bibliografía complementaria

Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, t. 1, Buenos Aires, Zavalía, 2016.

AA.VV., [conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Registral {Vicente López, 2013}].

Gschwind, Francisco J., "El *constituto posesorio* en el Código Civil argentino", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, cita online AR/DOC/572/2012.

Gurfinkel de Wendy, Lilian N., [comentario a los arts. 1892-1907], en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2014.

Highton, Elena I., "Algunas reflexiones sobre la existencia y determinación del objeto y el *constituto posesorio*", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1983-C (cita online AR/DOC/8198/2001).

Malizia, Roberto, en [comentario a los arts. 1941-1946], en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2014.

Padilla, Rodrigo, "Algunas cuestiones sobre derechos reales y registral en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Teoría del título y modo. Inscripción registral", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 17/11/2017 (cita online AR/DOC/2044/2017).

Sabene, Sebastián E., "La posesión del inmueble como defensa frente a la acción de desalojo", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 4/6/2014, t. 2014-2 (cita online AP/DOC/835/2014).

Urbaneja, Marcelo E., "Tradición, *constituto posesorio*, *traditio brevi manu* e inmueble ocupado por un tercero. Su reflejo escriturario", *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 957, 2007.

4.2. Jurisprudencia

C. Civ. en Fam. y Suc. de Tucumán, Sala 2, 4/3/2016, "Scecsi, Norma Daiana c/ Fontanini, Norma Susana s/ acción de colación y/o reducción" (sentencia Nº 97, registro 44011-03.

Juzg. Civ. y Com. Nº 2 de Tandil, 24/4/2018, "Giménez, Nelly Margarita y otros c/ Vargas, Marcelo Ariel s/ resolución contrato compra/venta inmuebles" (registro 1-62631-2017).

SC Tucumán, Sala Civil y Penal, 23/3/2018, "Zamiruk, Marta Blanca c/ Drube, Alberto Nicolás s/ daños y perjuicios" (sentencia Nº 347, registro 51800-1).

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

Sebastián N. Grillo**

RdN 931

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

Uniones convivenciales; derecho real de habitación; conviviente supérstite.

Fechas de recepción y aceptación
1/8/2018 - 7/8/2018

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

1. Presentación del tema

A casi tres años de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, "CCCN") y a pesar de una suerte de explosión teórica, no deja de llamar la atención del analista más avezado así como la del ciudadano de a pie la cantidad de institutos incorporados por la comisión redactora a la vida civil. Lo curioso, más tangible en el caso que nos ocupa aunque aplicable a infinidad de temas, es que se trata de institutos

* Ver online en http://bit.ly/RDN932-habitacion. Edición revisada, ampliada y digitalizada del trabajo homónimo presentado en la 43ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, junio de 2018).

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-Grillo.

de amplia aceptación y práctica social, difundida aplicación en los hechos, e incluso con frondoso recorrido jurisprudencial y doctrinario. Pero, desde luego, y así como sucede con otras construcciones culturales, la normativa llega para poner un manto de legitimidad y protección allí donde la práctica no por habitual resulta justa.

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

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

2. Análisis normativo y doctrinario

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> La habitación es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia.
> El derecho real de habitación sólo puede constituirse a favor de persona humana.

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

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

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

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

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

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

En la misma línea, Azpiri considera que se requiere su petición expresa por parte del conviviente supérstite, pretensión que deberá efectivizarse en el expediente sucesorio del conviviente fallecido, agregando que el conviviente pretensor deberá hacerlo antes de que fuera ordenada la inscripción de la partición respecto del inmueble a nombre del heredero adjudicatario.[8] En concordancia respecto de la necesidad de su petición vía judicial por parte del conviviente supérstite se han expresado Solari,[9] Vives,[10] Morón,[11] Olmo,[12] Rocca[13] y Penna y Smayevsky.[14] Va de suyo que en cualquier caso, y en oportunidad de hacer valer su derecho en sede judicial, el pretensor deberá ofrecer la prueba pertinente para demostrar las cuestiones de hecho que prevé la norma.

Por el contrario, se ha interpretado que es un derecho que nace *iure proprio* en cabeza del conviviente sobreviviente y se adquiere *ipso iure*, sin necesidad de petición

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

5. Lloveras, Nora, "Uniones convivenciales. Efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, Nº 99, 4/12/2014, suplemento especial "Código Civil y Comercial de la Nación. Familia" (cita online AR/DOC/4365/2014).

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

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

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

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

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

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

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

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

14. Penna, Marcela A. y Smayevsky, Miriam, "Algunas reflexiones sobre el derecho real de habitación del cónyuge supérstite y del conviviente" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], Buenos Aires, 13/9/2016 (cita online MJ-DOC-10285-AR, MJD10285: http://ar.microjuris.com/).

judicial,[15] y que la "judicialización de la declaración del derecho real tendrá lugar cuando no exista voluntad de los sujetos involucrados enderezada hacia el reconocimiento de su existencia".[16] Ello es concordante con la doctrina expresada en el fallo "Bálsamo c/ Flores" (2015),[17] donde se determina que no es necesaria petición judicial alguna para su operatividad.

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

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

En esta línea de pensamiento, y concordantemente con lo expuesto por Sabene,[19] en ausencia de controversia sobre los presupuestos fácticos de su configuración y no mediando oposición de terceros, nada obstaría que esa declaración se efectúe en sede notarial, por escritura pública, en la cual el conviviente supérstite aporte los elementos de prueba que acrediten los extremos indicados en el artículo 527 (fallecimiento del conviviente, existencia de unión convivencial, ausencia de vivienda propia, etc.) y se cuente con la comparecencia de los herederos –declarados– del conviviente fallecido, quienes podrán ensamblar su conformidad con las estipulaciones del supérstite. Del mismo modo, podría otorgarse una escritura de transcripción de las piezas procesales pertinentes del juicio

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

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

17. Cám. Civ. y Com. de San Martín, Sala I, 15/9/2015, "Balsamo, Liliana Mercedes y otro c/ Flores, Beatriz Susana y otro s/ desalojo" (*La Ley Buenos Aires*, diciembre 2015, p. 1254. Se sugiere ver también: a) CNCiv., Sala J, 22/12/2015, "T., M. L. c/ V., A. N. y otro s/ desalojo: intrusos - ordinario" (microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], cita online MJ-JU-M-96966-AR; b) Cám. 1ª Civ. y Com. de San Isidro, Sala I, 19/12/2016, "B. B. G. S. s/ sucesión testamentaria" (microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], cita online MJ-JU-M-102606-AR).

18. 40º Jornada Notarial Bonaerense (Necochea, 8-11/11/2017), disponible en http://www.jnb.org.ar/40/despachos.html.

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

sucesorio (o donde se hubieren tramitado las actuaciones relativas al reconocimiento del derecho real), práctica usualmente utilizada y difundida.

2.1. Plazo

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

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

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

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

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

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

Así como se ha planteado que

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

20. Ídem, p. 11.

21. Stilerman, Marta N., "Las uniones convivenciales en el anteproyecto de Código Civil" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], Buenos Aires, 12/7/2012 (cita online MJ-DOC-5867-AR, MJD5867).

22. Szmuch, Mario G., "Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de

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

2.2. Oponibilidad e inscripción registral

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

En otras palabras, y siguiendo la línea de lo expuesto, la verificación de los presupuestos del artículo 527 operaría como requisito legal para el nacimiento del derecho real de habitación, ocurriendo por la vía que se considere adecuada según la postura que se adopte. Esto es, emitido el testimonio judicial o la copia pertinente de la escritura pública, quedaría configurado el instrumento portante del derecho real, que tendrá por destino su inscripción registral a efectos de su oponibilidad. Es decir que el conviviente supérstite deberá generar en última instancia un documento registrable (en los términos de los arts. 2 y 3 de la Ley 17801) portante del derecho y obtener el correspondiente emplazamiento registral.

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

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

Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 919, 2015, en http://bit.ly/RDN919-unionconvivencial; y en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 2, 2016, p. 475.

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

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

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

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

> En atención a las distintas posturas acerca de la necesidad de sustanciar judicialmente (o no), la atribución del derecho real de habitación del conviviente supérstite (art. 527 CCyCN) no será motivo de observación registral la procedencia de su reconocimiento por escritura pública con la conformidad de todos los **herederos declarados o instituidos**, y del conviviente pretensor.[23]

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

En suma, allende lo considerado anteriormente respecto de la operatividad o procedencia del derecho real de habitación del conviviente supérstite, o bien de la necesidad o no de contar declaratoria de herederos, de conformidad con la normativa registral vigente a la fecha, el documento portante del derecho con vocación registral puede tener origen judicial o notarial, lo que no es sino una reafirmación del artículo 2 y 3 de la Ley Registral.

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

3. Conclusiones

El instituto analizado representa la concreción normativa de la protección al conviviente supérstite, al tiempo que orienta el ámbito de la misma hacia la configuración de un derecho real autónomo en cabeza de su titular. En tanto derecho real, deberá contener los elementos tipificantes previstos por la norma y se perfeccionará, a los efectos de su oponibilidad, con su inscripción registral. Esta tendrá, por propia característica, el matiz que

23. XIX Congreso Nacional de Derecho Registral y V Foro Internacional de Derecho Registral (Mar del Plata, 5-7/10/2017). El destacado nos pertenece. Disponible en http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2017/conclusiones_congreso_nacional_derecho_registral_2017.pdf.

le otorgue la legislación local, haciéndose hincapié en la necesidad de una actualización normativa atento la ausencia de regulación y la especificidad del instituto en cuestión.

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

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

4. Bibliografía

AA.VV., [Conclusiones de la 40º Jornada Notarial Bonaerense], Necochea, [s. e.], 2017, disponible en http://www.jnb.org.ar/40/despachos.html.

AA.VV., [Conclusiones del 19º Congreso Nacional de Derecho Registral y 5º Foro Internacional de Derecho Registral], Mar del Plata, [s. e.], 2017, disponible en http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2017/conclusiones_congreso_nacional_derecho_registral_2017.pdf.

Azpiri, Jorge O., *Uniones convivenciales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

Basset, Úrsula C. {glosa al art. 527}], en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 3, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2016, 2ª ed.

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

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

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

Lloveras, Nora, "Uniones convivenciales. Efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, Nº 99, 4/12/2014, suplemento especial "Código Civil y Comercial de la Nación. Familia" (cita online AR/DOC/4365/2014).

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

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

Penna, Marcela A. y Smayevsky, Miriam, "Algunas reflexiones sobre el derecho real de habitación del cónyuge supérstite y del conviviente" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], Buenos Aires, 13/9/2016 (cita online MJ-DOC-10285-AR, MJD10285).

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

Sabene, Sebastián E., "Inscripciones registrales provenientes de juicios sucesorios", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 10/5/2017 (t. 2017-II, p. 1047, cita online AP/DOC/275/2017).
Solari, Néstor E., "Derecho real de habitación del conviviente supérstite en el proyecto de Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/4/2014 (t. 2014-C, p. 1119, cita online AR/DOC/1100/2014).
Stilerman, Marta N., "Las uniones convivenciales en el anteproyecto de Código Civil" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], Buenos Aires, 12/7/2012 (cita online MJ-DOC-5867-AR, MJD5867).
Szmuch, Mario G., "Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia. Propuestas de implementación" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 919, 2015; y en *Anuario de la Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 2, 2016, p. 475
Vives, Luis M., "Uso y habitación", en Gurfinkel de Wendy, L. N. (dir.), *Derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016, 2ª ed.

4.1. Bibliografía complementaria

Alterini, Jorge H. *et al*, *Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 2018.
Assandri, Mónica, Faraoni, Fabián y Solá, Andrea P., "La vocación hereditaria del conviviente supérstite: la necesidad de su reconocimiento legal" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], Buenos Aires, 10/2/2016 (cita online MJ-DOC-7599-AR, MJD7599).
Azpiri, Jorge O., *Derecho de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 (serie "Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación", dirigida por Alberto J. Bueres).
Belluscio, Claudio A., *Régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, García Alonso, 2017.
Casabé, Eleonora R., *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015 (serie "Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación", dirigida por Alberto J. Bueres).
Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/10/2014 (cita online AR/DOC/3592/2014).
Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, "El derecho de familia en el anteproyecto de Código Civil", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, Nº especial, 20/6/2012 (t. 2012-2).
Lamber, Néstor D., "Régimen patrimonial del matrimonio y de la unión convivencial", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 978, 2014.
Pandiella Molina, Juan C., "Derecho de habitación viudal y del conviviente supérstite. Breves reseñas", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 7/3/2017 (cita online AR/DOC/314/2017).
Pellegrini, María V., "Las uniones convivenciales en el anteproyecto de Código Civil", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 20/6/2012 (t. 2012-2, cita online AP/DOC/2159/2012).
Solari, Néstor E., "Las uniones convivenciales en el proyecto", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, julio 2012 (cita online AR/DOC/2922/2012).

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

Juan José Guardiola

RdN 932

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

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

– I –

El Código Civil y Comercial (en adelante, "CCCN"), lejos de haber aflojado la tensión entre la protección de la legítima (valor justicia) y el tráfico jurídico (valor seguridad) en materia inmobiliaria (y ahora extensivamente a todos los bienes registrables), y en dos cuestiones en que está involucrado el orden público (arts. 12, 1884 y 2444), ha profundizado "la grieta" en torno a la donación (en la medida en que no sea remuneratoria o con cargo) como título en la transmisión del derecho real. La acción de reducción, tal como estaba regulada en el Código Civil derogado (en adelante, "CCIV") (especialmente los arts. 3602, 3604 y 3955), y algunas previsiones referidas a la de colación[1] (arts. 3476, 3477 CCIV y su nota) frente a las donaciones inoficiosas, es decir, aquellas cuyo valor excede la porción disponible (arts. 1830-1832 CCIV), había dado lugar a distintas posiciones

* Ver online en http://bit.ly/RDN932-reduccion.

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

doctrinario-jurisprudenciales en cuanto a su naturaleza y efectos reipersecutorios. Hice una breve reseña de las corrientes interpretativas en mi voto en "B., A. J. y otros" (2016).[2]

A los fines del presente trabajo, cabe destacar que se sintetizan aquellas en forma adecuada en las conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013):[3]

> II. Reducción
>
> *De lege lata*
>
> 1. Procede la acción de reducción entre herederos forzosos cuando la porción legítima se encuentre afectada, sin perjuicio de la procedencia de la colación. Mayoría
> 2. 2.1. La acción de reducción que consagra nuestro Código Civil es de carácter personal con efectos reipersecutorios. Mayoría
> 2.2. La acción de reducción que consagra nuestro Código Civil es de carácter personal, sin efectos reipersecutorios.
> La acción de reducción solo tiene efectos reipersecutorios cuando los terceros adquirentes del donatario sean de mala fe o a título gratuito. No hay mala fe por el conocimiento que entre los antecedentes dominiales exista una donación. Minoría.[4]

Cabe destacar que la primera conclusión,[5] cuyos fundamentos se encuentran claramente desarrollados, entre otros, por Laje,[6] Borda,[7] Zannoni,[8] Di Lella[9] y Belluscio,[10] ha sido controvertida particularmente y de manera constante por el notariado capitalino,[11] con

2. Cám. Civ. y Com. de Junín, 26/5/2016, "B., A. J. y otros c/ B., B. C. s/ acción de colación" (expte. JU42892013) (*elDial.com*, AA9727; *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, octubre 2016, p. 171, cita online AR/JUR/28938/2016; *El Derecho*, t. 269, p. 158.

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

4. Conclusiones de la Comisión Nº 7 "Sucesiones: La legítima y su protección" > C) "Acciones de protección" > II) "Reducción" > De lege lata > puntos 1 y 2 (2.1. y 2.2.).

5. Coincidente con la de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, UCES, 2001): Comisión Nº 6 "Sucesiones: Colación y reducción" > II) "La colación y la reducción entre herederos forzosos" > punto 1: "La acción de colación de que gozan los herederos forzosos no obsta el ejercicio de la acción de reducción por parte de los mismos cuando se encuentra vulnerada la legítima hereditaria (unanimidad – con una abstención)". Y con las de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (y 5º Congreso Nacional de Derecho Civil) (Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2009): Comisión Nº 7 "Sucesiones: Indignidad, desheredación y legítima" > "IV. La legítima" > "B. Cuotas de legítima propuestas" > "Legitimación pasiva" >: "La acción de reducción es ejercible contra los donatarios, ya sean herederos forzosos, herederos voluntarios o extraños, siempre que se viole la legítima del heredero reclamante (por mayoría)".

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

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

8. Zannoni, Eduardo A., "Acción de reducción ejercida entre herederos forzosos", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Nº 2 "Sucesiones", 2000, p. 49.

9. Di Lella, Pedro, "Reducción de la donación a heredero forzoso", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 18/10/1995, Nº 5955 (t. 1995-IV, p. 687).

10. Belluscio, Augusto C., [comentario al art. 1831], en Belluscio, A. C. (dir.), Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 109: "1. Si la donación al legitimario cabe dentro de su porción hereditaria corresponde la colación, que implica imputación del valor de lo donado a dicha porción. 2. Si cabe en la suma de su porción legítima más la porción disponible, puesto que no afecta las otras porciones legítimas no puede ser objeto de reducción pero sí de colación, salvo por supuesto que haya cláusula de mejora. 3. Si excede de la suma de su porción legítima más la porción disponible, el exceso queda sujeto a reducción".

11. A) Ver despachos de la XVI Jornada Notarial Argentina (Mendoza, 1976): Tema I "Donación de inmuebles. Concepto. Clases. Acciones de colación y reducción. Donaciones inoficiosas. Validez del título proveniente de donación" > "II. Acciones de colación y reducción" >: c) "Acción de reducción: Puede intentarse tanto contra

pie en la interpretación –básicamente a contrario o por implicancia– que se hizo del viejo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal "Escary c/ Pietranera" (1912),[12] cuya doctrina obligatoria[13] en ese ámbito territorial no fue siempre seguida.[14] No obstante

---

terceros extraños, cuanto contra coherederos. En cuanto al carácter, se sustentaron las siguientes posiciones: a) Mayoría: Tiene carácter **personal** en todos los supuestos. b) Minoría: Siempre es de carácter **real**. c) En una tercera opinión, con relación a coherederos es **personal**, respecto de terceros es **real**. Atento al carácter altamente controvertido del tema, es anhelo del Notariado Argentino, que una futura reforma legislativa defina la cuestión".
B) Ver declaraciones de la XII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (Buenos Aires, 1983): Tema II "Análisis de los títulos provenientes de donaciones y daciones en pago". "Comisión 2ª": "1. Que en el ejercicio de sus funciones el notariado es requerido, con reiterada frecuencia, para instrumentar donaciones de inmuebles, sea en favor de herederos forzosos o de terceros. 2. Que normalmente el *animus donandi* se funda en impulsos o propósitos realmente plausibles, por lo que debe evaluarse en cada caso el otorgamiento de esos actos. 3. Que, empero, las donaciones como modo transmisivo del dominio de inmuebles pueden provocar conflictos interpretativos en torno de la perfección de los títulos de ellas emanados, en especial cuando se trata de donaciones en favor de terceros. 4. Que en el ámbito notarial, y conforme a una interpretación ya tradicional, se tiene por perfectos a los títulos en los que media una donación en favor de herederos forzosos, por estimarse que al respecto sólo cabe la acción de colación, de carácter personal. En la misma forma se estima que los títulos no son perfectos cuando derivan de una donación a terceros porque aquí cabe la acción de reducción que es de carácter real. Esta es también la opinión mayoritaria dentro de la comisión. 5. Que, sin embargo, es cada vez más perceptible la corriente interpretativa –aunque minoritaria en la comisión– que estima que también son perfectos los títulos provenientes de donaciones a terceros. Resultan elocuentes al respecto las decisiones adoptadas en la XX Jornada Bonaerense (*Revista del Notariado*, julio-agosto 1976, pág. 1095), y en la XVI Jornada Notarial Argentina (misma *Revista*, pág. 1110). Cabe resaltar que en esta última Jornada, como ahora en esta comisión, se ha subrayado que la acción de reducción es siempre personal porque el término de reivindicación, usado en el art. 3955 Cód. Civil, no puede ser interpretado en forma literal, porque conceptualmente no se ajusta a la acción que esa norma concede y, además, por su falta de concordancia con el resto del cuerpo normativo. Dentro de esta corriente, también se argumenta que el art. 3955 Cód. Civil se refiere a aquellos casos en que la acción de reducción importa un fraude a los derechos del heredero preferido, en los términos del art. 961 Cód. Civil. 6. Que otro sector, más minoritario aún, afirma que la acción de reducción afecta también a las donaciones en favor de herederos forzosos".
C) Ver también las conclusiones de la 41ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y de la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (años 2015 y 2017, respectivamente).
D) Ver también *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata "Donaciones a herederos forzosos", 2010 [*N. del E.*: ver en http://bit.ly/RDN2010-donaciones].

12. Cám. Civ. de Capital Federal, en pleno, 11/6/1912, "Escary, José y P. de Escary, Magdalena c/ Pietranera, Tancredi" (*Jurisprudencia Argentina,* Nº 31; cita online AR/JUR/6/1912). [*N. del E.*: ver plenario completo en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata "Donaciones a herederos forzosos", 2010, pp. 65-71, http://bit.ly/RDN2010-donaciones]. La mayoría, de cinco votos, entendió que "Corresponde rechazar la demanda por escrituración si de autos resulta que el título de propiedad de los vendedores no es intachable o perfecto, toda vez que proviene de una donación y se desprende de él que el donante tiene una hija, quien –en caso que hubiese sido perjudicada en su legítima– podría ejercer la respectiva acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes del inmueble vendido", ya que "los arts. 1830 y ss y los arts. 3602 y 3603 correlacionados con el art. 3955 autorizan la reducción de las donaciones inoficiosas y la acción reivindicatoria del heredero del donante contra los terceros adquirentes". La minoría, de cuatro votos, por la voz del Dr. Helguera, consideró, en función de las reglas de la acción reivindicatoria cuyos principios altera el art. 3955 y haciendo extensiva la normativa sobre colación, que la acción de reducción es personal. Recuerda Ovsejevich, sin embargo, que "Goyena, a quien siguió Vélez en la redacción del artículo 3477, estableció la restitución de los valores solo en la colación, y no aplicó ese criterio para la reducción" (Ovsejevich, Luis, "Legítima", en AA.VV., *Enciclopedia jurídica OMEBA*, t. 18, Buenos Aires, Omeba, p. 123). Si el Código hubiera dicho sencillamente en el art. 3955 "la prescripción de la acción de reducción comienza desde el fallecimiento del causante", no habría existido dificultad alguna, pero eligió la solución francesa, al reconocer su fuente en Aubry y Rau.

13. Incuestionable por lo menos hasta la vigencia de la Ley 26853 (BO 17/5/2013), de conformidad con CNCiv., en pleno, 15/7/1977, "Kartopapel SACEI c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (*La Ley*, t. 1977-C, p. 366, cita online AR/JUR/1608/1977).

14. Ver: CNCiv., Sala A, 29/8/1985, "Saporiti de Vignale, Emma c/ Saporiti, Gerardo y otros" (*La Ley*, t. 1986-B, p. 89, cita online AR/JUR/1121/1985), voto del Dr. Zannoni; Sala H, 12/5/1998, "Yebra, Patricia E. c/ Gasparini de Roca, Marta E. y otros s/ acción de reducción" (*elDial.com*, AA70), voto del Dr. Kiper; Sala K, 27/12/2013, "M., A. c/ M., P. s/ colación - ordinario" (cita online Thomson Reuters AR/JUR/108693/2013, voto de la Dra. Hernández.

ello, e independientemente del acierto o error de este criterio, la circunstancia de que las instituciones bancarias (v. gr., los dictámenes del Banco Hipotecario Nacional[15]) se pronunciaran en favor de la bondad de los títulos de donaciones a legitimarios, de importante doctrina que la avaló (v. gr., Fornieles, Salvat, Maffía, Méndez Costa, Spota) y de que varios fallos[16] entendieran que la inoficiosidad se resolviera entre ellos únicamente por vía de la acción de colación (que es en valores) o desestimaran resistencias a escriturar por "motivos fundados de ser molestados por reivindicación de la cosa" (art. 1425 CCIV) cuando en sus antecedentes existía una donación a aquellos,[17] favoreció innegablemente la circulación en tales supuestos.

Decía Arauz Castex:

> … la acción reivindicatoria contra terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso –ya bien dudosa en el código por interpretación de la última parte del art. 2778– es poco menos que intolerable a los ojos de un jurista moderno. Puede afirmarse sin temor a desacertar que cualquier reforma del Código tendrá que ensanchar el ámbito del principio de la buena fe, en particular en cuanto a seguridad de los terceros adquirentes. Y que si ya en 1912 se afirmaba unánimemente que no hay reivindicación contra el sucesor del coheredero donatario y se dudaba si la habría contra el sucesor del donatario extraño, cabe afirmar que si esa doctrina variara antes sería para negarla contra uno y otro que para incurrir en el extraño retroceso de concederla contra los dos.[18]

Reflexionaba Lafaille:

> Son casos en que las acciones reipersecutorias de nuestro Código, tan peligrosas e incómodas para la seguridad de los bienes y para la valorización de la tierra, han venido paulatinamente a quedar limitadas en su alcance y hasta en su naturaleza, como sucede en el presente, por obra de la interpretación judicial. Sin embargo, a pesar de ese esfuerzo, que ha llegado posiblemente hasta el exceso dentro de las facultades propias de esta rama de gobierno, siempre queda el asunto no sólo expuesto a la solución variable de los fallos, sino que en el mejor de los casos la acción aludida aun considerándola como personal se extinguiría recién a los diez años contados desde la muerte del causante […] verdad es que se evita –y esto es lo importante– la persecución contra los terceros…[19]

Y ya vigente el CCCN, ver: CNCiv., Sala G, 30/12/2016, "C., A y otro c/ B., E. J. y otros s/ cobro de sumas de dinero (expediente 17.425/15)", voto del Dr. Carranza Casares.

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

15. Ver Allende, Jorge M., "Donación de inmuebles", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Nº 827, 1991, pp. 963-975. [*N. del E.*: ver en http://bit.ly/RDN827-donaciones].

16. Ver CNCiv., Sala A, 22/8/1969, "Revol, Adolfo C. c/ Revol, Pedro" (*Jurisprudencia Argentina*, serie Contemporánea, Nº 8, 1970, pp. 11-12), consideraciones del Dr. Llambías; Sala A, 29/9/1976, "Weinstein, E. suc." (*El Derecho*, t. 70, p. 302; Thomson Reuters cita online AR/JUR/298/1976); Cám. Federal de Paraná, 28/8/1940, "Piñeyro, María Vázquez de c/ Vázquez, Anastasio" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 72, p. 408); Cám. Civ. y Com. de Corrientes, Sala IV, 4/3/2011, "R., N. I. en nombre y representación de su hija menor A. L. S. M. c/ J. G. M. y e. M. s/ ordinario" (Do C. 01 23391/6) (*elDial.com*, AA6A35; *La Ley Litoral*, julio 2011, p. 664; *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, diciembre 2011, p. 137, cita online AR/JUR/6391/2011).

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

18. Ibídem.

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

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

> De la coordinación armónica de las normas relativas a la acción de reducción y a la reivindicación, y en particular, de lo establecido en los artículos 3955, 3477, 2777 al 2779, 3538, 3600, 3601 y el 3602 en su nueva redacción, resulta que la acción de reducción no tiene carácter reipersecutorio. Por tanto, son perfectos los títulos que tengan origen en donaciones, sean a herederos forzosos o a terceros, aun cuando fueren inoficiosas; todo ello sin perjuicio de la acción, que por reclamo del valor en que se ha visto menguada la legítima, le cabe al legitimario contra el donatario, sus sucesores universales y los singulares de mala fe, atento lo prescripto en los artículos 3270 y 1051.[20]

Y, por su parte, en la XXXIII Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2003) se concluyó:

> 1) La acción de reducción tiene siempre carácter personal. Es imposible asignar a la palabra "reivindicación" del artículo 3955 del C.C. su sentido técnico, debido a la inconsistencia generada al pretender la aplicación de las normas propias de la misma. 2) Aun cuando se considere que esta acción personal tenga efectos reipersecutorios, posición que no compartimos, deben preservarse los derechos del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, privilegiando la seguridad jurídica en la circulación de los títulos. 3) El título proveniente de un contrato de donación no debe presumirse imperfecto ni calificarse *a priori* como observable. 4) El heredero preterido únicamente podrá demandar la inoponibilidad de la enajenación efectuada por el donatario a un tercero, aún a título oneroso, cuando la misma hubiera sido realizada en fraude a sus derechos. 5) La mala fe del tercer adquirente de un inmueble, entre cuyos antecedentes exista una donación, no debe presumirse y consistirá en su conocimiento de que la donación afectaba los derechos del heredero legitimario. Se exigirá del tercer adquirente la misma diligencia previa que la debida para cualquier otro título.[21]

Referentes de esta tesis han sido Prayones,[22] López de Zavalía,[23] Juliano-Llorens,[24] Di Castelnuovo,[25] Ventura,[26] Compagnucci de Caso[27] y, en gran medida, quienes luego

20. Declaraciones de la XX Jornada Notarial Bonaerense (San Martín, 1976): Tema III "Donación como título transmisivo de dominio. Partición por donación".

21. Conclusiones de la XXXIII Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2003): Tema I "Donaciones".

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

23. López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos*, t. 2 "Parte especial (1)", Buenos Aires, Zavalía, 1985 (2ª ed.), pp. 538-539.

24. Juliano, Alberto F. y Llorens, Luis R., "La naturaleza de la acción que emana del artículo 3955 del Código Civil y los títulos derivados de la donación", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 877, 1984, p. 1395.

25. Di Castelnuovo, Gastón R.: a) "La donación de inmueble como antecedente del título del transmitente", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 26/7/2012, t. 2012-D, p. 1125 (cita online AR/DOC/1390/2012); b) *Donación a*

26. Ventura, Gabriel B., "El valor de la donación como título al dominio", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 17/10/2012, Nº especial de derechos reales, t. 2012-IV (cita online AP/DOC/4159/2012).

27. Compagnucci de Caso, Rubén H., *Contrato de donación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, pp. 352, 357, 363-366.

de la reforma de la ley 17711 al artículo 1051 hicieron extensiva su solución para las subadquisiciones a los donatarios.[28] Aplicando en circunstancias especiales (venta a un heredero forzoso que encubría una donación y su enajenación a un tercero) este último criterio, encontramos el voto del Dr. Mirás en el fallo "U. C., M. y otro" (1988),[29] en el que se expresó que

> … cuando colisionan ambos derechos, pertenecientes ambos a terceros –compradores y herederos legitimarios– y siendo los dos de buena fe, no creo que quepa sino ponerse del lado del que devino sucesor a título oneroso, que lo es el comprador y no el heredero […] si el causante cometió actos ilícitos en perjuicio de sus herederos, frente al tercero de buena fe y a título oneroso, ellos habrán de ser los perjudicados así como ellos se benefician o perjudican con innumerables actos cumplidos en vida de su autor y que no han podido controlar, facilitar o impedir. Al adquirente no se le puede exigir más que el control de la existencia de una donación. Si ésta es simulada, ya no cabe perseguirlo, desde que existe el principio consagrado en el art. 1051 por la reforma de 1968, pues ello constituiría no sólo contribución para el desaliento de las transacciones inmobiliarias, sino un atentado liso y llano a la buena fe que ha sido constituida por la nueva redacción de esa norma en eje, en fanal, en principio rector también cuando se trata de los negocios inmobiliarios.[30]

En prestigioso apoyo a la misma, se cita el voto del Dr. Colmo en el fallo "Vieiro c/ Bonahora" (1927) ante una negativa del comprador a escriturar por título imperfecto (art. 1425):[31]

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

---

terceros. Un título más a la luz de nuevos fallos antiguos, La Plata, Fundación Editora Notarial, 2002, p. 32; c) "Donaciones. Nuevos enfoques respecto de inmuebles donados a terceros en la jurisprudencia y la doctrina", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 886, 2006, p. 120. [*N. del E.*: ver en http://bit.ly/RDN886-donaciones]; d) [comentario a los arts. 2444-2461], en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 8, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015 (Francisco Di Castelnuovo colab.).

28. Ver Pérez Lasala, José L., *Derecho de sucesiones*, t. 2, Buenos Aires, Depalma, 1981, § 696 , p. 873; Pérez Lasala, Fernando, *Defensa del tráfico jurídico inmobiliario. Validez de los títulos provenientes de donaciones en la colación, reducción, reversión y revocación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, pp. 204 y ss. En contra, cfr. Borda, Guillermo A., ob. cit. (cfr. nota 7), § 998; Guastavino, "La protección a terceros adquirentes de inmuebles", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1973, "Serie Contemporánea", p. 93; Maffia II Nº 892; y Belluscio, Augusto C., ob. cit. (cfr. nota 10), pp. 111-112.

29. CNCiv., Sala E, 9/12/1988, "U. C., M. y otro c/ R. Z., C. S." (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1989-II, p. 175, cita online 70028225.

30. Ver también SC de Mendoza, 24/8/1959, "Crivelli de Rovello, Amelia y otros" (*La Ley*, t. 98, p. 714): "Aunque se encuentre comprobada la simulación de la venta que aparece realizada por el causante, la nulidad del acto atacado por los herederos no puede alcanzar al tercer adquirente de buena fe que obtuvo la cosa del comprador aparente por acto serio y efectivo y a título oneroso".

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

> efectivamente posible, ya por mediar mala fe en la última adquisición, ya porque la adquisición de referencia es gratuita (art. 2777 y siguiente). De otra suerte, la circulación de los valores, que es todo un postulado de la ley, se encarece y restringe, lo que no puede ser de buen derecho…

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

– II –

Por ello, y dado que "un sistema jurídico que produce como consecuencia la inenajenabilidad de los inmuebles no responde al principio económico necesario en toda buena legislación",[32] parafraseando a la XVI Jornada Notarial Argentina (Mendoza, 1976), atento al carácter altamente controvertido del tema, era anhelo del notariado argentino y de todos que una futura reforma legislativa definiera la cuestión.[33] Y es así como los distintos proyectos de reforma se fueron sucediendo, todos hasta el Proyecto de 1998, en una dirección favorable hacia una tutela amplia de la donación, eliminado las prevenciones hacia la misma.

Veamos:

1) *Anteproyecto Bibiloni*:

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

2) *Proyecto de 1936*:

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

3) *Anteproyecto de 1954*:

> Artículo 696. Cuando la legítima resulte lesionada, los damnificados podrán demandar a los beneficiarios de mejoras o donaciones inoficiosas para que éstos restituyan el valor que excediese la porción disponible del causante. La acción será personal, pero procederá también contra los sucesivos adquirentes a título gratuito de los bienes cuyo valor corresponda incluir en la legítima lesionada, hasta la concurrencia del enriquecimiento obtenido por los

32. Prayones, Eduardo, ob. cit. (cfr. nota 22), p. 243.

33. Cfr. nota 11-a.

demandados. El beneficio de éstos se computará al tiempo de apertura de la sucesión, pero si éste fuese menor a la fecha de la donación se estará al valor de entonces.

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

De esa forma se encuadraba adecuadamente el asunto: que en toda donación se halle implícita la condición resolutoria consistente en que resulte inoficiosa a la muerte del donante (*condictio iuris*) no debe seguirse que el dominio sea resoluble (imperfecto). Conforme resultaba del artículo 2663 CCIV y su nota, la oponibilidad a terceros[34] de la resolución del dominio nace de la constancia en el propio título de la cláusula resolutoria (v. gr., arts. 1843, 1847, 1855 CCVélez)[35] y no de circunstancias desconocidas o futuras inciertas (v. gr., que existían al momento de la donación herederos forzosos y que al fallecimiento del causante no se alcance a cubrir su legítima), siendo esa la solución coherente con la que se adoptó por la implícita causal de revocación por ingratitud (arts. 1865 y 1866 CCVélez). Por otra parte y en lo que hace también a la aplicación específica del art. 2670 del CCVelez, "la acción de reducción no tiene como objetivo la resolución de las donaciones inoficiosas sino que se las declare inoponibles al heredero perjudicado".[36] Es decir, se trata, como bien apuntaba Alterini,[37] de una ineficacia funcional relativa, por la cual el acto vale respecto de todos menos en relación a aquél a quien la ley tutelar en un derecho.

– III –

Con esos antecedentes llegamos al Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998 (elaborado por la Comisión Decreto PEN 685/1995), que intentó

34. Ver Alterini, Jorge H., "El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1971, "Serie Contemporánea", pp. 634 y ss.: "Se ha destacado la falta de concordancia entre el sistema establecido por el art. 1051 cuando media nulidad o anulabilidad y el relativo a los títulos sobre inmuebles revocables o resolubles. Se sostiene que los subadquirentes de buena fe y a título oneroso deberían soportar los efectos de la revocación o resolución del dominio del transmitente de inmueble, desde que rige el art. 2670 (salvo para los actos de administración) Quizás hubiera sido conveniente que la Reforma fuera inequívoca al respecto, pero creemos que la solución a esa inquietud puede alcanzarse con el sistema vigente. En el régimen de Vélez es menester que las cláusulas resolutorias consten el título del transmitente […] Como la cláusula resolutoria debe constar en el título para ser oponible a terceros y, por tanto, ellos están en condiciones de conocerla, no resulta ilógico el sistema de los arts. 2670, 2918, 2969, 3045 CC".
Ver Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil (San Rafael, 1978): "Efectos (de la resolución) con relación a terceros: a) Si se trata de cosas inmuebles rigen las normas sobre el dominio revocable y no se aplica el artículo 1051 del Código Civil b) Los terceros subadquirentes no pueden invocar buena fe, si conocían o debían conocer la posibilidad de resolución a través de los antecedentes del dominio".

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

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

37. Alterini, Jorge H., "Resolución de los contratos y dominio revocable", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 50, 1973, p. 639.

zanjar la discusión estableciendo una distinción entre donaciones a ciertos legitimarios para las que preveía únicamente la acción de colación, con la obligación de compensar la diferencia en dinero[38] (art. 2340), con lo cual los subadquirentes quedaban a salvo, y las que se efectuaron a terceros o extraños, respecto de las cuales disponía dos paliativos: la exclusión de aquellas que se hubieren hecho antes de los diez años anteriores al deceso del causante[39] (art. 2402) y la previa excusión de los bienes del donatario ante de perseguir a terceros adquirentes (art. 2406).

Esa propuesta no dejó satisfecho a muchos, sucediéndose entre el año 2003 y el año 2007 varios proyectos inspirados en Gastón R. Di Castelnuovo, que obtuvieron aprobación en la Cámara de Diputados. Transcribo el presentado por los diputados Cigogna y Balestrini:

> *Artículo 1º*. – Incorpórase como apartado final al artículo 1831 del Código Civil el siguiente párrafo:
> «La reducción declarada por los jueces no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes inmuebles constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso. La mala fe del tercero no podrá presumirse y consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido».
> *Artículo 2º*. – Sustítuyese el artículo 3955 del Código Civil por el siguiente:
> «La acción contemplada por los artículos 1831 y 1832 de este Código no es prescriptible sino desde la muerte del donante».[40]

Con ello se volvía al sendero de los efectos normales de un acto inoponible (arts. 965 y 968 de la acción pauliana[41]).

– IV –

Con la elaboración del Anteproyecto del año 2012, que terminará convirtiéndose con pocas modificaciones en el CCCN (sancionado por Ley 26994), varias fueron las voces que se opusieron al régimen vigente.[42] Este, como ya es por todos sabido, sujeta las dona-

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

39. El art. 2174 del Proyecto de Freitas estableció que las donaciones no estaban sujetas a la acción de reducción si hubieran sido hechas antes de los tres años del fallecimiento del donante. El Código Civil de Alemania [*Bürgerliches Gesetzbuch*] y el Código Civil de Cataluña (art. 451-5) no toman en consideración las donaciones hechas 10 años antes del fallecimiento del causante. En ambas legislaciones no se incluyen las donaciones a legitimarios.

40. Proyecto 0822-D-05 (expte. Senado: 0024-CD-2005). Otros proyectos vinculados presentados por el diputado Cigogna: 5205-D-2002; 1674-D-2004; 4633-D-2003 {expte. Senado 0136-CD-2003); 3500-D-2006; 2873-D-2007 (expte. Senado: 0173-CD-2007); 1083-D-2008; 1012-D-2009 (expte. Senado: 0034-CD-2010); 1135-D-2015; 1819-D-2015; 2482-D-2017. Respecto de este último, ver punto VI del presente ensayo y cfr. nota al pie 48.

41. Ver Antelo, Marcelo G., "Consideraciones sobre el acto jurídico inoponible", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 877, 1984, p. 1426: "con algunas variantes francamente insensibles[…] en la faz práctica, la solución que especialmente se prevé para la revocación con fraude en los arts. 967,968 y 970 del C.C. concuerda con la que resultaría de la aplicación del postulado general del art. 1051 del mismo Código. Desde luego que aquí no puede suscitarse polémica alguna, como quiera que existiendo un mecanismo específico, debemos atenernos a la fórmula allí consagrada".

42. P. ej.: la propuesta del Consejo Federal del Notariado Argentino ante la Comisión Bicameral para la Reforma Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Ver asimismo los despachos de la 38 Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 2013).

ciones tanto a legitimarios como a extraños cuando son inoficiosas a la acción de reducción (art. 2386). No establece ninguna obligación de excutir previamente los bienes del donatario y, como moderador, establece un instituto de dudosa naturaleza (prescripción adquisitiva o plazo resolutorio) en el artículo 2459,[43] que excluye los alcances reipersecutorios amplios de la acción dispuestos en el artículo 2458 cuando la cosa donada hubiera sido poseída por el donatario y/o subadquirentes por diez años.

Lógico corolario de este novedoso remedio, que también da lugar a diferentes interpretaciones para su aplicación en el derecho transitorio,[44] es que muchas donaciones, aun cuando la cosa permanezca bajo el dominio del donatario, estarán sustraídas de la acción de reducción, que solo podrá intentarse por el plazo de cinco años desde el fallecimiento del donante (art. 2560) El artículo 2417 también sujeta la partición por donación a la acción de reducción en el caso de descendiente omitido, nacido con posterioridad o que recibió menos de lo correspondiente a su porción legítima.[45]

– V –

Claramente se advierte que la observabilidad del título de la donación en el tráfico jurídico se ha agravado, sin un beneficio significativo para la protección de la legítima. La misma se profundizaría, aún más si cabe, de obtener aprobación el proyecto que, con la anuencia de Córdoba,[46] ha presentado el senador Cobos (S-2884/17):

> *Artículo 1º.* – Modifíquese el Artículo 2458 del Código Civil y Comercial de la Nación que quedará redactado de la siguiente manera:
>
> «Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables, aún cuando los subadquirentes sean de buena fe y a título oneroso. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima».[47]

43. Ver Casabé, Eleonora R., "¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 924, 2016, http://bit.ly/RDN924-prescripcion; Kiper, Claudio M., "Naturaleza del plazo para sanear una donación" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 928, 2017, http://bit.ly/RDN928-donaciones; Guardiola, Juan J., "La usucapión en el nuevo Código", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, Nº 2, 2016, pp. 19-43 (cita online AR/DOC/566/2016); Ferrer, Francisco A. M., [comentario al art. 2459], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 11, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 633 y ss.
Según el art. 1965 CCCN, las condiciones resolutorias –que cuando son impuestas por la ley también hacen al dominio imperfecto– "se deben entender limitadas al término de diez años". Ver conclusiones de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad Nacional de Mar del Plata, 1983): Comisión Nº 4 "Régimen jurídico del dominio imperfecto y en especial del dominio fiduciario" > "II. Dominio revocable" > "7º) La revocabilidad del dominio resoluble puede resultar tanto de una condición resolutoria (explícita) como de una «cláusula legal», que parte de la doctrina denomina condición resolutoria implícita" (sic).

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

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

46. Córdoba, Marcos M., *Sucesiones*, Buenos Aires, Eudeba - Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 361.

47. Proyecto 2884-S-2017, del 3/8/2017, presentado por el senador Julio Cobos.

– VI –

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

> *Artículo 1º.* – Modifícanse los artículos 2386, 2457, 2458 y 2459 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, que quedarán redactados de la siguiente forma:
>
> «Artículo 2386. Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero».
>
> «Artículo 2457. Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso».
>
> «Artículo 2458. Acción reipersecutoria. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el sub adquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario en dinero el perjuicio a la cuota legítima».
>
> «Artículo 2459. Prescripción adquisitiva. En cualquier caso, la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el sub adquirente que han poseído la cosa donada durante DIEZ (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación».[48]

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

1) Sea la reducción en valor o en especie,[49] no deberían establecerse distinciones cuando se trate de donaciones a legitimarios (por ello, sería irrelevante que la cuestión a su respecto se resolviera por esa vía o por la de colación con pago en dinero por la diferencia) o extraños como obligados directos.[50]
2) Cuando la cosa ha sido enajenada, la *reipersecutoriedad* tiene que limitarse a las subadquisiciones a título gratuito (solo hay privación de un beneficio) y a las de mala fe cuando son a título oneroso (al igual que la acción de fraude),[51] no pudiendo entenderse por configurada aquella cuando media entre los antecedentes una

48. Proyecto 2482-D-2017, del 12/5/2017, expte. Senado: 0062-CD-2017.

49. Desde el punto de vista económico, en razón de cómo se calcula el valor de las donaciones, arts. 2385 y 2445 CCCN. Ver BORDA, Guillermo A., ob. cit. (cfr. nota 7), § 996, punto e).

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

51. Siguiendo la clasificación que desarrollan los autores citados en nota anterior, tal acto "si bien mantiene su ineficacia sustancial y su ineficacia operativa interna, adquiere por efecto de la adquisición del tercero de buena fe y a título oneroso, «eficacia operativa» frente a ese tercero y en general respecto de todos" (ibídem).
Ver conclusiones de la XVIII Jornada Notarial Cordobesa (Córdoba, 2015): "Con el Código de Vélez se discutía si esta acción de reducción tenía o no efecto reipersecutorio. El Código Civil y Comercial dispone claramente asignarle efectos reipersecutorios a la acción de reducción. Entendemos que no es el criterio adecuado, por la

donación, sino que consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido, de la posibilidad probable de la inoficiosidad según las situaciones de hecho.

3) No existe razón para excluir de su alcance donaciones por el transcurso del tiempo en que fueron hechas.[52]
4) Es imprescindible, teniendo en cuenta la diversidad de valoraciones y criterios hasta la sanción del CCCN e incluso desde su entrada en vigencia, que la ley que introduzca tales modificaciones regule la situación de las donaciones anteriores, asignándole ya efectos retroactivos o carácter de interpretación auténtica en algunos de sus aspectos.

Bibliografía

Allende, Jorge M., "Donación de inmuebles", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Nº 827, 1991.

Alterini, Jorge H., "El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, "Serie Contemporánea".

— "Resolución de los contratos y dominio revocable", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 50, 1973.

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

Alterini, Jorge H. y otros, *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

Antelo, Marcelo G., "Consideraciones sobre el acto jurídico inoponible", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 877, 1984.

AA.VV., [conclusiones de la 41 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal {Buenos Aires, 2015}].

— [conclusiones de la 42 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal {Buenos Aires, 2017}].

— [conclusiones de la XII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal {Buenos Aires, 1983}].

— [conclusiones de la XVI Jornada Notarial Argentina {Mendoza, 1976}].

— [conclusiones de la XVIII Jornada Notarial Cordobesa {Córdoba, 2015}].

— [conclusiones de la XX Jornada Notarial Bonaerense {San Martín, 1976}].

— [conclusiones de la XXIII Jornada Notarial Bonaerense {Mar del Plata, 2003}].

— [conclusiones de la XXXVIII Jornada Notarial Bonaerense {Bahía Blanca, 2013}].

— [conclusiones de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Mar del Plata, 1983}].

— [conclusiones de las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil {San Rafael, 1978}].

— [conclusiones de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Buenos Aires, UCES, 2001}].

— [conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y 5º Congreso Nacional de Derecho Civil {Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2009}].

— [conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Buenos Aires, 2013}].

— [conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil {La Plata, 2017}].

— en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata "Donaciones a herederos forzosos", 2010.

Belluscio, Augusto C., [comentario al art. 1831], en Belluscio, A. C. (dir.), Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 9, Buenos Aires, Astrea, 2004.

Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. 2.

seguridad del tráfico jurídico, este efecto reipersecutorio debería haber frenado ante los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso".

52. Las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017) (Comisión Nº 9 "Partición y colación") también recomendaron (con una abstención y una disidencia) derogar el artículo 2459, pero lo hicieron con la finalidad de eliminar el único dispositivo que actualmente protege a la seguridad de las donaciones.

Casabé, Eleonora R., "¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio?" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 924, 2016, http://bit.ly/RDN924-prescripcion.

Compagnucci de Caso, Rubén H., *Contrato de donación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

Córdoba, Marcos M., *Sucesiones*, Buenos Aires, Eudeba - Rubinzal-Culzoni, 2016.

Di Castelnuovo, Gastón R., [comentario a los arts. 2444 a 2461], en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 8, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015 (Francisco Di Castelnuovo colab.).

— "Donaciones. Nuevos enfoques respecto de inmuebles donados a terceros en la jurisprudencia y la doctrina", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 886, 2006.

— "La donación de inmueble como antecedente del título del transmitente", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 26/7/2012, t. 2012-D (cita online AR/DOC/1390/2012).

— *Donación a terceros. Un título más a la luz de nuevos fallos antiguos*, La Plata, Fundación Editora Notarial, 2002.

Di Lella, Pedro, "Reducción de la donación a heredero forzoso", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 18/10/1995, Nº 5955 (t. 1995-IV)

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

Guardiola, Juan J., "La usucapión en el nuevo Código", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, Nº 2, 2016 (cita online AR/DOC/566/2016).

Guastavino, "La protección a terceros adquirentes de inmuebles", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1973.

Juliano, Alberto F. y Llorens, Luis R., "La naturaleza de la acción que emana del artículo 3955 del Código Civil y los títulos derivados de la donación", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 877, 1984.

Kiper, Claudio M., "Naturaleza del plazo para sanear una donación" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 928, 2017, http://bit.ly/RDN928-donaciones.

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

— *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 3, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010, [2ª ed., ampliada por J. H. Alterini].

Laje, Eduardo, "Los actos gratuitos del causante y la protección de la legítima", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 1948-I.

López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos*, t. 2, Buenos Aires, Zavalía, 1985.

Maffia II.

Ovsejevich, Luis, "Legítima", en AA.VV., *Enciclopedia jurídica OMEBA*, t. 18, Buenos Aires, Omeba.

Pérez Lasala, Fernando, *Defensa del tráfico jurídico inmobiliario. Validez de los títulos provenientes de donaciones en la colación, reducción, reversión y revocación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011.

Prayones, Eduardo, *Nociones de derecho civil. Derecho de sucesión*, Buenos Aires, Ciencias Económicas, [1957], [tomadas de las lecciones dadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el curso de 1915, Américo S. Cacici comp.].

Ventura, Gabriel B., "El valor de la donación como título al dominio", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 17/10/2012, Nº especial de derechos reales, t. 2012-IV (cita online AP/DOC/4159/2012).

Zannoni, Eduardo A., "Acción de reducción ejercida entre herederos forzosos", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Nº 2 "Sucesiones", 2000.

ADENDA*

Una mala solución al problema de las donaciones

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

- excluir de los alcances reipersecutorios de la misma a las subadquisiciones a título oneroso[53] y de buena fe, entendiendo que obstaba a esta última el conocimiento de que la donación antecedente afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido;
- que el tiempo en que fueron hechas aquellas donaciones o el que hubiere transcurrido hasta el deceso no debía tener relevancia, máxime cuando la cosa registrable hubiera permanecido en cabeza del donatario;
- y que la reforma debía dar respuesta a los problemas de derecho transitorio, teniendo en cuenta los distintos criterios doctrinario-jurisprudenciales vigentes durante la vigencia del Código Civil y la incidencia del CCCN, en este último caso particularmente en lo referido a la previsión del artículo 2459, sobre cuya naturaleza y aplicación temporal las interpretaciones eran diversas.

Estaba en trámite con media sanción de diputados el proyecto de ley del diputado Cigogna,[54] que, si bien no satisfacía plenamente aquellas sugerencias, se encaminaba al menos por el sendero correcto de no convertirlas en títulos observables, cuando la comisión designada por el Decreto PEN 182/2018,[55] elevó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos su Anteproyecto de reforma al CCCN. Dejando para otra oportunidad el análisis de dicha propuesta en lo que respecta a su directa repercusión en lo inmobiliario,[56] en lo que hace a la acción de reducción, la modificación significativa[57] planteada es la

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

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

54. El mismo fue transcripto en el trabajo mencionado.

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

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

57. No la tiene la incorporación de los ascendientes al elenco de personas obligadas a colacionar, ya que, conforme a los arts. 2386 y 2453, también las donaciones que a ellos beneficiaban quedaban alcanzadas por esta acción. En materia de porción disponible, existe una importante y correcta ampliación de legitimarios en el art. 2448 a los que

sustitución del artículo 2459[58] por una norma similar a la que contenía el artículo 2402 del Proyecto de 1998 en su versión originaria, esto es, que solo son reducibles las donaciones hechas por el causante en los diez años anteriores a su muerte.[59]

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

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

Aun cuando en los fundamentos que acompañaron el Proyecto de 1998 solo se dice que, con ello, "se pretende rodear de mayor seguridad a la adquisición y transmisión de sus derechos por el donatario" (Nº 319, párrafo 12), y, en los que se agregan al precepto con que se pretende sustituir el artículo 2459 CCCN, únicamente, que ello "consagra una solución más apropiada que la actualmente vigente", subyace como razón de esa limitación temporal el considerar que será en los últimos años de vida de la persona cuando esta intentará beneficiar a otras (legitimarios o no), sin sujetarlas a la transmisión sucesoria, y que no tendrá probablemente en ese lapso posibilidad de recomponer el patrimonio que será el acervo transmisible, diversamente a las variaciones que en más o en menos puede experimentar en períodos anteriores.

Al margen de que ello suministre un justificativo especulativo para el caso de personas ancianas o con fallecimiento por causas naturales para hacer a las donaciones anteriores como no computables a los fines de esta acción,[60] lejos está de dar mayor seguridad al tráfico jurídico con respecto a la actual norma, más allá de las observaciones que ella merece. Se considere a la misma como de plazo resolutorio o prescriptivo, se cuenta con *dies ad quem* cierto desde la adquisición para convertirse en un título inobjetable, mientras que de sancionarse la modificación habrá que esperar el plazo totalmente incierto del fallecimiento del donante, sin que se mejore claramente la situación de los legitimarios que, en relación a las anteriores (que pudieron haberse realizado en fraude a sus legítimas

---

se puede beneficiar con un tercio de las porciones disponibles, al incluir al cónyuge con discapacidad y a aquel que hubiere cuidado al causante renunciando a capacidades productivas o profesionales.

58. Además, existió el proyecto S-2500/17 del senador Julio Cobos, que propuso redactar el art. 2459 de la siguiente manera: "*Prescripción adquisitiva*. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante cinco años computados desde la muerte del donante. Se aplica el artículo 1901". En los fundamentos, luego de hacer referencia confusamente al Proyecto de 1998, que, como surge de su texto, excluía del alcance donaciones anteriores al fallecimiento, expresa que "como principio general la prescripción oponible al heredero forzoso, perjudicado en la legítima por la donación del causante sería la genérica de cinco años, que empieza a correr desde el fallecimiento de este último (art. 2560 CCyCN)". Es decir que superpondría el plazo de prescripción adquisitiva con el de la liberatoria de la acción de reducción (art. 2560).

59. En la Comisión de Legislación General el plazo fue reducido a cinco años.

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

expectativas), tendrán a partir del deceso una acción que no las alcanza (esa inutilidad de la acción era uno de los argumentos de rechazo al actual art. 2459).

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

Para finalizar, me permito destacar que se seguirán agravando los problemas interpretativos de las donaciones anteriores. ¿Qué pasará si finalmente se aprueba esta reforma con aquellas en que –vigente la actual normativa– se hubiese cumplido el plazo decenal desde que se poseía lo donado y al fallecimiento operado con la nueva norma estuviesen comprendidas en los diez años anteriores al mismo? Salvo para aquellos (v. gr., Ferrer)[61] que consideran que el actual 2459 solo es aplicable a partir del 1 de agosto de 2015, para quienes entendemos que alcanza a las anteriores de plazo cumplido o a cumplir, si el fallecimiento es posterior a esa fecha, se generan otras dudas que el artículo 7 bis que se pretende incorporar[62] tampoco despeja (salvo que innecesariamente en mi opinión se haya promovido una acción meramente declarativa).

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

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

62. "Artículo 7 bis. *Aplicación a los procesos pendientes*. Las nuevas leyes no se aplican a los procesos iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia, ni aun en apelación ordinaria o extraordinaria, con las siguientes excepciones: a) Las leyes procesales que se aplican a las etapas no precluidas; b) Que la sentencia a dictarse sea constitutiva de derechos" [*N. del E.*: ver Urbaneja, Marcelo E., "Efectos de la ley en relación al tiempo. Temas de interés notarial" {online}, y Zavala, Gastón A., "Temporalidad de la ley. Incidencia en las situaciones jurídicas en curso" {online}, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 928, 2017, http://bit.ly/RDN928-temporalidad1 y http://bit.ly/RDN928-temporalidad2].

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

María Marta Herrera
Cecilia C. Korniusza
Diego M. Mage**

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación
3/9/2018 - 17/9/2018

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

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

* Ver online en http://bit.ly/RDN932-canonico.

** Información de los autores en http://bit.ly/RDN-Herrera y http://bit.ly/RDN-Mage.

realizada por una congregación, aunque en ésta los socios emitan sólo votos simples… [1]

1. Introducción

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

Por un lado, ante las necesidades de la comunidad, el espacio urbano deviene en terreno fértil para las inversiones económicas de capital, que se materializan en la construcción y comercialización de grandes emprendimientos inmobiliarios: *shopping centers*, hoteles, centros de convenciones y megaeventos, urbanizaciones cerradas verticales y horizontales, edificios comerciales y lúdicos, etc. Para ello, resulta sumamente oportuna la reconversión y recuperación de espacios urbanos desaprovechados tales como, en la actualidad, lo son muchos de los inmuebles de propiedad de los IVC y SVA. Por otro lado, estamos ante antiguas instituciones que, frente a la falta de vocaciones religiosas, resultan titulares de un cuantioso patrimonio que se encuentra inutilizado y, además, carece de gestores idóneos. Tanto es así que la Santa Sede, a través del organismo competente, [6] se ha visto en la necesidad de emitir recomendaciones y orientaciones

1. Minguez Sanz, S. y Puente Prieto, J., "Consideraciones sobre el régimen jurídico-registral de las entidades religiosas", en AA. VV., *Ponencias y comunicaciones presentadas en el II Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. 2, Madrid, 1974, p. 685.

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

3. Entre las normas de la Iglesia que citaremos, fundamentalmente están el *Codex Iuris Canonici* (Código de Derecho Canónico para la Iglesia Católica; en adelante, "CIC"), sancionado en 1983; y el *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* (Código de los Cánones para las Iglesias Orientales; en adelante, "CCEO"), sancionado en 1990; más las normas particulares que serán objeto de mención específica.

4. Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica, a) *Linee orientative per la gestione dei beni negli Instituti di vita consacrata e nelle Societá di vita apostolica. Lettera circolare*, Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 2014; y b) *Economía al servicio del carisma y de la misión. Boni dispensatores multiformis gratiae Dei*, Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 2018.

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

6. Ver Juan Pablo II (papa), [constitución apostólica "*Pastor Bonus*" sobre la Curia Romana], en *Acta Apostolicae Sedis*, Vaticano, Nº 80, 1988, pp. 841-912, art. 108 §1, que dispone que esta Congregación "Resuelve todo aquello

jurídicas y pastorales respecto de la administración de los bienes pertenecientes a los IVC y SVA.[7] Como se podrá advertir, el tema conlleva considerar una vastedad de cuestiones históricas, teológicas, filosóficas y jurídicas que torna imposible que cada una sea tratada con la profundidad que se merece.[8]

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

---

que, de acuerdo con el derecho, corresponde a la Santa Sede respecto a la vida y la actividad de los institutos y sociedades, especialmente respecto a […] **la administración de los bienes**" (el resaltado es nuestro).

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

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

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

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

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

12. Nos parece importante destacar que, al concluir el proceso de unificación nacional con la sanción de la Constitución de 1853-60, la percepción que se tenía sobre las órdenes o congregaciones religiosas no era positiva. El art. 67 del texto constitucional es un ejemplo de esta postura, cuando otorgó competencia exclusiva al Congreso de la Nación para "admitir en el territorio de la nación otras órdenes religiosas a más de las existentes" (art. 67 inc. 20), o el art. 65, que estableció la prohibición para que los eclesiásticos regulares fueran miembros del Con-

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

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

2. La vida consagrada en la Iglesia Católica Apostólica Romana

2.1. Concepto

Para los fieles católicos, la vida consagrada implica la respuesta dada a un llamado especial que Dios les formula a participar en la misión salvífica de la Iglesia, de acuerdo con un determinado carisma, entendiéndose por tal al don que Dios gratuitamente concede a algunas personas en beneficio de la comunidad.[13] Al responder a ese llamado, el fiel se consagra de manera especial mediante la profesión de los consejos evangélicos de pobreza, castidad y obediencia.[14] A los bautizados, la Iglesia los exhorta a llevar una vida

---

greso (art. 65). Por eso, como más adelante desarrollaremos, durante muchos años las órdenes o congregaciones religiosas no fueron incluidas dentro del concepto de Iglesia Católica sino como entidades relacionadas a ella pero distintas y particulares.

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

14. Como señala Ghirlanda, la vida consagrada por la profesión de los consejos evangélicos conlleva un seguimiento de Cristo de manera más intensa o más radical: "efectivamente Jesús radicalizó en su vida terrena en sí mismo todos los preceptos de la ley nueva establecida por él: amó hasta el fin, llegó hasta el fondo en el sentido de que en su muerte llegó a la radicalización más total de su virginidad, precisamente por la totalidad y exclusividad del amor al Padre y a todos los hombres; de su pobreza, ya que se despojó de todo apoyo humano y experimentó el sentimiento del abandono de Dios; de la obediencia, por haberlo cumplido todo según el designio del Padre

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

La vida consagrada, como toda realidad eclesial, presenta un aspecto teologal y otro de índole jurídica. Evidentemente, ambos son diversos pero complementarios, dado que no se concibe el segundo sin el primero y, a la vez, el primero busca institucionalizarse dentro de la Iglesia a través de la formulación de estructuras jurídicas. Como señala Heredia,[15] el §1 del canon 573 del CIC[16] toma los principales elementos teológicos de la vida consagrada, mientras que el §2 y el canon 207-§2 brindan los elementos que configuran las formas institucionalizadas de la misma.[17] Así, bajo el aspecto teológico, los elementos esenciales serán la vocación y consagración, el seguimiento más estrecho de Cristo, la entrega total y especial a Dios y a la Iglesia con miras a la salvación del mundo, una unión especial con la Iglesia y su misión salvífica, la búsqueda de la perfección como signo en este mundo del Reino de Dios, y que esta forma de vida sea asumida de manera estable mediante la profesión de los consejos evangélicos de pobreza, castidad y obediencia, de tal forma que quien los asume adquirirá un nuevo estatuto jurídico dentro de la Iglesia.[18] Bajo el aspecto canónico, los elementos constitutivos de la vida consagrada serán, en el caso de la consagración en formas de vida comunitaria –que son las que nos interesan para este trabajo[19]–, su profesión mediante votos u otro vínculo sacro, en un instituto erigido canónicamente.

---

superando toda tentación de realización autónoma" (Ghirlanda, Gianfranco, *El derecho en la Iglesia. Misterio de comunión. Compendio de derecho eclesial*, Madrid, Ediciones Paulinas, 1992, p. 202).

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

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

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

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

19. Dejamos de lado las formas individuales de vida consagrada, como la vida eremítica y el orden de las vírgenes consagradas, que regulan los cáns. 603 y 604, porque precisamente no implican vida asociativa que requiera la creación, reconocimiento y actuación de una persona jurídica (c. 603: "§1. Además de los institutos de vida consagrada, la Iglesia reconoce la vida eremítica o anacorética en la cual los fieles, con un apartamiento más estricto del mundo, el silencio de la soledad, la oración asidua y la penitencia, dedican su vida a la alabanza de Dios y salvación

2.2. Síntesis histórica

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

Si hacemos una prieta síntesis de las formas de vida consagrada que surgieron en la historia de la Iglesia, podemos citar primero a las vírgenes y a los ascetas, quienes cultivaron la continencia, la renuncia a los bienes materiales, la oración y la penitencia, pero dentro de las comunidades de las cuales formaban parte. Con posterioridad surgió el monaquismo, mediante el cual sus cultores buscaron esos mismos objetivos, además de una vida contemplativa de las cosas divinas, apartándose totalmente de la vida secular.[22] En la Iglesia Latina, resulta particularmente importante San Benito, puesto que de sus reglas se derivarían las principales formas de vida monástica en Occidente[23] y a través de las cuales los monjes comenzarían a efectuar votos de conversión de las costumbres, de estabilidad y de obediencia, sometiéndose a la regla y al abad que era su intérprete. Luego, surgirían otras formas de vida consagrada como la de los canónigos regulares,[24] las órdenes mendicantes[25] y, luego de la reforma religiosa, las órdenes de clérigos regulares, que unirían el ministerio sacerdotal a la profesión religiosa pero abandonando las observancias monásticas y asumiendo prácticas de apostolado más dinámicas. Es a partir del siglo XVI que, en la Iglesia, se consolidaron las órdenes o institutos religiosos aprobados por la autoridad eclesiástica, a los cuales se ingresaba mediante la profesión de votos "solemnes" de pobreza, castidad y obediencia.[26] Sin embargo, debemos destacar

---

del mundo. §2. Un ermitaño es reconocido por el derecho como entregado a Dios dentro de la vida consagrada, si profesa públicamente los tres consejos evangélicos, corroborados mediante voto u otro vínculo sagrado, en manos del Obispo diocesano, y sigue su forma propia de vida bajo su dirección"). C. 604: "§1. A estas formas de vida consagrada se asemeja el orden de las vírgenes que, formulando el propósito santo de seguir más de cerca a Cristo, son consagradas a Dios por el obispo diocesano según el rito litúrgico aprobado, celebran desposorios místicos con Jesucristo, Hijo de Dios, y se entregan al servicio de la Iglesia".

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

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

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

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

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

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

26. Los votos solemnes, a diferencia de los simples, además de tener consecuencias de índole matrimonial y patrimonial en el derecho canónico, conllevan la invalidez de los actos que le son contrarios (para ello, ver los cáns. 579 y ss. y 1119 y 1703 del CIC de 1917. En la actualidad, esta categoría ha sido formalmente eliminada del CIC pero, sin embargo, sus aspectos sustanciales se deducen del c. 1192 §2 y del derecho particular de muchos

una gran diferencia entre las órdenes masculinas y las femeninas: el Concilio de Trento impidió que las mujeres consagradas efectuaran la práctica de los consejos evangélicos fuera de sus monasterios, puesto que una religiosa debía emitir no solo votos solemnes sino, fundamentalmente, vivir dentro de un convento de clausura, es decir, apartada del mundo secular.

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

Sin embargo, el camino hacia el reconocimiento y la aprobación de otras formas de vida consagrada no se encuentra cerrado, situación específicamente prevista por el canon 605 del CIC,[29] aunque debemos aclarar que este permiso solo puede otorgarlo la Sede Apostólica, por conllevar tal declaración un pronunciamiento de tipo magisterial.[30]

---

institutos religiosos que lo conservan y que obligan a la renuncia radical, obligatoria o voluntaria de los propios bienes antes de la profesión perpetua, mediante actos jurídicos que deben ser civilmente válidos; a tal punto que el §5 del mencionado canon puntualiza, de manera tajante, que el religioso pierde la capacidad de obrar en materia patrimonial, es decir, pierde la capacidad de adquirir y poseer, con la consecuencia de que todo acto contrario al voto de pobreza es inválido para el derecho canónico (ver Di Mattia, Giusseppe, [comentario al c. 668], en Marzoa, A., Miras, J. y Rodríguez-Ocaña, R. [dirs.], *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico del Instituto Marín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra*, t. II-2, Pamplona, EUNSA, 3ª ed., p. 1696). De todos modos, debemos recordar que con la sanción del Código Civil y Comercial (en adelante, "CCCN"), la incapacidad que regulaba el art. 1160 del Código Civil (en adelante, "CCIV") ha sido derogada.

27. Se entiende por tales los votos solemnes.

28. La diferencia esencial con el voto solemne es que los actos efectuados en contradicción con las obligaciones impuestas por los votos simples acarrean su ilicitud mas no su nulidad, además de otras diferencias de contenido matrimonial y patrimonial (ver el c. 579 del CIC de 1917), puesto que tales religiosos no perdían su capacidad patrimonial.

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

30. Ghirlanda, con relación a las nuevas formas de vida consagrada, destaca que "en esta perspectiva pueden considerarse los movimientos eclesiales en donde se van abriendo nuevas formas de consagración a Dios en el servicio eclesial", entendiéndose como tales los que están conformados por "todas las categorías y órdenes de fieles (obispos, presbíteros, diáconos, seminaristas, laicos y laicas, casados, casadas, célibes, viudos o viudas, religiosos

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

Históricamente, se ha entendido a la Iglesia Católica como una sociedad perfecta[31] pero desigual, destacándose que está constituida de modo jerárquico, tomando como punto de partida dos clases de fieles, los clérigos y los laicos.[32] Son estos últimos quienes deben ser gobernados por los primeros, a quienes les corresponde la dirección de la Iglesia, entendiéndose a los religiosos o consagrados solo como una clase distinta que proviene de ambos grupos y cuyo objetivo es la práctica de los consejos evangélicos.[33] Sin embargo, esta no es la visión que se perfilaría a partir de los debates teológicos ocurridos durante el transcurso del Concilio Vaticano II[34] y que culminaría proyectando sus consecuencias en el CIC, en el CCEO[35] y en documentos pontificios posteriores, es decir, si la vida consagrada es un elemento esencial de la estructura constitucional de la Iglesia Católica o si, por el contrario, solo es un modo práctico de llevar a cabo su misión pero sin que sea un elemento constitutivo suyo.

Al comentar los cánones introductorios del CIC referidos a la vida consagrada,[36] Rincón Pérez resumió esta discusión con absoluta claridad:

> … existen al respecto dos posiciones doctrinales. W. Aymans […] propugnó la necesidad de distinguir entre estructuras constitucionales y estructuras de asociación, [reiterando] su convicción de que «constitucionalmente sólo tiene relevancia la distinción entre clérigos

---

o religiosas, personas consagradas en el movimiento en la forma contemplativa, apostólica o secular, etc.) para vivir en la Iglesia un elemento o aspecto particular de su misterio como la unidad, la comunión, la caridad, el anuncio del evangelio, la vida evangélica, las obras de misericordia, etc.)" (Ghirlanda, Gianfranco, ob. cit. [cfr. nota 14], pp. 211 y 288].

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

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

33. Frugoni Rey, Guillermo F., "Condición de religioso, órdenes y congregaciones. Admisión, capacidad jurídica y modo de actuación", en AA. VV., *La doctrina católica en el desenvolvimiento constitucional argentino. 2as Jornadas Nacionales de Profesionales de A. C. Rosario 1957*, Buenos Aires, APAC, 1957, pp. 236 y 237.

34. La constitución apostólica "*Lumen Gentium*" (fruto del Concilio Vaticano II) en su §44 *in fine*, refiriéndose en particular a los religiosos, señala: "Por consiguiente, un estado está en la profesión de los consejos evangélicos, aunque no pertenezca a la estructura jerárquica de la Iglesia, pertenece sin embargo de manera indiscutible a su vida y su santidad" (AA.VV., *Concilio Vaticano II. Comentarios sobre la constitución de la Iglesia*, Madrid, BAC, Madrid, 1986, p. 77).

35. Cfr. nota 3.

36. CIC, cáns. 573-606.

> y laicos». Frente a esta postura científica –y refiriéndose sólo a canonistas– E. Corecco ha sostenido reiteradamente que el Código ha acentuado el carácter constitucional del que él llama el estado de los consejos evangélicos […] equiparándolo institucionalmente por otro, al estado laical y clerical… [37]

Por su parte, el magisterio pontificio a partir de la exhortación apostólica [38] *Vita Consecrata* [39] (1996), del papa Juan Pablo II, ha coincidido con la visión de Corecco, [40] que señala que la vida religiosa es un elemento constitutivo esencial de la Iglesia y, por eso, uno de los tres pilares básicos sobre los que se asienta su estructura fundamental. [41] Tal consideración ha sido recientemente reafirmada por el documento pontificio aprobado por el papa Francisco referido a la cuestión bajo análisis. [42]

Por tal motivo, debemos concluir que la vida religiosa y, por ende, las instituciones en las cuales se lleva a cabo este modo de vida pertenecen a la estructura constitucional de la Iglesia Católica, puesto que, como señalara Juan Pablo II, una Iglesia conformada

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

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

39. Juan Pablo II (papa), [exhortación apostólica post sinodal "*Vita consecrata*" al episcopado y al clero, a las órdenes y congregaciones religiosas y las sociedades de vida apostólica y a todos los institutos seculares sobre la vida consagrada y su misión en la Iglesia y en el mundo {Roma, 25/3/1996}].

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

41. La exhortación apostólica "*Vita consecrata*" (ob. cit. [cfr. nota 39]) señala en su §29: "La reflexión teológica sobre la naturaleza de la vida consagrada ha profundizado en estos años en las nuevas perspectivas surgidas de la doctrina del Concilio Vaticano II. A su luz se ha tomado conciencia de que la profesión de los consejos evangélicos **pertenece indiscutiblemente a la vida y a la santidad de la Iglesia**. Esto significa que la vida consagrada, presente desde el comienzo, no podrá faltar nunca a la Iglesia como uno de sus elementos irrenunciables y característicos, como expresión de su misma naturaleza. Esto resulta evidente ya que la profesión de los consejos evangélicos está íntimamente relacionada con el misterio de Cristo, teniendo el cometido de hacer de algún modo presente la forma de vida que Él eligió, señalándola como valor absoluto y escatológico. Jesús mismo, llamando a algunas personas a dejarlo todo para seguirlo, inauguró este género de vida que, bajo la acción del Espíritu, se ha desarrollado progresivamente a lo largo de los siglos en las diversas formas de la vida consagrada. **El concepto de una Iglesia formada únicamente por ministros sagrados y laicos no corresponde, por tanto, a las intenciones de su divino Fundador tal y como resulta de los Evangelios y de los demás escritos neotestamentarios**" (el resaltado es nuestro).

42. "la libertad carismática y la catolicidad de la vida consagrada se expresen también en el contexto de la Iglesia Particular. Esta no correspondería plenamente a lo que Jesús deseó para su iglesia, si no tuviese a la vida consagrada, que forma parte de **su estructura esencial así como el laicado y el ministerio ordenado**. Por tal motivo, y a la luz del Concilio Vaticano II, hablamos hoy de coesencialidad de los dones jerárquicos y de los dones carismáticos ("*Lumen Gentium*", §4 [cfr. nota 34]), que fluyen del único Espíritu de dios y alimentan la vida de la Iglesia y su acción misionera" (ver Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica, ob. cit. [cfr. nota 4-b], p. 54 [el resaltado es nuestro]; el documento cita a Francisco [papa], [discurso a los participantes del Congreso Internacional para los Vicarios Episcopales y los Delegados para la Vida Consagrada {Roma, 2018}].

únicamente por clérigos y laicos, que deje de lado de dicha estructura constitucional a los consagrados que profesan los consejos evangélicos en una forma de vida consagrada aprobada por la Iglesia, "no corresponde, por tanto, a las intenciones de su divino fundador".[43]

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

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

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

Las formas que actualmente admite el derecho canónico son comunitarias e individuales. Las individuales están conformadas por los ermitaños o anacoretas[44] y las vírgenes consagradas,[45] es decir, varones y mujeres que se consagran a Dios a tenor de las normas de la Iglesia pero de manera personal y no mediante formas asociativas. Por el contrario, las formas comunitarias suponen únicamente la existencia de personas jurídicas.

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

2.4.1. Institutos religiosos

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

De la definición que da el CIC surge que la publicidad de los votos diferencia a los institutos religiosos de las SVA, otra forma de vida consagrada asociativa en que sus

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

44. De acuerdo con lo que dispone el c. 603 CIC, la Iglesia reconoce la vida eremítica o anacorética como aquella en la cual los fieles, con un apartamiento más estricto del mundo, el silencio de la soledad, la oración asidua y la penitencia, dedican su vida a la alabanza de Dios y a la salvación del mundo. Un ermitaño es reconocido por el derecho como entregado a Dios dentro de la vida consagrada si profesa públicamente los tres consejos evangélicos mediante voto u otro vínculo sacro, en manos del obispo diocesano, y sigue su forma propia de vida bajo su vigilancia.

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

miembros, en principio, no emiten votos públicos. Y el hecho de que sus integrantes deban vivir separados del mundo, como testimonio público de su consagración, es el elemento que los distingue de los institutos seculares, cuyos miembros viven insertos en la sociedad secular.

Los institutos religiosos, antes de la reforma producida por el CIC en el año 1983, se clasificaban en órdenes y congregaciones, según emitieran votos solemnes o simples. La propia disciplina del CIC de 1917 giraba en torno de esta distinción.[46] Hoy en día, los diversos tipos de institutos religiosos ya no se distinguen por el tipo de voto que emiten sino por el tipo de vida que llevan: algunos son de vida exclusivamente contemplativa,[47] otros son de vida contemplativa[48] y los demás tienen actividad apostólica.[49] En todos ellos, sean masculinos o femeninos, para la legislación universal de la Iglesia se es miembro por haber efectuado la profesión religiosa mediante voto público.[50]

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

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

Finalmente, el CIC ya no menciona a las órdenes, congregaciones o religiones (como se designaban antaño) porque esas antiguas designaciones no traen aparejadas distinciones

46. Como ya explicamos, "los actos contrarios a un voto simple eran ilícitos, mientras que los actos contrarios a un voto solemne eran inválidos; el voto simple constituía un impedimento impediente para el matrimonio y no conllevaba la pérdida de la capacidad patrimonial, en tanto que el voto solemne constituía un impedimento dirimente para el matrimonio y sí implicaba que el religioso no pudiera poseer bienes" (Mage, Diego M., "El derecho canónico, una alternativa de solución para la incapacidad del artículo 1160 del Código Civil", en AA. VV., J*ornadas Anuales. La Plata 28, 29 y 30 de octubre de 2009*, Buenos Aires, Sociedad Argentina de Derecho Canónico, 2010, p. 124).

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

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

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

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

51. Aldonondo, Isabel, "La enajenación de bienes de institutos de vida consagrada (a propósito de una sentencia del Tribunal Supremo de 27-11-99)", en *Revista Española de Derecho Canónico*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, v. 56, Nº 146, 1999, pp. 177-202.

de naturaleza jurídica. Sin perjuicio de esto, por razones de índole histórica permite que las mismas puedan conservar estas denominaciones.

2.4.2. Institutos seculares

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

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

2.4.3. Sociedades de vida apostólica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4.4.1. Institutos de Derecho Pontificio

Reciben esta denominación cuando han sido erigidos o aprobados como tales por decreto formal de la Santa Sede, de quien dependen y a quien están sujetos de modo exclusivo e inmediato en lo que se refiere a su régimen interno y disciplina, lo cual excluye toda injerencia –en este ámbito– de los obispos diocesanos, quienes únicamente pueden intervenir a tenor del derecho.[56] En estos institutos, la Santa Sede ejerce su potestad a través de los diversos *dicasterios*,[57] en especial la Congregación para los IVC y SVA. Pero esta competencia es solo a los efectos del régimen interno y la disciplina. Sin perjuicio de ello, por ser entes públicos que están radicados y desarrollan sus actividades en una determinada diócesis o iglesia particular, están también sometidos a la autoridad de los obispos, conforme a las específicas prescripciones del derecho.

2.4.4.2. Institutos de derecho diocesano

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

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

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

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

esta atribución no puede menoscabar la potestad interna de los respectivos superiores de los institutos.

2.4.4.3. Monasterios *sui iuris*

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

3. La vida consagrada en el derecho argentino

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

3.1.1. Desde la conquista hasta la Revolución de Mayo

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

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

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

La gestación del patronato indiano no fue inmediata. De las primigenias bulas de Alejandro VI, mediante las cuales se efectuaron las primeras concesiones a los Reyes Católicos,[61] llegamos a la de Julio II denominada *Universalis Ecclesiae*, por la cual el pontífice reconoció sin rodeos que los monarcas españoles tenían efectivamente el derecho exclusivo de solicitar a la Sede Romana la confirmación de las erecciones que hicieran de iglesias mayores y menores, junto con el derecho ya concedido de presentar a los arzobispos y obispos que nombraren a fin de que el papa les confiriera la institución canónica, en tanto que para los beneficios menores bastaría la presentación de los monarcas a los obispos diocesanos respectivos, sin necesidad de recurrir a la Santa Sede. Asimismo, para que no quedara la más mínima duda sobre la extensión del real patronato indiano, el papa Julio II dispuso que ninguna iglesia metropolitana, catedral, colegial, abacial, parroquial, votiva, monasterio, convento, hospital, hospicio ni otro lugar pío o religioso de la clase o gradación que fuere podía ser erigida, instituida, fundada, dotada o siquiera construida sin el permiso del monarca.[62] Además, el papa Julio II nombró a los reyes españoles "legados" de la Santa Sede y "vicarios apostólicos", situación que implicó la concesión a la corona española de potestades para ejercer un poder que excluía a cualquier otro representante pontificio.[63]

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

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

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

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

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

65. "en cuanto a las iglesias de los monasterios y conventos, se mandó que antes de edificarse ninguna de ellas, se pidiera licencia 'como se ha acostumbrado, dice una ley, a nuestro Consejo de Indias, con el parecer y licencia del

en el hecho de que el clero regular,[66] a diferencia del clero secular, contaba con "mayores aptitudes para convivir con los indios y conllevar con ellos una existencia miserable y llena de peligros. Pertenecían a las órdenes de Santo Domingo, San Francisco, San Agustín y San Ignacio de Loyola".[67]

3.1.2. Luego de la Revolución de Mayo

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

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

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

---

prelado diocesano, conforme al concilio de Trento y del virrey, audiencias o gobernadores, e información de que concurren tan urgente necesidad y justas causas que verosímilmente puedan mover a nuestro ánimo y quedar informados para lo que fuéramos servidos de proveer" (ídem, pp. 97-98). "varias fueron las razones que determinaron este monopolio de las órdenes religiosas en la evangelización de América, argumentado legalmente por la bulas papales mencionadas, las cuales son fruto en algunos casos de las condiciones mismas del descubrimiento del Nuevo Continente. Así, tras el fracaso de la experiencia caribeña, que supuso la desestructuración de la sociedad indígena y el progresivo exterminio de la población autóctona, la incorporación en 1521 de las posesiones del imperio azteca a los dominios hispanos, con su riqueza, extensión territorial y amplio abanico cultural, puso en marcha el proceso de conversión y evangelización de las distintas comunidades que formaron el Virreinato de la Nueva España. México se convierte entonces en un gran banco de pruebas donde se prioriza la labor evangélica, en oposición a la política de los gobernantes hispanos caribeños que apenas se preocuparon por construir iglesias, encargándose de ella las órdenes religiosas que predican con vigor el retorno a la pobreza y basan sus reglas en la vida comunitaria, la oración y la predicación. Entre esas órdenes monásticas destacaron las «mendicantes», llamadas así porque fueron fundadas al margen de los beneficios eclesiásticos, sustentándose gracias a las limosnas voluntarias de sus fieles y benefactores" (Espinosa Spínola, G., "Las órdenes religiosas en la evangelización del Nuevo Mundo", en AA. VV., *España medieval y el legado de occidente*, México, SEACEX-CONACULTA, 2005, pp. 249-257, ver online en http://www.ugr.es/~histarte/investigacion/grupo/proyecto/TEXTO/gloria1.pdf [última consulta: 5/11/2018]).

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

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

68. Ídem, p. 127.

69. Ídem, p. 132.

Luego de la anarquía del año 20, algunas incluso intentaron retomar directamente y sin intermediación del Estado, las relaciones con la Sede Apostólica, situación que provocó la reacción del gobernador de la provincia de Buenos Aires, don Martín Rodríguez, a instancias de su ministro Bernardino Rivadavia, quien resolvió que la comunicación con el papa solo podía ser considerada como un hecho oficial y cierto cuando se entablaran relaciones diplomáticas entre el Estado argentino y la Santa Sede, a través del respectivo concordato: "no existiendo nada de esto, las órdenes religiosas no podían recurrir por ante el papa".[70] La reforma de Rivadavia también se hizo sentir en la organización interna de los conventos, en la potestad de sus superiores y fundamentalmente en lo atinente a los bienes eclesiásticos, que debían ser administrados conforme a la reglamentación que dictara el gobierno.

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

3.2.1. El tratamiento de la cuestión en la Constitución Nacional

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

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

70. Ídem, p.156.

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

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

73. Constitución Nacional, art. 108.

74. Constitución Nacional, art. 14.

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

76. Frugoni Rey trae a colación los argumentos del convencional Zapata al momento de discutirse el inc. 20 del art. 67 de la Constitución Nacional, y expresa que para este legislador constituyente se debía "vincular dicha

3.2.2. El Código Civil

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

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

---

atribución con el patronato por la dependencia de las órdenes a sus superiores generales residentes por lo común en Roma y dependientes a su vez del Santo Padre, soberano de un Estado" (Frugoni Rey, Guillermo, ob. cit. [cfr. nota 33], p. 242).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

doctrina, relaciones sociales de cuya conveniencia la ley de Estado puede solo decidir, y no el simple individuo que acaso no mire en tales instituciones sino el medio de satisfacer deseos o inclinaciones particulares" (Vélez Sarsfield, Dalmacio, *Derecho público eclesiástico. Relaciones del Estado con la Iglesia en la Antigua América Española*, Buenos Aires, Centro Jurídico y de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1889, p. 215).

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

85. Ver CSJN, 26/2/1932, "Ponce de León, Isidora" (*Fallos*, t. 163, p. 367), sentencia que reconoció el carácter de orden preconstitucional al Convento de las Carmelitas Descalzas o Monjas Teresas, en la cual además se resolvió que tal reconocimiento alcanzaba a la "orden" como institución de derecho canónico y no solo a la casa religiosa en cuestión.

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

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

88. En el ámbito de la Capital Federal, quedaron sometidas al control de la Inspección General de Justicia, que, mediante su Resolución General 6/1980, estableció en art. 109: "Órdenes religiosas. Existencia preconstitucional. Obligaciones. Libros. Las órdenes religiosas de existencia preconstitucional, que han sido reconocidas en el carácter de personas jurídicas por expresa autorización estatal, están obligadas a cumplir, en lo pertinente, con las disposiciones legales y/o reglamentarias que rigen en el caso de las demás entidades civiles y, por ende, con las disposiciones pertinentes sobre tenencia y rúbrica de libros".

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

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

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

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

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

> La Santa Sede reafirmando los principios del Concilio Ecuménico Vaticano II y el Estado Argentino inspirado en el principio de la libertad reiteradamente consagrado por la Constitución Nacional y a fin de actualizar la situación jurídica de la Iglesia Católica Apostólica Romana, que el Gobierno Federal sostiene, convienen en celebrar un Acuerdo.[93]

89. Ver Vélez Sarsfield, Dalmacio, ob. cit. (cfr. nota 80).

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

91. Ver Raffo Benegas, Patricio y otros, [comentario al art. 33], en Llambías, J. J. (dir.), *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, pp. 76-77; Lavalle Cobo, Jorge E., [comentario al art. 33], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 152; Aráuz Castex, Manuel, *Derecho civil. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, p. 454; Lloveras de Resk, María E., [comentario al art. 33], en Bueres, A. J. (dir.), y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 313. Sobre el particular, llama la atención que los comentarios más actuales del art. 33 seguían citando, respecto de las instituciones bajo análisis, a las antiguas órdenes y congregaciones a tenor del CIC de 1917, **cuando a partir de 1983** ya teníamos un nuevo CIC, con una nomenclatura y una legislación nuevas.

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

93. Ibídem.

En el artículo V de este tratado internacional,[94] se previó el caso de las órdenes y congregaciones religiosas[95] y se puso fin a las restricciones que establecía el inciso 20 del artículo 67 de la Constitución Nacional.

3.2.4. La Ley 24483 y su normativa reglamentaria

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

También debemos destacar que tal inscripción no resulta obligatoria, sino que es voluntaria. Cualquier IVC o SVA que hubiera funcionado con el ropaje jurídico que le dieran las figuras asociativas del derecho civil podría seguir funcionando de esta manera, es decir, sin inscribirse en la Secretaría de Culto. Incluso, aun habiéndose inscripto como IVC o SVA, podría mantener su patrimonio a nombre de estas asociaciones sin transferir su titularidad a su nombre.[96]

Es cierto que la Ley 24483 no definió el tema de si los IVC y SVA son personas jurídicas públicas o privadas y, cuando expresa que gozan de personalidad jurídica "pública", lo hace a tenor de la norma canónica.[97] Pero, teniendo en consideración lo que ya

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

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

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

97. CIC, c. 116.

expresáramos en cuanto a que estos institutos "son" parte de la estructura constitucional de la Iglesia, debemos reconocerle la misma condición de personas jurídicas públicas, similares a otras que históricamente han sido consideradas como tales, por pertenecer a su estructura jerárquica.

3.2.5. El Código Civil y Comercial de la Nación

El CCCN continuó con la tradición de considerar a la Iglesia Católica como a una persona jurídica de carácter público en virtud de lo dispuesto por el artículo 2º de la Constitución Nacional y de los vínculo s históricos e institucionales que el Estado argentino ha mantenido con aquella. En sus artículos 146 c) y 147, dispone que la Iglesia como persona jurídica pública se rige, en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución. Por ello, es que se ha sostenido que su organización surge del derecho canónico, en tanto que las relaciones que mantiene con el Estado se rigen por el concordato celebrado en el año 1966. Asimismo, nos parece importante recordar el inciso e) del artículo 148 que enuncia a las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas como ejemplos de personas jurídicas privadas, pero entendiéndoselas como credos distintos del culto católico apostólico romano.[98]

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

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

Antes de comenzar el análisis de esta cuestión, nos parece oportuno advertir que, a pesar de la influencia que la Iglesia Católica ha tenido en la historia de nuestro país, el cual tiene una profunda impronta religiosa, al punto tal de ser la cuna de uno de los líderes más importantes del mundo como lo es el papa Francisco, las obras sobre derecho eclesiástico no abundan, específicamente las que tengan como objeto de estudio las relación entre el ordenamiento estatal y la legislación canónica. A excepción de Boggiano[99] y Barra,[100] son escasísimos los trabajos que hayan analizado el llamamiento que la legislación argentina hace del derecho canónico y las consecuencias que de este se derivan.[101]

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

99. Ver Boggiano, Antonio: a) "Presentación al derecho internacional a.D. 2000 en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2000-B, p. 1078, cita online AR/DOC/13023/2001; y b) "La Corte Suprema y el derecho de los tratados internacionales", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 31/3/2015, t. 2015-B, p. 815, cita online AR/DOC/947/2015.

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

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

Por tal motivo y como preliminar, nos parece imprescindible explicar de qué manera se conectan el derecho estatal y el ordenamiento canónico, cuestión que por su dificultad y complejidad no puede ser reducida a una breve síntesis.[102] Para esto, hemos seguido diversos trabajos de derecho eclesiástico español,[103] puesto que, a pesar de las deficiencias del ordenamiento jurídico argentino en la materia –en nuestro caso, carecemos de un tratado específico como el que celebraran la Santa Sede y España sobre asuntos jurídicos–, la tradición legal entre Estado e Iglesia es similar: existe una historia de varios siglos en común que, como ya viéramos, impactó en la Constitución Nacional de 1853-60 y en la primitiva codificación civil y comercial. Asimismo, razones históricas, sociológicas y jurídicas provocaron que en ambos países se reconociera un status jurídico especial a la Iglesia Católica, sin que esto signifique menoscabo alguno a la libertad de cultos consagrada por sus respectivos textos constitucionales.

Siguiendo a los prestigiosos tratadistas españoles Lombardía, Ferrer Ortiz, De Fuenmayor y Champín, Larna Bedarrain, Fernández Arruty, García Hervas, Aldanondo Salaverría, González del Valle, Zalvidea, Beneyeto Berenguer, Ruano Espina, Rodríguez Blanco, entre otros;[104] y a Boggiano, Barra y Casiello,[105] al hacer referencia a "ordenamientos jurídicos", estamos aludiendo a ordenamientos jurídicos primarios u originarios, es decir, a cuerpos normativos que encuentran su fuerza y vigor en sí mismos, sin depender del reconocimiento de otro.

En el caso particular y como señala Barra, en el supuesto del ordenamiento eclesiástico y su relación con el ordenamiento estatal, la situación es de especial singularidad dado que, por un lado, el primero se encuentra frente al segundo en la misma condición de soberanía e independencia pero, a diferencia de lo que sucede con los demás ordenamientos estatales, el eclesiástico es a la vez un ordenamiento "que actúa en el interior del comunitario sin sometimiento al ordenamiento general", es decir, sin el mismo tipo de sometimiento al que se encuentran obligados los ordenamientos secundarios o intracomunitarios.[106]

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

— *Tratados internacionales o concordatos*. La Iglesia Católica y el Estado se relacionan a través de acuerdos internacionales y plasman cláusulas normativas, que cons-

102. Ver De Fuenmayor y Champin, Amadeo, *Derecho eclesiástico del Estado español*, Granada, Comares (colección "Religión, derecho y sociedad"), 2007, p. 64.

103. Ver: Beneyeto Berenguer, Remigio, ob. cit. (cfr. nota 5); De Fuenmayor y Champin, Amadeo, ob. cit. (cfr. nota 102); Fernández Arruty, José Á. y Larna Beldarrain, Javier (dirs.), *Derecho eclesiástico*, Madrid, Dykinson, 2004; Ferrer Ortiz, Javier (coord.), *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, EUNSA, 2007 (6ª ed. renovada, a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta); García Hervas, D. (coord.), *Manual de derecho eclesiástico del Estado*, Madrid, Colex, 1997; González del Valle, Juan M., *Derecho eclesiástico español*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1997; Rodríguez Blanco, Miguel, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000; Ruano Espina, Lourdes, *Régimen jurídico registral de los bienes de las confesiones religiosas y su tratamiento jurisprudencial*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005; Zalbidea, Diego, *El control de las enajenaciones de bienes eclesiásticos. El patrimonio estable*, Pamplona, EUNSA, 2008.

104. Cfr. nota 103.

105. Ver Boggiano, Antonio, ob. cit. (cfr. nota 99 a-b); Barra, Rodolfo C., ob. cit. (cfr. nota 100); y Casiello, Juan, ob. cit. (cfr. nota 31).

106. Barra, Rodolfo C., ob. cit. (cfr. nota 100), p. 364.

tituyen una fuente bilateral de las futuras relaciones jurídicas entre ambas potestades, sobre temas de mutuo interés.

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

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

> … sobre todo para no tener que promulgar una nueva ley cuando el otro ordenamiento cambie la suya… […] como suele llamarse una "norma en blanco" para que se llene de contenido de esa norma extraña a la que se refiere, bien sea la actual o futura… [107]

En síntesis, la remisión material es la conversión de normas confesionales en normas estatales, sin que ello implique reconocer la competencia del derecho confesional para regular esta materia. [108]

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

— *Presupuesto*. El Estado no recibe la regulación canónica sino que, simplemente, parte de ella para regular, mediante sus propias normas, una relación jurídica determinada, es decir, sanciona sus propias leyes a partir de las definiciones y clasificaciones que efectúa la ley canónica. [109]

— *Reenvío*. En derecho internacional privado, el reenvío es un mecanismo de solución a los conflictos negativos de jurisdicción, esto es, aquellos que acaecen cuando con ocasión de una relación de derecho privado con elementos extranjeros relevantes surgen dos o más legislaciones de distintos ordenamientos jurídicos nacionales y ninguna de ellas se atribuye competencia a sí misma para resolver el asunto, sino que cada una de

107. De Fuenmayor y Champin, Amadeo, ob. cit. (cfr. nota 103), p. 65.

108. Rodríguez Blanco, Miguel, ob. cit. (cfr. nota 103), p. 31.

109. A modo de ejemplo, pensemos en el art. 2011 inc. 6 CCIV, que prohibía a los que tuvieran órdenes sagradas ser fiadores salvo por sus iglesias, por otros clérigos o por personas desvalidas. En este caso, vemos cómo el legislador partió del concepto de clérigo (categoría regulada por el derecho canónico) para establecer una prohibición puramente por parte del derecho civil.

ellas (las legislaciones) da competencia a una legislación extranjera. El reenvío se produce cuando la norma de conflicto del foro (país en el que se juzga el asunto) se remite a un derecho extranjero (de otro país) y la norma de conflicto de ese país, a su vez, se remite a otro ("reenvía"). Sin embargo, para que surja el reenvío se precisa que inicialmente haya un conflicto negativo, es decir, que las reglas de conflicto de dos o más Estados consideren aplicable una norma jurídica distinta a la de ellos.[110]

En virtud de los conceptos que anteceden, la remisión material se diferencia de la formal porque la primera lleva consigo que las normas incorporadas se interpreten conforme a los principios del ordenamiento receptor, es decir el estatal; en cambio la remisión formal implica que la interpretación se efectúe de acuerdo con los principios del ordenamiento incorporado con el límite del orden público.[111] En este segundo supuesto, la interpretación de las normas se hace de conformidad con los principios propios del ordenamiento confesional, supuesto que podría conllevar, en algunos casos, entrar en colisión con la laicidad propia del ordenamiento estatal; por eso el límite del orden público.[112]

Por su parte, la remisión se diferencia del presupuesto en que, en este segundo supuesto, el Estado se encuentra ante institutos jurídicos confesionales que no puede reglar porque carece de competencia para ello. En consecuencia, en el momento que pretende conferirles un concreto status normativo en el ámbito civil, toma a la norma confesional como supuesto de hecho de la legislación estatal.[113]

Por último, también nos permitimos diferenciar la remisión del reenvío. Entendemos al reenvío como el género que engloba a todos los supuestos donde resulta aplicable derecho extranjero, incluyendo a los supuestos de primero, segundo o ulterior grado.[114] En el caso de la remisión, estamos ante un supuesto de reenvío de primer grado, donde las normas de derecho internacional privado (el art. 147 CCCN, las disposiciones de la Ley 24483 y las normas reglamentarias) directamente remiten a todo el ordenamiento jurídico canónico (CIC, CCEO, leyes particulares y derecho propio de IVC y SVA). Por su parte, entendemos que existe reenvío de segundo grado en el caso del canon 1290 CIC

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

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

112. Villar Pérez, Andrés, "Naturaleza de la licencia canónica de enajenación y su eficacia civil", en *Revista Española de Derecho Canónico*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, v. 53, Nº 141, 1996, pp. 515-551.

113. Rodríguez Blanco, Miguel, ob. cit. (cfr. nota 103), p. 32.

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

cuando la norma canónica remite a la legislación particular de cada país en lo relativo a las disposiciones locales que regulan los contratos.

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

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

Boggiano [115] parte del contexto especial en el que se encuentra la Iglesia Católica al ser objeto de especial reconocimiento en el texto constitucional [116] y por el hecho de ser la Santa Sede un sujeto de derecho internacional público, con potestad para dictar normas regulatorias de las personas sujetas a ellas (legislación canónica, sentencias que dicta la Rota Romana y potestad de ejecutar penas en las cuestiones en las que ejerce su jurisdicción). Este autor entiende que las citadas facultades resultan reconocidas en el artículo I del Acuerdo de 1966, que, como tratado, posee un rango superior a la ley. [117] Esta situación implica una relación de referencia o remisión al derecho canónico y el reconocimiento de la actividad jurisdiccional o legisferante de la Iglesia en los ámbitos de su competencia, que el Estado argentino debe reconocer. Asimismo, aclara que este reconocimiento no significa que todas las normas del derecho canónico, como derecho referido, tengan jerarquía superior a las leyes argentinas puesto que, a su juicio, la norma de referencia contiene una reserva de orden público que puede funcionar contra ciertas normas del derecho canónico [118] y entiende que el "reconocimiento de facultades en materias reservadas al derecho canónico no son materias no justiciables". [119] Por último, con fundamento en la sentencia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación oportunamente hiciera en autos "Lastra, Juan" (1991), [120] Boggiano sostiene la tesis que el reconocimiento del libre y pleno ejercicio de la jurisdicción de la Iglesia, en el ámbito de su competencia, conlleva la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico y califica a la situación que se plantea entre los ordenamientos estatal y canónico, surgida a tenor de lo establecido en el artículo I del Acuerdo de 1966, como un supuesto de reenvío. [121] Desde nuestro punto de vista, si pretendemos hallar la solución en el Acuerdo de 1966, nos encontramos con un texto que no da una expresa solución al tema, sino que la misma resulta, fundamentalmente, de la interpretación que de él ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la citada sentencia. [122]

115. Ver Boggiano, Antonio, obs. cits. (cfr. nota 99 a-b), entre otras.

116. Constitución Nacional, art. 2.

117. Constitución Nacional, art. 75 inc. 22.

118. En el caso particular, Boggiano menciona el art. 230 del Código Velezano, que niega la indisolubilidad del matrimonio canónico (ver Boggiano, Antonio, ob. cit. [cfr. nota 99-a]).

119. Como pauta interpretativa advierte "si, por ejemplo, una sanción canónica se aplicara sin respeto por los derechos fundamentales de defensa y arbitrariamente, tal sanción sería judicialmente revisable ante los jueces estatales, pues no hay en el estado argentino espacios liberados de no derecho" (cf. artículo citado en nota 99-a).

120. CSJN, 22/10/1991, "Lastra, Juan c/ Obispado de Venado Tuerto" (*Fallos*, t. 314, p. 1324; *El Derecho*, t. 145, p. 493; *Doctrina Judicial*, 1992-1, p. 162; Jurisprudencia Argentina, t. 1991-IV, p. 340, cita online AR/JUR/829/1991.

121. Boggiano, Antonio, ob. cit. (cfr. nota 99-a).

122. Ibídem.

También podemos citar debates doctrinarios originados con relación a esta causa. Pero no mucho más.

Por su parte, el CCCN, en sus artículos 146 y 147, solo dispone que la Iglesia Católica, por ser una persona jurídica de carácter público, se rige en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución. Y por último, la Ley 24483, aunque anterior al Código específicamente aplicable a la materia, establece que los IVC y SVA inscriptos en el registro que dispone el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto tendrán la más completa autonomía en cuanto al gobierno interno, de conforme con las normas del derecho canónico, a las que se reconoce validez en la esfera civil, de acuerdo a lo que establece, entre sus fundamentos, el Decreto Reglamentario 491/1995.[123]

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

4.2.1. Un primer nivel, en el cual, siguiendo la tradición de los artículos 33 y 2345 del CCIV así como la nota del artículo 41, encontramos a la Iglesia Universal, la Santa Sede, la Conferencia Episcopal Argentina,[124] las iglesias particulares,[125] las parroquias y todas las demás circunscripciones territoriales o personales que forman parte de la estructura organizativa o jerárquica de la Iglesia.[126] Estas gozan de personalidad jurídica en tanto la tienen canónicamente y es notificada por la autoridad eclesiástica a la autoridad civil.[127] La personalidad jurídica de estas entidades depende de la configuración jurídica que tengan en el ordenamiento canónico, por lo que se deduce que la extensión de la capacidad civil que se les atribuya en la realización de actos y negocios jurídicos, así como su capacidad para transmitir los bienes de su propiedad y realizar los negocios jurídicos necesarios, se encuentra subordinada a la normativa canónica sobre organización, competencia y capacidad jurídica de tales entidades. En definitiva, estamos ante un supuesto de entidades cuya regulación proviene del derecho canónico, orden normativo reconocido por un acuerdo internacional que a su vez proyecta sus consecuencias en el derecho interno del Estado argentino. A esto podemos sumar la expresa remisión formal efectuada por la legislación argentina a la legislación canónica, conforme el significado que anteriormente diéramos del instituto de la remisión.

4.2.2. Más complejo resulta el segundo supuesto, según el cual los IVC y SVA, si bien adquieren personalidad jurídica en el seno de la Iglesia, para recibir el reconocimiento como personas jurídicas en el ámbito civil, y el respeto de su naturaleza jurídica ecle-

123. Ver fundamentos del Decreto.

124. Decretos 230/1973 y 1475/1988.

125. Diócesis y equiparadas a tenor del c. 368 CIC.

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

127. A modo de ejemplo, podemos citar el art. II del Acuerdo de 1966: "La Santa Sede podrá erigir nuevas circunscripciones eclesiásticas, así como los límites de las existentes o suprimirlas, si lo considerare necesario o útil para la asistencia de los fieles y el desarrollo de su organización. Antes de proceder a la erección de una Diócesis o de una Prelatura o de otros cambios de circunscripciones diocesanas, la Santa Sede comunicará confidencialmente al Gobierno sus intenciones y proyectos a fin de conocer si éste tiene observaciones legítimas, exceptuando el caso de mínimas rectificaciones territoriales requeridas por el bien de las almas. **La Santa Sede hará conocer oficialmente en su oportunidad al Gobierno las nuevas erecciones, modificaciones o supresiones efectuadas, a fin de que éste proceda a su reconocimiento por lo que se refiere a los actos administrativos.** Serán también notificados al Gobierno las modificaciones de los límites de las Diócesis existentes" (el resaltado es nuestro).

sial, requerían un acto del legislador a tenor de la Constitución Nacional de 1853. Esta situación fue solucionada por la Ley 24483. Pero si bien la norma hace referencia a la personalidad jurídica "pública" de estas entidades, no resuelve si las considera incluidas en la estructura constitucional de la Iglesia, tema que sí ha sido objeto de recientes pronunciamientos pontificios, contemporáneos o posteriores a la sanción de esta ley y que, a nuestro juicio, proyecta consecuencias jurídicas en el análisis de la cuestión.[128]

La Ley 24483 estipula que la inscripción de tales entes en el registro dependiente de la Secretaría de Culto de la Nación es al solo efecto del "reconocimiento",[129] es decir, que el Estado no realiza un acto de carácter constitutivo de la personalidad civil sino que solo se limita a registrar la existencia de una persona jurídica que ha nacido en el ámbito eclesial, situación análoga a lo que acontece con la erección de las diócesis, parroquias, seminarios, etc.

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

> … un estatuto personal autónomo de dichas entidades que solamente tendría como límite el orden público y el fraude a la ley a tenor del […] Código Civil y su colocación jerárquica sería el puesto inmediatamente inferior a los Acuerdos de la Santa Sede…[130]

Es decir, en tanto no se lesione el orden público o haya fraude a la ley, la norma civil deberá adaptarse a las disposiciones de las normas canónicas.[131]

Por ello, debemos concluir que a tenor de las reglas que rigen el derecho internacional privado, la capacidad en general de los IVC y SVA y la específicamente necesaria para disponer de sus bienes, así como las normas que regulan la legitimación de sus representantes legales, están sujetas a la normativa canónica. En primer lugar porque, como ya dijéramos, existe un concordato que reconoce la potestad de jurisdicción de la Iglesia en el ámbito de su competencia. En segundo lugar, porque el CCCN y la Ley 24483 remiten expresamente a la legislación canónica. De este modo, será esta última la que determine

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

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

130. López Alarcón, Mariano, "Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de las entidades eclesiásticas católicas", AA.VV, *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1983, p. 384.

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

los requisitos de capacidad y legitimación para que un IVC o SVA pueda enajenar válidamente un bien inmueble de su propiedad. Asimismo, la norma canónica será la encargada de determinar qué bienes deben recibir el tratamiento de "eclesiásticos", los rasgos peculiares que pueden presentar,[132] así como los requisitos para que tal enajenación sea factible. Al Estado, por su parte, solo le corresponderá regular la forma de celebración del contrato, la determinación de qué constituye un inmueble como cosa objeto del contrato, tanto en su aspecto catastral como registral, el régimen de los derechos reales regulatorio de tales transferencias, y los requisitos tipificantes del contrato mediante el cual se lleven a cabo tales transmisiones.

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

5.1. Normativa canónica aplicable

5.1.1. Conceptos introductorios

Los bienes temporales de los IVC y SVA, aunque son bienes eclesiásticos y se adquieren para los fines que específicamente tienen en la Iglesia, por pertenecer a personas jurídicas públicas con una particular identidad dentro de ella, deben administrarse conforme a esa identidad y al derecho propio.[133] Por esto, antes de analizar el régimen que específicamente prevé el CIC para las enajenaciones de bienes por parte de IVC o SVA, resulta necesario efectuar algunas precisiones terminológicas de acuerdo con la normativa canónica.

En primer lugar, debemos recordar que la Iglesia, sin perjuicio de sus manifestaciones magisteriales,[134] reitera que por derecho nativo e independiente de toda potestad civil puede adquirir, retener, administrar y enajenar bienes temporales para alcanzar sus propios fines,[135] puesto que tales bienes le permiten cumplir su misión y sus fines de sostener el culto divino, sustentar honestamente al clero y demás ministros y hacer las obras de apostolado sagrado y de caridad.[136] Este derecho lo tiene independientemente de que la autoridad civil lo reconozca o lo deniegue aunque debemos admitir que, en este segundo caso, le será muy difícil su ejercicio.[137]

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

133. Garceranth Ramos concluye, respecto de los bienes de los institutos religiosos, que "aunque a esta clase de bienes se aplica la normativa general establecida en el Libro V del CIC 83, *De los Bienes Temporales de la Iglesia*, también se les aplican, de manera específica, los cánones del CIC 83, Libro II: *Pueblo de Dios*, Parte III: *De los Institutos de Vida Consagrada y de las Sociedades de Vida Apostólica*, Sección I, *De los Institutos de Vida consagrada*, Título II: *De los Institutos Religiosos*, Capítulo II: *Del gobierno de los institutos*, Art. 3: De los bienes temporales y de su administración" (Garceranth Ramos, Ismael A., "Los actos de administración ordinaria y extraordinaria de los bienes temporales de institutos religiosos. Del CIC17 al CIC83" [online], en *Revista Universitas Canónica*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, vol. 33, Nº 49, 2016, https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnicanonica/article/view/18977 [última consulta: 7/11/2018]).

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

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

136. CIC, c. 1254, §2.

137. Pérez de Heredia y Valle, I., *Libro V del CIC. Bienes temporales de la Iglesia*, Valencia, Instituto Diocesano de Estudios Canónicos, 2002, p. 46.

En segundo lugar, solo son bienes "eclesiásticos" aquellos que pertenecen a personas jurídicas "públicas" que actúan como tales por expresa disposición de la Iglesia.[138] Respecto de tales bienes, existe una situación compleja: su dominio corresponde a la persona jurídica que los ha adquirido legítimamente, pero bajo la autoridad suprema del Romano Pontífice. Así, el dominio que detenta su legítimo titular no es total ni absoluto sino que está limitado por el cumplimiento de los fines anteriormente señalados y, por su sometimiento, al control de la autoridad suprema de la Iglesia.[139]

En tercer lugar, dado que hemos circunscripto el objeto de nuestra investigación a los requisitos que deben cumplirse para que los IVC y SVA enajenen válidamente bienes de su propiedad, debemos puntualizar a qué nos referimos cuando hablamos de "enajenación". En el derecho canónico, la enajenación tiene un sentido más amplio que en el derecho civil, entendiéndose por tal no solo al acto por el cual se transfiere la propiedad de un bien a un tercero sino que comprende todos aquellos negocios jurídicos u operaciones de los que pueda resultar perjudicada la situación patrimonial de la persona jurídica.[140]

5.1.2. Normas provenientes del CIC

Como ya señaláramos, las órdenes y congregaciones religiosas tuvieron desde antiguo una vida relativamente autónoma cristalizada en un derecho, propio que les permitió preservar esa identidad. Así, el canon 586 CIC, siguiendo esta tradición, les ha reconocido

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

139. CIC, c. 1273: "En virtud de su primado de régimen, el Romano Pontífice es el administrador y distribuidor supremo de todos los bienes eclesiásticos". Esto significa que su potestad no es dominical, como si el Pontífice fuera el dueño de los bienes eclesiásticos; es una manifestación de su potestad de régimen: por un lado, no anula la propiedad privada eclesiástica; por el otro, actúa para que los bienes cumplan con el fin sobrenatural que es propio de la Iglesia, vigilando, interviniendo y supliendo la actuación de sus propietarios, dado que dicho dominio no es del todo independiente en su administración de la potestad pontificia (ver Aznar Gil, Federico, *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Salamanca, BAC, 1984, pp. 68-70).

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

la potestad de disponer de su propia disciplina dentro de la Iglesia, también en materia de bienes temporales. Sin embargo, el ordenamiento canónico prevé ciertas medidas de control para garantizar que los IVC y SVA no sobrepasen la esfera de autonomía que les ha sido asignada. Por ello, sus constituciones o estatutos deben ser previamente aprobados por la autoridad competente de la Iglesia (Santa Sede u Obispo diocesano, según se trate de un Instituto de Derecho pontificio o de Derecho diocesano) y otros actos que se produzcan luego de su aprobación estarán sometidos al control de la autoridad eclesiástica a tenor del derecho.

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

— Canon 638. §1. Dentro de los límites del derecho universal corresponde al derecho propio determinar cuáles son los actos que sobrepasan la finalidad y el modo de la administración ordinaria, así como también establecer los requisitos necesarios para realizar válidamente un acto de administración extraordinaria. §2. Además de los superiores, los encargados para esta función por el derecho propio realizan válidamente gastos y actos jurídicos de administración ordinaria, dentro de los límites de su cargo. §3. Para la validez de una enajenación o de cualquier operación en la cual pueda sufrir perjuicio la condición patrimonial de una persona jurídica, se requiere la licencia del superior competente dada por escrito, con el consentimiento de su consejo. Pero si se trata de una operación en la que se supere la suma determinada por la Santa Sede para cada región, o de bienes donados a la Iglesia, a causa de un voto, o de objetos de gran precio por su valor artístico o histórico, se requiere además la licencia de la misma Santa Sede. §4. Los monasterios autónomos, de los que trata el c. 615, y los institutos de derecho diocesano necesitan además obtener el consentimiento del ordinario del lugar, otorgado por escrito.

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

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

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

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

— Canon 1292. §1. Quedando a salvo lo prescrito en el c. 638 §3, cuando el valor de los bienes cuya enajenación se propone, se halla dentro de los límites mínimo y máximo que fije cada Conferencia Episcopal para su respectiva región, la autoridad competente se determina por los propios estatutos, si se trata de personas jurídicas no sujetas al obispo diocesano; pero, si le están sometidas, es competente el obispo diocesano, con el consentimiento del Consejo de Asuntos Económicos y del Colegio de Consultores así como el de los interesados. El obispo diocesano necesita, también, el consentimiento de los mismos para enajenar bienes de la diócesis. §2. Si se trata, en cambio, de bienes cuyo valor es superior a la cantidad máxima, o de exvotos donados a la Iglesia, o de bienes preciosos por razones artísticas o históricas, se requiere para la validez de la enajenación también la licencia de la Santa Sede. §3. Si la cosa que se va a enajenar es divisible, al pedir la licencia para la enajenación deben especificarse las partes anteriormente enajenadas; de lo contrario, es inválida la licencia. §4. Quienes deben intervenir en la enajenación de bienes con su consejo o su consentimiento no han de darlos si antes no se les informó exactamente, tanto de la situación económica de la persona jurídica cuyos bienes se desea enajenar como de las enajenaciones realizadas con anterioridad.

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

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

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

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

Lo que primero debemos observar es que, a diferencia de lo dispuesto por el canon 1277,[141] y en consonancia con lo dispuesto por el canon 1281 §2[142], el §1 del canon 638 preceptúa que es el propio derecho de cada instituto el que debe determinar, dentro de lo que dispone el derecho universal, cuáles son los actos que sobrepasan la finalidad y el modo de administración "ordinaria" y, en consecuencia, cuáles son los actos que comportan una administración "extraordinaria" y los requisitos necesarios para realizarlos válidamente. El código sólo establece en el §2 del canon 638, como actos de administración ordinaria, los gastos y actos jurídicos propios de dicho tipo de administración, dentro de los límites señalados por el propio derecho. Pero reiteramos, la determinación de los actos que exceden la administración ordinaria, así como de los requisitos para su validez, no surgirá de una norma de la Conferencia Episcopal dictada a tenor del canon 1277[143] sino de las propias constituciones o estatutos.

Al comentarse este canon, se ha señalado que suelen ser calificados como de administración extraordinaria los siguientes actos:[144]

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

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

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

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

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

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

a) *Requisitos para la licitud*:

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

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

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

Aun a costa de parecer reiterativos, nos parece importante subrayar que estos requisitos se exigen tanto para las enajenaciones cuyo valor es superior al límite mínimo señalado por el canon 638 como para aquellas cuyo valor se encuentra por debajo de la cantidad máxima.

b) *Requisitos para la validez*:

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

La primera aclaración que queremos efectuar es la siguiente: como la legislación canónica reconoce un amplio margen de operatividad al derecho propio, por imperio de esta normativa particular y a tenor del canon 638 §1, además de los requisitos necesarios para realizar válidamente un acto de administración extraordinaria y de lo dispuesto por las normas generales, cada instituto puede establecer otras cantidades mínimas y medias, señalando la necesidad de cumplimentar estos u otros requisitos adicionales. Estas cantidades no tienen por qué coincidir con lo dispuesto por la Conferencia Episcopal

para la región. Asimismo, regirá como límite el importe señalado por la Santa Sede a través de la Congregación para los IVC y SVA, cuya praxis habitual es hacerlo coincidir con el de la Conferencia Episcopal de la región. En nuestro país, tal monto es de dólares estadounidenses trescientos mil (U$S 300.000).[145]

La segunda tiene que ver con el superior competente que debe de intervenir de acuerdo con el derecho propio. De conformidad con el canon 620 y siguientes,[146] son superiores mayores las siguientes personas: a) el supremo moderador general de un Instituto; b) los que son designados superiores provinciales; c) los superiores locales de una casa *sui iuris*, incluidas las abadesas y superioras de monasterios de monjas; d) sus superiores vicarios; e) y los abades primados y superiores de una congregación monástica, aunque el ámbito de su potestad resulte más limitada que la que establece el derecho universal. En lo atinente a los consejos que prestan su consentimiento al superior, serán los que determinen las propias constituciones (cánones 627 y 638 §1). Si el que actúa es el superior general, se deduce que solicitará la opinión del consejo o capítulo general, mientras que si lo hace el superior provincial o el local, requerirá el parecer del respectivo órgano provincial o local.[147] Por ejemplo, si un IVC o SVA necesita enajenar un inmueble, lo primero que el notario debe analizar son los estatutos o constituciones, porque allí constatará cuál es el representante legal que está facultado para actuar como órgano de la institución y suscribir la escritura de venta, quién es el Superior competente para otorgar la licencia para la enajenación y qué consejo debe darle su consentimiento al superior para poder conceder dicha licencia, que establecerá cómo ha de actuar.

Como señala Andrés,[148] la licencia del superior competente es un permiso que debe reunir tres requisitos para la validez del acto de enajenación: a) sin esa licencia el acto es inválido, b) la licencia debe darse por escrito, c) el superior que la concede debe tener competencia para el otorgamiento de esa licencia. También es requisito de validez el consentimiento del Consejo, puesto que ayuda al superior desempeñando las mismas funciones que le vendrían asignadas al consejo de asuntos económicos exigidos para toda persona jurídica pública, a tenor del canon 1280. En relación con estos consejos, para

145. El reciente documento pontificio de la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica ya citado así lo dispone al señalar que el dicasterio competente parar entender en las autorizaciones que ha de otorgar la Santa Sede tiene como praxis habitual adecuarse para cada región a la cantidad máxima fijada por las Conferencias Episcopales (ver Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica, ob. cit. [cfr. nota 4-b]). En nuestro país, la suma que originariamente servía de límite era la de U$S 200.000, que contiene la *suma pecuniae per tabellam diversarum regionum ordinata, ultra quam requiritur beneplacitum apostolicum ad bona ecclesiastica religiosa alienda, aliosque contractus onerosos extraordinariae administrationis pergendos* (ver Ochoa, X., *Leges Ecclesiae post Codicem Iuris Canonici Editae*, t. 6 ["Leges Annis 1979-1985"], Roma, Edurcla, 1987, p. 9045). Tal suma también es reseñada por Aznar Gil, F., ob.cit. (cfr. nota 139), p. 352; aunque por el importe de U$S 300.000. En reciente consulta efectuada por quienes suscriben a la Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica, con la colaboración de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Argentina, hemos podido confirmar que la suma de U$S 300.000 se mantiene como importe señalado por la Santa Sede para nuestro país.

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

147. Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica, ob. cit. (cfr. nota 4-b), pp. 92-94.

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

que su actuación no resulte inválida y proyecte sus consecuencias sobre la licencia que debía darse a tenor de su actuación, resulta imperioso recordar los requisitos de quórum y mayorías establecidos en el derecho propio del IVC o SVA y en el canon 127.[149]

Con respecto a los bienes divisibles, como podría acontecer con un predio que fuera objeto de subdivisión parcelaria o que fuera subdividido de manera horizontal, resulta aplicable el §3 del canon 1292, es decir que, si todavía no se ha hecho ninguna subdivisión, se deberá pedir la licencia por el valor total del inmueble, aun cuando la subdivisión provoque un aumento del mismo. Tal solución se deduce, *a contrario sensu*, del propio texto del canon, puesto que si la enajenación se hubiera efectuado sobre alguna de las partes que hubieran resultado de la división y no se hubiera hecho constar esta obrepción o subrepción de información, la licencia resultaría inválida. De esta manera, la norma busca evitar que un bien de valor elevado pueda ser enajenado por partes para eludir los controles establecidos.[150] A su vez, cuando el §4 menciona que se necesita el consentimiento escrito del Ordinario de lugar, no solo está haciendo referencia a los obispos diocesanos o sus equiparados (prelado territorial, abad territorial, prefecto apostólico, vicario apostólico) sino, también, a sus vicarios generales y episcopales.[151]

Por último, no queremos culminar este punto sin hacer al menos una mención al canon 1269. Esta norma dispone que "Las cosas sagradas […] si pertenecen, en cambio, a una persona jurídica eclesiástica pública, sólo puede adquirirlas otra persona jurídica eclesiástica pública".[152] Dicha norma debe ser interpretada a tenor del texto oficial de promulgación del CIC, que es el latín, puesto que contiene la palabra "si". De acuerdo con lo establecido por el canon 39, "*condiciones in actu administrativo tunc tantum ad validitatem censentur adiectae cum per partículas **si, nisi, dum modo exprimuntur***"; es decir que, de la redacción del canon, por tener este vocablo, se deduce que la enajenación hecha en contradicción a sus disposiciones es inválida.[153]

149. El c. 127 es de importancia capital en cuestiones donde deben intervenir órganos colegiados. Su texto dispone: "§1. Cuando el derecho establece que, para realizar ciertos actos, el Superior necesita el consentimiento o consejo de algún colegio o grupo de personas, el colegio o grupo debe convocarse a tenor del c. 166, a no ser que, tratándose tan sólo de pedir el consejo, dispongan otra cosa el derecho particular o propio; **para la validez de los actos, se requiere obtener el consentimiento de la mayoría absoluta de los presentes, o bien pedir el consejo de todos**. §2. Cuando el derecho establece que, para realizar ciertos actos, el Superior necesita el consentimiento o consejo de algunas personas individuales: 1) si se exige el consentimiento, **es inválido** el acto del Superior en caso de que no pida el consentimiento de esas personas, o actúe contra el parecer de las mismas o de alguna de ellas; 2) si se exige el consejo, **es inválido** el acto del Superior en caso de que no escuche a esas personas: el Superior, aunque no tenga ninguna obligación de seguir ese parecer, aun unánime, no debe sin embargo apartarse del dictamen, sobre todo si es concorde, sin una razón que, a su juicio, sea más poderosa. §3. Todos aquellos cuyo consentimiento o consejo se requiere están obligados a manifestar sinceramente su opinión, y también, si lo pide la gravedad de la materia, a guardar cuidadosamente secreto, obligación que el Superior puede urgir" (el resaltado es nuestro).

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

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

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

153. Rodríguez Blanco advierte que "para el derecho canónico, tanto bajo la vigencia del Código anterior como en el régimen actual, las cosas sagradas son susceptibles de negocios jurídicos, siempre que se cumplan determinadas

Debemos recordar que, en general, los antiguos edificios de propiedad de IVC o SVA tienen dentro un espacio destinado a la oración o a la celebración del culto divino.[154]. Sin perjuicio de ello y teniendo en consideración que el carácter sagrado de un lugar debe ser objeto de un estudio más pormenorizado,[155] por las consecuencias jurídicas que acarrea esta condición,[156] recomendamos que la cuestión sea analizada tomando en consideración no solo los cánones 1269 y 39 sino también la Parte III del Libro IV del CIC, que regula los lugares y tiempos sagrados, específicamente el Título I, destinado a codificar el régimen de los lugares sagrados, que solo pierden tal carácter en caso de destrucción o de reducción al uso profano por decisión de la autoridad eclesiástica o de hecho.[157]

5.2. Normativa estatal aplicable

5.2.1. La Ley 24483

Como ya hemos visto, la sola inscripción de los IVC y SVA en el Registro de Institutos de Vida Consagrada, dependiente de la Secretaría de Culto del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto,[158] trae aparejado el reconocimiento de su personalidad jurídica en el ámbito civil,[159] así como su carácter de entidades de bien público. De esta manera, con

---

formalidades, destinadas, principalmente, a garantizar el destino cultural […]. Centrándonos en el aspecto que aquí interesa resaltar, debe decirse en caso de ausencia de la preceptiva licencia canónica, el acto jurídico enajenatorio será radicalmente nulo. Ineficacia del negocio jurídico que se traslada al plano civil o estatal, al regirse los entes eclesiásticos por sus propias normas en orden a su capacidad de obrar" (Rodríguez Blanco, Miguel, ob. cit. [cfr. nota 103], pp. 231 y ss.).

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

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

156. Rodríguez Blanco señala que "el destino cultual de un bien […] condiciona las facultades del propietario, que si bien puede enajenar el inmueble, quizá no pueda sustraerlo a su utilización religiosa; limitación que se puede extender, en su caso, al adquirente. El propietario ocupa aquí una posición parecida a la del titular de un bien gravado con una hipoteca o sobre la que un tercero tiene derecho de usufructo. No se cuestiona la titularidad ni la comercialidad del bien, pero éste se encuentra sujeto a determinadas obligaciones" (Rodríguez Blanco, Miguel, ob. cit. [cfr. nota 103], pp. 232-233).

157. CIC, c. 1212.

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

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

la inscripción, estas entidades no solo quedan equiparadas a las órdenes preconstitucionales, sino que aquellas que hubieran funcionado bajo otras formas jurídicas conservan todas las exenciones y beneficios de que gozaban con anterioridad.[160]

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

Por último, la ley también ha previsto la posibilidad de que las entidades que hubieran funcionado bajo otra estructura jurídica diversa a la de los IVC y SVA, puedan transmitir los bienes a nombre del ente registrado bajo esta modalidad jurídico-canónica.[161]

5.2.2. El Decreto Reglamentario 491/1995

Este decreto, además de establecer cuál ha de ser la autoridad de aplicación competente para el registro de los IVC y SVA, también efectuó aclaraciones terminológicas extraídas de la legislación canónica.[162] De su texto, podemos extraer los requisitos para que el Registro pueda proceder a la inscripción de tales instituciones.[163]

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

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

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

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

163. Decreto 491/1995, art. 6: "Son requisitos para la inscripción en el Registro De Institutos De Vida Consagrada: a) Presentar copia del Decreto de erección dado por autoridad eclesiástica competente, de sus constituciones vigentes, y del acto de aprobación de ellas otorgado por la autoridad eclesiástica competente. b) Acreditar el consentimiento de la autoridad eclesiástica competente conforme al art. V del acuerdo aprobado por la Ley Nº 17.032, para establecerse en la República Argentina. c) Presentar una memoria donde se detalle la estructura del instituto, su forma de gobierno, autoridad suprema y autoridades locales y competencia de cada una de ellas, procedimientos para la modificación de sus constituciones, fecha de instalación en el país, principales actividades que desarrolla, y casas o fundaciones actuales. d) Acreditar la elección o designación del superior mayor con sede en la REPUBLICA ARGENTINA, y el plazo de su mandato. e) Establecer una sede legal (domicilio) en el país, y constituir domicilio especial para notificaciones en el ámbito de la Capital Federal. f) Si hasta la fecha de presentación hubiese actuado bajo la forma de asociación civil u otra semejante, acompañar copia de los estatutos civiles y del acto de reconocimiento civil de esa persona; y del acto por el que hubiera sido reconocida como entidad de bien público en su caso, así como de toda otra inscripción vigente ante los poderes públicos".

(http://www.infoleg.gob.ar), en la sección correspondiente a resoluciones dictadas por la Secretaría de Culto de la Nación.[164]

Cada vez que se solicite la inscripción de un IVC o SVA ante el Registro competente, se labrará un expediente administrativo en el cual no solo quedará copia de toda la documentación presentada sino también el registro de la firma de quien desempeña el oficio de representante legal,[165] situación que permitirá comprobar la identidad del firmante y cotejar "a priori" la similitud gráfica de la signatura.

5.2.3. Resolución 448/1996 de la Secretaría de Culto

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

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

Si bien el artículo 3º de la Resolución 488/1996 es claro en cuanto a que la presentación de la "síntesis" de las constituciones no es obligatoria sino facultativa para los IVC y SVA, debemos advertir que en el tráfico moderno, donde tales entidades deben efectuar gestiones y trámites diversos ante organismos administrativos y fiscales, nacionales o locales[166], entidades bancarias, etc., cumplir con este recaudo facilita su funcionamiento en el ámbito civil.

También nos parece importante hacer referencia a la dificultad que puede plantear la obligación de exhibir los libros originales en los cuales se haya instrumentado la autorización al representante legal para que otorgue un acto jurídico, a tenor de lo dispuesto por el artículo 307 del CCCN.[167] Tales libros muchas veces pueden ser antiguos o de

164. A modo de ejemplo, citamos la Resolución SC 317/2017 (11/12/2017, BO 29/12/2017), mediante la cual la Secretaría de Culto reconoció como persona jurídica al Instituto Hijas del Santísimo e Inmaculado Corazón de María o Filiación Cordimariana, con sede legal en la calle Tucumán Nº 2207 de la ciudad y provincia de Córdoba, el que quedó inscripto bajo el 219/1 del Registro.

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

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

167. CCCN, art. 307: "Documentos habilitantes. Si el otorgante de la escritura es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo,

gran valor histórico, y a la vez contienen información sensible respecto de las vicisitudes internas acaecidas en el interior de estos institutos. Existe un temor fundado de pérdida o extravío de dicha documentación, o que trasciendan hechos delicados en ellos registrados. Por ello, si bien debemos remarcar la disposición expresa del CCCN, coincidimos con Acquarone en cuanto a que

> … ante la imposibilidad de exhibir el documento original que acredite la representación se pueda suplir la exigencia de la exhibición de los mismos por la documentación certificada o constatada por otro notario que dé fe pública de haber visto el original… [168]

6. Conclusión

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

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

La legislación canónica universal resulta de fácil acceso, conforme a las indicaciones que diéramos al inicio de este trabajo. En cuanto al ordenamiento canónico propio de estos institutos, se encuentra a disposición de los operadores jurídicos en el registro público estatal competente, que no solo acredita la existencia de los IVC y la identidad de sus representantes legales, sino que también guarda copia en sus respectivos archivos de las constituciones y estatutos que conforman este derecho propio.

Como señala Beneyto Berenguer, en palabras que hacemos propias "el problema quizá esté en un desconocimiento del derecho canónico y del derecho eclesiástico del

---

excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano. En caso de que los documentos habilitantes ya estén protocolizados en el registro del escribano interviniente, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año".

168. Acquarone, aunque circunscribiendo su presentación al ámbito de las sociedades extranjeras, expresa: "Creemos que hay situaciones en la representación orgánica en las que la documentación original no se puede presentar. Es el caso de las sociedades extranjeras que son representadas por su representante orgánico designado en actas de libros que se encuentran en otro país. Puede haber otras situaciones ya sea de distancia o por encontrarse en depósito forzoso en una jurisdicción distinta al que se hace la escritura donde debe acreditarse, en las que no se puede acompañar la documentación original" (Acquarone, María T., "Legitimación de los representantes. Documentación habilitante art. 307 Código Civil y Comercial", Buenos Aires, [s.e.], 2017 [ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil {La Plata, 2017}]; ver online en http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Acquarone-Maria-T.-LEGITIMACION-DE-LOS-REPRESENTANTES-Documentaci%C3%B3n-habilitante-art-307-C%C3%B3digo-Civil-y-ComercialComisi%C3%B3n-10.pdf [última consulta: 7/11/2018]).

Estado, en una ignorancia de estos registros y de la publicidad de los mismos",[169] pero, precisamente, el objetivo de este trabajo ha sido el de tratar de arrojar luz sobre esta cuestión.

7. Bibliografía

AA.VV., *Concilio Vaticano II. Comentarios sobre la constitución de la Iglesia*, Madrid, BAC, Madrid, 1986

Acquarone, María T., "Legitimación de los representantes. Documentación habilitante art. 307 Código Civil y Comercial", Buenos Aires, [s.e.], 2017 [ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil {La Plata, 2017}].

Aldonondo, Isabel, "La enajenación de bienes de institutos de vida consagrada (a propósito de una sentencia del Tribunal Supremo de 27-11-99)", en *Revista Española de Derecho Canónico*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, v. 56, Nº 146, 1999.

Andrés, D. J., *El derecho de los religiosos según el Código*, Madrid, 1985.

Aráuz Castex, Manuel, *Derecho civil. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974.

Aznar Gil, Federico, *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Salamanca, BAC, 1984.

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

Beneyeto Berenguer, Remigio, *Enajenación de los bienes eclesiásticos y su eficacia civil*, Valencia, EDICEP, 2006.

Boggiano, Antonio, "La Corte Suprema y el derecho de los tratados internacionales", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 31/3/2015, t. 2015-B.

— "Presentación al derecho internacional a.D. 2000 en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2000-B.

Busso, Ariel D., *La autoridad suprema de la Iglesia*, Buenos Aires, EDUCA, 1997.

Casiello, Juan, "La personalidad de la Iglesia; su capacidad jurídico-económica. Posición del Estado ante la misma", en AA. VV., *La doctrina católica en el desenvolvimiento constitucional argentino. 2as Jornadas Nacionales de Profesionales de A. C. Rosario 1957*, Buenos Aires, APAC, 1957.

Concilio Vaticano II, [constitución apostólica "*Lumen Gentium*"], Vaticano, 1964.

Congregación para los Institutos de Vida Consagrada y Sociedades de Vida Apostólica, *Economía al servicio del carisma y de la misión. Boni dispensatores multiformis gratiae Dei*, Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 2018.

— *Linee orientative per la gestione dei beni negli Instituti di vita consacrata e nelle Societá di vita apostolica. Lettera circolare*, Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 2014.

Corecco, E., "Aspetti della ricesione del Vaticano II nel Codice di Diritto Canonico", en Alberigo, G. y Jossua, J. P. (eds.), *Il Vaticano II e la Chiesaki*, Brescia, 1985.

Corral Salvador, Carlos (dir.), *Diccionario de derecho canónico*, Madrid, Tecnos, 1989.

Crovi, Daniel, [comentario a los arts. 146-148], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.

De Fuenmayor y Champin, Amadeo, *Derecho eclesiástico del Estado español* (colección "Religión, derecho y sociedad"), Granada, Comares, 2007.

De Paolis, Velasio, *Los bienes temporales de la Iglesia*, Madrid, BAC, 2012.

Di Mattia, Giusseppe, [comentario al c. 668], en Marzoa, A., Miras, J. y Rodríguez-Ocaña, R. [dirs.], *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico del Instituto Marín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra*, t. II-2, Pamplona, EUNSA, 3ª ed.

Ërdo, Peter, "Chiesa e beni temporali: Principi fondamentali del Magisterio del Concilio Vaticano II", en Velasio de Paolis [coord.], *I beni temporali della Chiesa*, Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 1999.

Espinosa Spínola, G., "Las órdenes religiosas en la evangelización del Nuevo Mundo", en AA. VV., *España medieval y el legado de occidente*, México, SEACEX-CONACULTA, 2005.

Esquivel, Héctor D., *Régimen eclesiástico argentino*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1928.

169. Cf. Beneyto Berenguer, Remigio, ob. cit. (cfr. nota 5), p. 177.

Fernández Arruty, José Á. y Larna Beldarrain, Javier (dirs.), *Derecho eclesiástico*, Madrid, Dykinson, 2004.

Ferrer Ortiz, Javier (coord.), *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, EUNSA, 2007 (6ª ed. renovada, a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta)

Francisco [papa], [discurso a los participantes del Congreso Internacional para los Vicarios Episcopales y los Delegados para la Vida Consagrada], Roma, 2018.

Frugoni Rey, Guillermo F., "Condición de religioso, órdenes y congregaciones. Admisión, capacidad jurídica y modo de actuación", en AA. VV., *La doctrina católica en el desenvolvimiento constitucional argentino. 2as Jornadas Nacionales de Profesionales de A. C. Rosario 1957*, Buenos Aires, APAC, 1957.

Garceranth Ramos, Ismael A., "Los actos de administración ordinaria y extraordinaria de los bienes temporales de institutos religiosos. Del CIC17 al CIC83" [online], en *Revista Universitas Canónica*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, v. 33, Nº 49, 2016.

García Hervas, D. (coord.), *Manual de derecho eclesiástico del Estado*, Madrid, Colex, 1997.

García y García, Antonio, *Historia del derecho canónico. El primer milenio*, Salamanca, Instituto de Historia de la Teología Española - Subsidia, 1967.

Ghirlanda, Gianfranco, *El derecho en la Iglesia. Misterio de comunión. Compendio de derecho eclesial*, Madrid, Ediciones Paulinas, 1992.

Giménez Fernández, M., *Instituciones jurídicas de la Iglesia Católica*, Madrid, Saeta, 1942.

González del Valle, Juan M., *Derecho eclesiástico español*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1997.

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

Iribarne, Ramón, *Personalidad jurídica de las comunidades religiosas*, Córdoba, 1958.

Juan Pablo II (papa), [exhortación apostólica post sinodal "*Vita consecrata*" al episcopado y al clero, a las órdenes y congregaciones religiosas y las sociedades de vida apostólica y a todos los institutos seculares sobre la vida consagrada y su misión en la Iglesia y en el mundo {Roma, 25/3/1996}].

— [constitución apostólica "*Pastor Bonus*" sobre la Curia Romana], en *Acta Apostolicae Sedis*, Vaticano, Nº 80, 1988.

Lavalle Cobo, Jorge E., [comentario al art. 33], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1978.

Levaggi, Abelardo, *Dalmacio Vélez Sársfield y el derecho eclesiástico*, Buenos Aires, Perrot, 1969.

Lloveras de Resk, María E., [comentario al art. 33], en Bueres, A. J. (dir.), y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 1995.

López Alarcón, Mariano, "Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de las entidades eclesiásticas católicas", AA.VV, *Estudios de derecho canónico y derecho eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1983.

Mage, Diego M., "El derecho canónico, una alternativa de solución para la incapacidad del artículo 1160 del Código Civil", en AA. VV., *Jornadas Anuales. La Plata 28, 29 y 30 de octubre de 2009*, Buenos Aires, Sociedad Argentina de Derecho Canónico, 2010.

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

Minguez Sanz, S. y Puente Prieto, J., "Consideraciones sobre el régimen jurídico-registral de las entidades religiosas", en AA. VV., *Ponencias y comunicaciones presentadas en el II Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. 2, Madrid, 1974.

Montilla Zavalía, Félix A., "La subjetividad de la Iglesia Católica en el derecho argentino conforme al Código Civil y Comercial. Breves consideraciones respecto de los arts. 146 y 148", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 259.

— "Conceptos sobre el derecho concordatario. Las relaciones convencionales internacionales entre la Iglesia Católica y las sociedades políticas", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2002-D.

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

Ochoa, X., *Leges Ecclesiae post Codicem Iuris Canonici Editae*, t. 6 ["Leges Annis 1979-1985"], Roma, Edurcla, 1987.

Paulo VI [papa], [carta apostólica "Ecclesiae Sanctae"], 1966.

Peña, David, *La materia religiosa en la política argentina*, Buenos Aires, Bases, 1960.

Pérez de Heredia y Valle, I., *Libro V del CIC. Bienes temporales de la Iglesia*, Valencia, Instituto Diocesano de Estudios Canónicos, 2002.

Raffo Benegas, Patricio y otros, [comentario al art. 33], en Llambías, J. J. (dir.), *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.

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

Rodríguez Blanco, Miguel, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000.

Ruano Espina, Lourdes, *Régimen jurídico registral de los bienes de las confesiones religiosas y su tratamiento jurisprudencial*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005.

Tirapu, Daniel, [comentario al c. 1269], en Marzoa, A., Miras, J. y Rodríguez-Ocaña, R. [dirs.], *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico del Instituto Marín de Azpilcueta de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra*, t. IV-1, Pamplona, EUNSA, 3ª ed.

Urbaneja, Aldo E., [comentario al art. 148], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea-Fen, 2015.

Vélez Sarsfield, Dalmacio, *Derecho público eclesiástico. Relaciones del Estado con la Iglesia en la Antigua América Española*, Buenos Aires, Centro Jurídico y de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1889.

Villar Pérez, Andrés, "Naturaleza de la licencia canónica de enajenación y su eficacia civil", en *Revista Española de Derecho Canónico*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, v. 53, Nº 141, 1996.

Zalbidea, Diego, *El control de las enajenaciones de bienes eclesiásticos. El patrimonio estable*, Pamplona, EUNSA, 2008.

Eficacia subsanatoria de la prescripción adquisitiva en los títulos inmobiliarios*

Néstor D. Lamber**

RdN 933

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación
10/9/2018 - 31/1/2019

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

* Ver online en http://bit.ly/RdN933-Prescripcion.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-LamberN.

1. Introducción

En la práctica inmobiliaria aparecen casos en que el titular de un derecho real tiene un título adquisitivo que no ha sido cuestionado –e incluso ha ejercido derechos valiéndose de él– pero, al momento de disponer y realizarse un estudio de título sobre matrices notariales o expedientes judiciales, es observado por vicios que no eran ostensibles en el testimonio de la escritura pública o resolución judicial debidamente inscriptos en el Registro de la Propiedad Inmueble; variadas circunstancias, tales como error en la transmisión de la manifestación de voluntad, destrucción total o parcial y/o pérdida de escrituras matrices y expedientes judiciales (sean cartulares, electrónicos[1] o digitales), defectos al enunciar la correlatividad de documentos, inexistencia de una firma, falta de autorización del notario, defectos en la cadena causal antecedentes, insuficiencia de facultades de representación no ostensibles del título que recibió en confianza de haberle sido entregado por un notario, secretario de juzgado o letrado que tramito el respectivo proceso judicial, entre otros casos. En ciertos casos, se puede obtener un acto subsanatario documentando la aclaración, rectificación o completando el vicio que no era ostensible a simple vista del instrumento portante del título causal, pero la observación sucede también en casos de larga data, superando holgadamente los veinte años de posesión para la prescripción adquisitiva.

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

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

La prescripción adquisitiva es el título por el cual se adquiere un derecho real principal por quien ejerce la relación de poder posesoria sobre la cosa, con la intención de ejercerla como su propietario, careciendo de título a ese derecho (aspecto positivo) ante la actitud pasiva de quien, pese a tener título a la cosa la ha abandona pero no de forma expresa. Este nuevo título del derecho real se adquiere por el solo transcurso del tiempo de posesión con ánimo de propietario del derecho que la funda, declarado en juicio contencioso, sin importar la causa de adquisición de la posesión, aun maliciosa o viciosa, es decir, con independencia de todo título al derecho real que legitime la relación de poder. En la situación en estudio, el poseedor tiene la convicción de tener un título al derecho, no hay conciencia de carecer del mismo ni tampoco cree haber mantenido el título el transmitente (legitimado pasivo).

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

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

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

3. Subsanación del título y convalidación del derecho real

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

El artículo 1905 CCCN exige que la sentencia de usucapión debe fijar la fecha en que se ha cumplido el plazo, momento de adquisición del derecho real.[3] Aclara en su segundo párrafo que esta, en los casos de la prescripción larga, no tiene efecto retroactivo al momento en que comienza la posesión. Toda persona que posea un derecho real ostentando la titularidad de un dominio con título insuficiente o careciendo de él

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

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

siempre será adquirente desde ese momento, y la resolución judicial no lo transmite o constituye sino que solo declara esta previa adquisición. *A contrario sensu*, si existe justo título, la sentencia tendrá efecto retroactivo a la fecha en que se otorgó el justo título, que quedará subsanado (convalidado) por la adquisición del derecho real, sin importar la prescripción o no de acciones que puedan llevar a declarar su nulidad o ineficacia o efectos reipersecutorios.

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

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

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

4. "La prescripción que determina el artículo, no es rigurosamente de adquirir: la cosa está ya adquirida con título y buena fe. La prescripción en tal caso no hace sino consolidar la adquisición hecha, poniendo al que la ha obtenido al abrigo de toda reivindicación".

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

tablecido como en los restantes. Se da un nuevo título que extingue todo otro anterior que contradiga al nuevo.

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

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

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

La subsistencia de la posesión sobre un inmueble fundada en título suficiente (p. ej., donación con la existencia de presuntos herederos legitimarios), insuficiente,

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

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

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

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

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

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

Este efecto es el fundamento del artículo 1050 CCCN, que expresamente establece: "cuando el derecho se sanea por el trascurso del plazo de la prescripción adquisitiva, se extingue la responsabilidad por evicción".[10] La norma guarda absoluta razonabilidad al extinguir la garantía de evicción frente a la situación jurídica del actual titular (aunque sea aparente), que siempre sustentará su derecho por la defensa de la usucapión por vía de excepción. En consecuencia, se torna abstracto reclamar la garantía de saneamiento, porque el adquirente vencerá todo reclamo o acción contra su derecho, y sostener su derecho por este otro instituto tendrá la extensión y plena disposición sin generar el supuesto propio de esta garantía. Aun cuando exista un título insuficiente, el transcurso del plazo de prescripción sanea el mismo, más allá del efecto propio de la prescripción adquisitiva de constituir un nuevo título en sí misma.[11]

Al tener el usucapiente ya un título del derecho real inmobiliario, incluso inscripto, no puede verse obligado a tener que prescribir contra sí mismo. Ello llevaría a la práctica de obtener una sentencia de nulidad del acto por él celebrado para luego impedir la restitución de la cosa por la acción de usucapión, demostrando una irrazonable petición de justicia para llegar al mismo lugar de salida. De allí el acierto de la norma del artículo 1050 CCCN al regular el efecto subsanatorio de la prescripción adquisitiva de los derechos reales.[12] Este concepto, si bien lo encontrábamos en la nota de Vélez Sarsfield

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

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

11. Ver Cerávolo, Ángel F., "La prescripción como figura jurídica con efectos subsanatorios de ineficacias escriturarias", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 24/12/2007 (t. 2008-A, p. 705; cita online AR/DOC/3934/2007): "La prescripción extraordinaria o larga: Importa una nueva fuente de adquisición; Superadora de todo tipo de ineficacia que involucre negocios que tuvieron por fin transmitir derechos reales".

12. Ver Highton, Elena I., *Dominio y usucapión* (colección "Derechos reales", v. 2), t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, §451, p. 138: "de no existir la prescripción el dueño debería producir su título, el título de su antecesor,

al artículo 3999 del Código Civil derogado (al tratar el efecto convalidatorio de la prescripción breve),[13] es reafirmado también por el actual ordenamiento Civil y Comercial en la telesis y literalidad del artículo 2119 CCCN en materia de derecho real superficie, en que, a reglón seguido de excluir la posibilidad de adquirirlo por usucapión, expresamente se admite la prescripción breve para el "saneamiento del justo título". En el derecho de superficie la posesión no permite por sí sola adquirir el derecho real, pero si existe justo título sumado al transcurso del tiempo le dará plenos efectos.[14]

Este efecto subsanatorio de la prescripción adquisitiva con relación a un bien singular se diferencia netamente de la prescripción de las acciones. Si bien el transcurso de la prescripción de la acción para declarar la invalidez o ineficacia del título conlleva la subsanación del mismo por ya no quedar sujeto a acción real que prive al titular del su derecho y deber de restituir la cosa, en la prescripción adquisitiva la nueva adquisición hace perder la incidencia de la acción ineficante, esté prescripta o sea imprescriptible –a instancia de parte o de oficio–, porque ella importa una nueva adquisición. La limitación a las acciones imprescriptibles ante la convalidación por la prescripción adquisitiva la encontramos en el artículo 2311 CCCN, que, luego de establecer la imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia, lo hace "sin perjuicio de la prescripción adquisitiva que puede operar con relación a las cosas singulares". Es decir que aun cuando el adquirente del heredero aparente sea de mala fe, podrá oponerle al preterido la prescripción adquisitiva larga, y, en consecuencia, se tendrá por subsanado su título al haber transcurrido el plazo de posesión de veinte años con la unión de ambas posesiones sucesivas: la del heredero aparente y su adquirente o subadquirente aún a título gratuito.

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

---

el del antecesor de su antecesor, y así sucesivamente hasta llegar a la primera enajenación a fin de demostrar su derecho; en razón de la usucapión, le será suficiente producir los títulos por el tiempo necesario para adquirir la propiedad por este modo, pues toda deficiencia o falta de dominio anterior queda saneada y no puede aparecer una reclamación más antigua".

13. Cfr. nota 4.

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

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

adquisitiva especial de diez años a los herederos legitimarios desde la posesión, provocando la convalidación del derecho y subsanación del título de donación transcurrido el plazo de prescripción adquisitiva breve, aun cuando se trate de un derecho condicional,[16] y, en consecuencia, extinguiendo toda garantía de evicción, aun en caso de transmisión onerosa del donatario, de conformidad con el citado artículo 1050 CCCN.

A los efectos de este análisis, es relevante la distinción hecha por el citado autor al considerarlo un caso especial de prescripción adquisitiva breve previsto por la ley, donde siendo la donación un contrato válido y tener esta especial consecuencia subsanatoria, frente al estudio de títulos que la revele no importa que el adquirente sea de mala fe, porque está dentro de las reglas generales del caso excepcional legislado. Diferencia el supuesto legal previsto de aquellos en que "si hubiera algún vicio o irregularidad en la cadena de transmisiones", y agrega: "si ella pudo ser advertida, habrá mala fe y […] no sería suficiente el plazo de 10 años".[17] Habiendo mala fe del poseedor o adquirente, se estará a la prescripción larga, y el título suficiente desde el que transcurra el plazo de veinte años provocará el saneamiento de todos sus antecedentes, incluso irregulares o con vicios ostensibles, lo cual ha dado el límite temporal para la consideración de los estudios de títulos y antecedentes en los dictámenes notariales. Doctrinarios del subsistema del derecho sucesorio ven la solución de la prescripción breve del artículo 2459 como injusta y critican que el heredero forzoso vea limitado su alcance a reclamar el excepcional efecto reipersecutorio. Pese a ello, Mazzinghi interpreta que los herederos legitimarios tendrán acción para reclamar el valor del crédito por la diferencia de la porción legítima afectada.[18] Desde la óptica del derecho del subsistema del derecho inmobiliario o derechos reales, como señalamos, el adquirente por posesión siempre adquiere desde su comienzo, sin ser un supuesto de suspensión del plazo que el titular de dominio tenga o no herederos legitimarios, y es una solución coherente con el límite de diez años a todo dominio revocable.[19]

Sin embargo, no es la intención de este trabajo ahondar en este debate sino tener en cuenta que el legislador, al redactar el texto del artículo 2459 CCCN, tuvo en mira este efecto de la prescripción adquisitiva, que subsana el título de dominio del actual propietario, en la búsqueda de convalidar o sanear los títulos de inmuebles y bienes registrables

16. Ver Kiper, Claudio M., "Naturaleza del plazo para sanear una donación" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 928, 2017, http://bit.ly/RDN928-donaciones: "se trata de un supuesto especial de prescripción de diez años […] el mismo artículo 1899 establece un caso especial donde bastan 10 años. No es el único caso […] esto es cuando se ha poseído una cosa mueble registrable, no hurtada ni perdida pero no se hizo la inscripción (requisito para que haya buena fe) y se recibió la cosa del titular registral o de su cesionario.- Esto significa que el legislador, si así lo pretende, puede fijar reglas generales para la prescripción largo o corta, y luego fijar excepciones a dichos principios). Esto es lo que sucede con la acción de reducción, y pues la posesión de 10 años la detiene sin necesidad de justo título. En verdad, aquí hay un título suficiente, que genera un derecho revocable, imperfecto. Esto a su vez armoniza con otra regla general del Código, que establece que el dominio revocable se consolida si transcurren 10 años sin haberse cumplido la condición resolutoria (ver art. 1965). También el artículo 1972 limita las cláusulas de inenajenabilidad al término de diez años".

17. Ibídem.

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

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

transcurridos diez años, y limitando esta nueva adquisición el plazo de prescripción o caducidad toda otra acción real. En este sentido, los autores del texto legal, en la elevación del Anteproyecto de CCCN al Poder Ejecutivo Nacional, expresaron: "se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve".

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

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

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

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

La buena fe en la adquisición legal se refiere al título en sí mismo, al derecho de su transmitente; en cambio, en la prescripción adquisitiva, a la creencia de la legitimidad a la relación de poder. Quien ha recibido por un título constituido por una escritura pública o un documento judicial, como los testimonios de una subasta pública o hijuela

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

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

La prescripción liberatoria importa la convalidación del acto jurídico causal y por reflejo del derecho real. En cambio, la prescripción adquisitiva permite la convalidación del derecho real en sí mismo por el nuevo título, con independencia del primer acto jurídico causal. El artículo 387 CCCN prevé que la nulidad absoluta puede declarase a instancia de parte o de oficio por el juez si el vicio es ostensible hasta el momento de dictar sentencia, con la consecuencia lógica en su última parte de que esta categoría de nulidad no se sanea ni por confirmación ni por la prescripción; mientras que el artículo 388 CCCN establece que la nulidad relativa solo puede declararse a instancia de parte en beneficio de quien se establece, y se sanea por la confirmación y la prescripción de la acción. La lectura integral de estos dos artículos nos demuestra que se refieren a la prescripción de la acción, de carácter liberatorio, y no a la adquisitiva. En la primera, solo se inhibe la posibilidad de ejercer el derecho por el acreedor o titular;[20] en la segunda, se trata de un instituto por el que se adquiere un derecho el derecho real nuevo, con carácter originario, y la consecuente legitimación para accionar con esta pretensión.

La prescripción liberatoria tiene como consecuencia que su inacción importa la confirmación tácita del acto viciado e impide su declaración de invalidez, del mismo modo que el artículo 397 CCCN impide alegar la inoponibilidad del acto si la otra parte opone la prescripción o caducidad del derecho en sí mismo. La prescripción liberatoria no importa la renuncia o abdicación del derecho, a punto tal que su invocación puede ser renunciada por el beneficiario (art. 2535 CCCN). Desde la óptica del estudio de título de inmuebles, la consecuencia de no haber ejercido la acción al momento de disposición del derecho, sin haber renuncia a la prescripción "ganada" por el titular del dominio cuyo título adolece de un vicio causal de nulidad relativa o inoponibilidad, importa su saneamiento, y así considerarlos al calificar la observabilidad o no del título al momento de su transmisión o constitución de derecho real desmembrado o de garantía. En cambio, el título de dominio por prescripción adquisitiva es una nueva causa adquisición, que, aun originaria, importa la convalidación del derecho real. En consecuencia, si no ha sustanciado y declarado la nulidad previamente a la conclusión del plazo de adquisición por usucapión, no será vencido por acción real y no debería ser observable en su contenido,

20. Indirectamente, el titular –posible demando– "adquiere" el derecho a no ser turbado, limitado o cuestionado su derecho.

dado que toda acción que pretenda la ineficacia del título insuficiente será repelida por la excepción de prescripción adquisitiva aprovechando el actual titular aparente la continuidad de la posesión de sus antecesores. La negación de la disponibilidad de derecho real en estas circunstancias importa un innecesario dispendio de justicia y economía procesal, donde se debe esperar que se promueva la nulidad para oponer la excepción. Deviene en una situación de excesiva rigurosidad, por lo cual debe considerarse saneado por esta causa.

La subsanación consecuente de la prescripción adquisitiva se funda en la nueva causa de adquisición, la irrazonabilidad de accionar contra sí mismo o la consecuente espera para plantear la excepción, y la doctrina del exceso de rigor formal, diferenciándose netamente de la confirmación expresa o tácita del acto que adolece de vicio de nulidad relativa o inoponibilidad por la prescripción de la acción en plazo de cinco años o los términos especiales de los artículos 456, 522, 2562 o 2563 CCCN.

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

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

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

La escritura pública del artículo 6, inciso e), de la Ley 24374 está exteriorizando, además, el reconocimiento de la situación de abandono de dominio tácito del titular registral –que si no es reclamado por otro poseedor volvería al dominio eminente del Estado– y le impone al titular abdicante tácito el deber legal de expresarse en sentido contrario a su extinción, y que, de no hacerlo en el término de diez años, se lo tendrá como expreso (art. 1907 CCCN), que también configura el aspecto pasivo de los procesos de usucapión. En consecuencia, esta escritura pública suscripta por la autoridad de aplicación –es decir, el Estado, único posible contradictor del beneficiario poseedor–, al

concurrir su voluntad junto al beneficiario, constituye un justo título, dado que lo otorga como transmitente quien carece actualmente de legitimación pero que lo tendrá una vez consolidado el abandono de dominio expreso por su deber legar de manifestarse. Esta escritura pública no es un título suficiente pero sí un justo título que, extinto el derecho de dominio originario, y al Estado haber dado su consentimiento para que el beneficiario adquiera el dominio al momento de la afectación al régimen excepcional, este derecho queda consolidado a favor del beneficiario.

Calegari de Grosso, al tratar la buena fe en la prescripción breve, explica que el vicio de forma en el título de adquisición hace suponer la mala fe del poseedor e improcedencia de la prescripción breve porque "«aquí –dice Lafaille–, se da por existente la mala fe, por tratarse de un defecto manifiesto, que no ha podido pasar inadvertido, ni caer dentro del error excusable»", y, refiriendo a la opinión de Segovia, que "«faltaría uno de los elementos del justo título»".[21] Asimismo, Calegari refiere al fallo de la Cámara en lo Civil de la Capital Federal del 4 de agosto de 1924 que resolvió que la presunción del artículo 4009 del Código Civil –derogado– solo debe aplicarse a lo que constituye propiamente el vicio de forma pero no debe ser extendida a los defectos intrínsecos del título, como ocurrió en el caso de enajenaciones derivadas de un título informativo de posesión.[22]

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

> … siempre teniendo como pauta que el derecho del prescribiente dependa o no de su antecesor […] En la prescripción larga (vicenal o extraordinaria) habrá que analizar si existe título, y de ser así sus caracteres. Es claramente originario cuando mediare desapoderamiento, ya que en estos casos no solo no existe título sino la intención del propietario no es transmitir su derecho, pues quien persigue la prescripción es un contradictor, pretendiendo que su posesión triunfe sobre la de aquel (conforme lo dispuesto por el art. 1913, Cód. Civ. y Com. no pueden concurrir sobre la misma cosa, dos posesiones iguales y de la misma naturaleza). La solución se complica en el supuesto en se haya firmado un boleto de compraventa. Si bien en principio, la intención es transmitir la cosa –y generalmente se transmite la posesión por ese medio–, dicho instrumento no es título suficiente, ni siquiera que pueda considerárselo justo título para transmitir, motivo por el cual solo podrá adquirirse la cosa por usucapión larga; por ende, al no transmitirse el dominio no puede hablarse de modo derivado de adquisición, aunque es dable aclarar que el paso del tiempo fijado para la usucapión larga servirá para consolidar la transmisión.[23]

La situación se complica aún más en el caso de falta de autorización por el notario de una escritura hace más de veinte años y cuyo testimonio fue suscripto por el notario que omitió su autorización en la matriz pero que sí firmó este instrumento público de traslado que se inscribió en el registro inmobiliario y el adquirente ha demostrado, ejercido y opuesto su derecho real a terceros sin cuestionamiento. El artículo 309 CCCN determina la nulidad de la escritura, pero el acto jurídico contenido fue suscripto por los otorgantes y esto han cumplido conductas posteriores consecuentes con ello. Cabe preguntarse si en

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

22. Ídem, p. 271 (las referencias bibliográficas del fallo citadas por la autora: *Gaceta del Foro*, 52-8, y *Jurisprudencia Argentina*, Nº 13750).

23. Kiper, Claudio M. y Otero, Mariano C., ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 12-13.

estas circunstancias de una omisión involuntaria el juez debe declarar la nulidad o debe integrar con los demás instrumentos públicos y conductas de las partes la convalidación del acto formal. Pero, aun declarada la nulidad de la escritura pública, las partes, por los indicados artículos 294 *in fine* y 1018 CCCN, podrían solicitar su escrituración ante el órgano judicial –con el inútil dispendio de justicia que venimos analizado–, por lo cual ante el trascurso del tiempo sin haber sido cuestionado el derecho tiene el alcance subsanatorio indirecto antes señalado.

Se presentan también situaciones dentro de los supuestos de las estrictas las nulidades del artículo 309 CCCN por falta de firma de uno de los intervinientes en el acto, donde el notario ha enunciado que estaban todos presentes e incluso, a veces, por ejemplo, no suscribe la primera escritura de reglamento de propiedad horizontal pero suscribe la escritura simultánea de venta o adjudicación de una de las unidades resultantes. La labor del juez en la integración del acto deviene esencial en estos actos para no declarar la nulidad por sí misma, como ha hecho la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal al resolver que si el notario aseveró que las partes estaban presentes y, más adelante en el tiempo, otorgaron otros actos notariales consecuentes de esa primera escritura, la misma se tiene por válida.[24] De ahí que en las situaciones en análisis el propietario con título aparente, aunque insuficiente o ineficaz, también ha adquirido por prescripción adquisitiva, aun cuando falta la sentencia de usucapión que así lo declare, y, frente al intérprete del título, debe privar el principio de la apariencia donde se tuvo por válido del derecho de los adquirentes y el indicado efecto subsanatorio.[25]

7. Conclusión

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

8. Bibliografía

AA.VV., [conclusiones de la XLIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires {Buenos Aires, 20158].

Cabuli, Ezequiel, "La evolución del estudio de antecedentes y el requisito de buena fe del artículo 392 del Código Civil y Comercial" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 924, 2016, http://bit.ly/RDN924-estudio.

Calegari de Grosso, Lydia E., *Usucapión. Código Civil y Comercial. Ley 26994*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015 (3ª ed., amp. y act.).

24. Ver CNCiv., Sala B, 19/11/2014, "Maristany Dedesma, Paula Nancy c/ Torres, Ramón s/ sucesión ab intestato y otros s/ prescripción adquisitiva" (*Revista del Notariado*, Nº 918, 2014, http://bit.ly/RDN918-nulidades).

25. Ver Cabuli, Ezequiel, "La evolución del estudio de antecedentes y el requisito de buena fe del artículo 392 del Código Civil y Comercial" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 924, 2016, http://bit.ly/RDN924-estudio; quien denota la distinción entre el derecho real subsanado y el estudio de títulos cartulares cuando sostiene que requiere una solución justa: "En estos casos, se justifica la observación por no existir escritura, conforme una interpretación literal de la nulidad formal refleja destruye el acto. Pero existen elementos que debemos considerar si el acto fue otorgado ante un escribano, quien aseveró que las partes estaban presentes y manifestaron su voluntad de otorgar las prestaciones. Algún efecto jurídico debemos rescatar de dicho acto, aunque más no sea la prueba de existencia, consolidada por el paso del tiempo".

Cerávolo, Ángel F., "La prescripción como figura jurídica con efectos subsanatorios de ineficacias escriturarias", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 24/12/2007 (t. 2008-A, p. 705; cita online AR/DOC/3934/2007).
Cossari, Nelson G. A., [comentario al art. 1885], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2016.
Fernández Barredo, Ramiro, [comentario al art. 1050], en Vítolo, D. R. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado*, t. 2, Buenos Aires, Erreuis, 2016.
Highton, Elena I., *Dominio y usucapión* (colección "Derechos reales", v. 2), t. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.
Kiper, Claudio M., [comentario al art. 2119], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 9, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
— "Naturaleza del plazo para sanear una donación" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 928, 2017, http://bit.ly/RDN928-donaciones.
Kiper, Claudio M. y Otero, Mariano C., *Prescripción adquisitiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017.
Lafaille, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2010 (2ª ed., ampliada y actualizada por Jorge H. Alterini).
Lorenzetti, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.
Mazzinghi, Jorge A. M., "Porción legitima, acción de entrega o complemento y situación de los que han poseído la cosa durante diez años", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 26/3/2018 (t. 2018-B, cita online AR/DOC/526/2018).

8.1. Jurisprudencia

Cám. Civ. y Com. de Gualeguaychú, Sala I, 26/8/2015, "Alessandri, Ernesto Heriberto c/ Vergara, Juan Pablo s /usucapión" (*Revista Código Civil y Comercial*, noviembre 2015, y *Doctrina Judicial*, 13/4/2016; cita online AR/JUR/30640/2015).
CNCiv., Sala B, 19/11/2014, "Maristany Dedesma, Paula Nancy c/ Torres, Ramón s/ sucesión ab intestato y otros s/ prescripción adquisitiva" (*Revista del Notariado*, Nº 918, 2014).

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

Néstor D. Lamber**

RdN 932

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación
12/8/2018 - 27/8/2018

Sumario: ***1.*** *La protección del valor de la cuota legitimaria.* ***2.*** *Primer límite al efecto reipersecutorio de la reducción de donaciones: los bienes registrables.* ***3.*** *Segundo límite al efecto reipersecutorio de la reducción de donaciones: condición resolutoria legal y dominio revocable eventual.* ***4.*** *Tercer límite al efecto reipersecutorio de la acción de reducción: el plazo de diez años de la posesión.*

* Ver online en http://bit.ly/RDN932-donaciones2. El presente trabajo es una versión revisada del artículo presentado por el autor con el mismo título en la 42ª Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2017), donde fue galardonado con el Primer Premio. El texto que se encuentra en esta edición de la *Revista del Notariado* cuenta, además, con una actualización jurisprudencial.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-LamberN.

5. Otros límites a las acciones de reducción. 6. Reflexión final: las finalidades del orden jurídico. Principios de protección de la legítima, de la función social de la propiedad y autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. La protección del valor de la cuota legitimaria

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. Cesión gratuita de herencia

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

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

En la cesión de herencia no se transmiten los bienes en particular, pero dado el valor económico del resultado del proceso sucesorio (art. 2335 CCCN), el cesionario recibe un beneficio del causante, que el artículo 2391 CCCN obliga a colacionar a los descendientes y cónyuge en tanto que se refiere a todos los "beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas por el difunto que tuvieran por objeto procurarles una ventaja particular, excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con discapacidad en el art. 2488", en el caso de cesión a un heredero del cedente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ello tiene como efecto que si el causante donó dinero en vida, la reducción de la misma importa el cómputo de su valor en la masa partible pero no su incorporación a la indivisión hereditaria, y por ello si dispone de ese dinero donado, lo adquirido por él no importa la subrogación real para integrar la masa, porque lo donado no integraba la masa.[4] En este sentido es clara la literalidad del artículo 2376 CCCN al decir en su

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

4. Concordante con esta conclusión, la CNCiv., Sala A, 3/6/2018, en autos "Q., D. A. c/ Q., G. F. s/ colación", ha sostenido que, probado el *animus donandi* de quien entregó el dinero y "acreditada esta circunstancia, y calificada de ese modo la donación, no procederá la pretensión del donante de obtener la entrega de los bienes adquiridos, ni tampoco –en principio– la de recuperar la sumas de dinero que libremente entregó al donatario, a salvo los supuestos previstos por la ley (incumplimiento de los cargos, ingratitud del donatario, etc.)"; en consecuencia, a la hora de determinar el valor colacionable de una donación de dinero, "lo relevante no es el cuál fue el destino del objeto de la donación –esto es, la suma de […]–, sino cuál es el valor que dichas sumas de dinero representan a

primera parte que se computan los bienes del causante al momento de la partición o los que se ha subrogados en ellos, en cambio en la segunda parte se refiere a los bienes sujetos reducción.

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

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

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

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

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

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

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

Habíamos adherido en el régimen anterior a la interpretación que la acción de reducción tenía efectos personales entre otros argumentos sustentado que lo contrario importaba un impropio supuesto de dominio revocable sin que existiese condición resolutoria legal que así lo estableciese. El artículo 2454 (1º párrafo) CCCN establece una condición resolutoria legal al dominio, al decir que "si la reducción resolutoria es total, la donación queda resuelta", pero a renglón seguido aclara que no siempre queda resuelta la donación, y por ende no existe condición resolutoria al dominio, cuando la porción legítima afec-

---

los fines de la colación" (*Revista Código Civil y Comercial*, julio 2018, p. 198, y agosto 2018, p. 168; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2018-III; *Síntesis de Jurisprudencia Argentina*, 19/9/2018, p. 70; cita online AR/JUR/15317/2018 [Sistema de Información Legal de Thomson Reuters Argentina]).

tada no alcanza a la mitad del valor de lo donado, y el heredero legitimario se convierte en acreedor por el valor de su derecho.

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

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

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

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

Los artículos 2454 y 2458 CCCN prevén que el donatario o subadquirente pueden impedir la ejecución de la condición resolutoria legal indicada cuando sea procedente entregando al heredero legitimario la suma de dinero para completar el valor de su porción, sin consentimiento de este, que no puede negarse a ser así satisfecho su derecho, estableciendo así otro límite al efecto reipersecutorio de la acción de reducción. La acción tampoco tendrá efecto reipersecutorio en caso de cubrirse la legítima con la reducción de los legados o instituciones de herederos de cuotas, o por la reipersecusión de otros bienes donados por el causante con posterioridad (arts. 2453, 1456 y 2456 contrario sensu CCCN), de modo que aun cuando el posterior donatario haya enajenado lo donado el heredero forzoso debe reclamarle el valor de su porción legítima.

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

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

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

3.1. Inoficiosidad, condición resolutoria y donación a herederos legitimarios

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

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

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

Si bien el artículo 2386 CCCN se refiere a la reducción aunque haya dispensa de colación o mejora, ello está comprendido en el valor computable del donatario legitimario en la primera parte del artículo al referirse al exceso de la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario. Aquí empiezan a ser relevantes las nuevas posibilidades de mejoras expresas en el propio acto de donación, como lo prevé el artículo 2385 CCCN, imputando a la mejora de la porción disponible o a la mejora estricta de un tercio de la porción legítima a favor del descendiente o ascendiente con discapacidad (art. 2448 CCCN), en aras al principio de autonomía de voluntad del derecho sucesorio, de mayor extensión que en el régimen derogado.

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

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

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

En su parte final, determina que en toda enajenación onerosa o gratuita en los términos indicados debemos decir expresada como en uno de ambos caracteres, dado que por la primera parte del artículo ambas son gratuitas los demás herederos legiti-

6. Ver argumentos del voto del juez Guardiola en C. Civ. y Com. de Junín, 26/5/2016, "B., A. J. y otros c/ B., B. C. s/ acción de colación" (expte. JU42892013) (en *elDial.com*, AA9727; *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, octubre 2016, p. 171, cita online AR/JUR/28938/2016; *El Derecho*, t. 269, p. 158).

marios que consintieron no pueden demandar la colación ni falta de imputación a la porción disponible, constituyendo un pacto de herencia futura expresa admitido por la ley (art. 1010 1º párr. CCCN).

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

3.4. Atribución preferencial en la partición

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

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

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

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

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

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

7. Ver conclusiones de la XXXIX Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 2015), tema 9, subtema "Títulos provenientes de donaciones", inciso a), §9: "La ampliación de la porción hereditaria disponible cuando existen descendientes (artículo 2445 del CCyCN), la limitación del efecto reivindicatorio de la resolución legal del artículo 2454 en cuanto al valor afectado y los supuestos legales que la impiden (artículos 2454, 2458, 2380, 2381 del CCyCN), y la limitación temporal del plazo de la acción de reducción con efectos reivindicatorios (artículo 2459 del CCyCN), obliga a analizar en cada caso la observabilidad o no del título sin incurrir en conductas de mala fe o abuso de derecho".
El principio de buena fe no puede ser dejado de lado; así lo invoca la CNCiv., Sala G, el 30/12/2016, en "C., A. y otro c/ B., E. J. y otros s/ cobro de sumas dinero" (expte. 17425/15), para admitir la restitución de la seña ante la observación de la escribana designada al antecedente de donación de padre a hijos, por existir en ese entonces

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

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

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

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

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

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

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

Estas normas guardan estrecha relación con la del artículo 1050 CCCN en materia de evicción que expresamente dice: "Prescripción adquisitiva. Cuando el derecho del adquirente se sanea por el transcurso del plazo de prescripción adquisitiva, se extingue la responsabilidad por evicción". Nótese que al igual que el artículo 2459 CCCN se sanea el derecho solo por transcurso del plazo de prescripción adquisitiva, y no por la

(2014) dos posturas y advertir la Cámara la ausencia de mala fe de los actores que no especulan con la operación en base el dictamen de la profesional y solo reclaman su devolución de la suma entregada y no otro tanto.

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

sentencia judicial que admite la acción o la excepción que oponga el titular del dominio cuestionado.

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

Por nuestra parte, entendemos que el haber impuesto al artículo 2454 CCCN una condición resolutoria legal a toda donación de bienes registrables, consistente en que si resultase afectada la porción legitimaria de un heredero legitimario en un valor mayor a la mitad de lo donado valuado según su estado al momento de la donación, ello importa un eventual dominio revocable en los términos del artículo 1965 CCCN, que textualmente dicen sus párrafos 2º y 3º:

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

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

4.1. Aplicación de ley nueva a las relaciones jurídicas preexistentes

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

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

A las consecuencias de la situación jurídica del dominio inmobiliario revocable se le aplican de modo inmediato la nuevas leyes (art. 7 inc. 1º CCCN), en tanto no afectan

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

derechos amparados constitucionalmente de su titular como ocurre en el caso de las donaciones a terceros, y en consecuencia el plazo de diez años se computa desde la adquisición del dominio imperfecto, es decir, desde su título y modo.[10]

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

5. Otros límites a las acciones de reducción

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

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

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

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

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

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

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

5.2. Prescripción de la acción de reducción

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

La distinción de este plazo de prescripción de la acción de reducción con el plazo de sus efectos reipersecutorios del artículo 2459 CCCN implica que si el donante/causante fallece durante el transcurso del plazo de diez años de este artículo, y los cinco años de prescripción de la acción operan antes, importa un límite temporal al efecto reipersecutorio, quedando perfeccionado el dominio del donatario a ese momento por falta de operatividad de acción de reducción.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) La ampliación de la porción disponible en caso de descendientes a 1/3 (art. 2444 CCCN).
b) El reconocimiento de la mejora estricta, ampliando la porción disponible en caso de herederos con discapacidad (art. 2448 CCCN).
c) La ampliación y flexibilidad de prueba de los supuestos de indignidad hereditaria (art. 2281 CCCN y ss.)
d) La admisión del consentimiento a la donación por los coherederos presuntivos en los casos del artículo 2461 CCCN, como un pacto de herencia futura renunciativo expresamente regulado.
e) El reconocimiento expreso de la dispensa de colación e imputación a la porción disponible por acto entre vivos (art. 2385 CCCN).

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

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

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

> El legislador determina un plazo para que el sujeto del derecho lo ejerza. La estructura jurídica nacional posee una organización normativa tendiente a la protección de la circulación del tráfico jurídico. Se intenta con ello estimular la actividad comercial, se da firmeza a los actos y la redacción normativa establece con clara determinación un plazo desde el cual el derecho sobre los bienes se pierde para el desinteresado, naciendo así para otro sujeto el derecho a que pueda darle a los bienes un destino que satisfaga el interés social superior. La norma es contenedora de principios de mayor utilidad social, tiende a provocar la estabilidad útil de la propiedad, causa que al final de un cierto tiempo los derechos no pueden hacerse revivir, y responde a fines de interés social, convirtiéndose así en una institución de orden público.[12]

El nuevo sistema no se puede interpretar o pensar reiterando los antiguos paradigmas hoy modificados. La reforma legislativa importa un cambio que debe ser tenido en cuenta a la hora de analizar y valorar el sentido y alcance de sus normas; por ello, el estudio de las limitaciones al efecto reipersecutorio de la acción de reducción solo se entiende

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

adecuadamente teniendo presente estos paradigmas, que no pueden verse vulnerados por el ahora inexistente sacrosanto principio del orden público de la legítima hereditaria.

7. Conclusiones finales

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

8. Bibliografía

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

Lamber, Néstor D., [comentario al art. 7], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

Pérez Lasala, José L., *Tratado de sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26994*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.

Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes

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

Martha Linares de Urrutigoity**

RdN 933

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación

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

* Ver online en http://bit.ly/RdN933-conjuntos1. Edición revisada y ampliada de la ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017).

** Información de la autora en http://bit.ly/RDN-Linares.

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

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

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

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

1. El problema y el enfoque

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

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

Este estudio constituye una apretada síntesis de una investigación mayor que resulta imposible contener acabadamente en el formato que esta prestigiosa revista requiere, el que pronto verá la luz. Sirvan estas líneas para presentar la inquietud y el debate al mundo notarial. Los destinatarios de estas líneas, fundamentalmente notarios y especialistas, a modo de comité de expertos, sabrán disimular las necesarias omisiones y remisiones a aquel trabajo mayor y a la vasta bibliografía y reuniones de especialistas que han tratado el tema con acabada solvencia y se asumen aquí como conocidos.

1.1. Marco normativo de los conjuntos inmobiliarios

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

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

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

La autonomía de la voluntad tanto de los particulares como de los mismos Estados locales –a la hora de ejercer su poder reglamentario o policial– se encuentra acotada por las normas de orden público que en materia de derechos reales establece el CCCN, de acuerdo a nuestros estándares constitucionales de organización política (arts. 31, 75-12 y 126 CN). La autonomía de la voluntad está acotada en el campo de los derechos reales, en particular respecto de los CI. Así, cuando el legislador ha abierto la posibilidad de excepcionar el régimen general establecido, lo ha aclarado expresamente en su articulado. Son ejemplos de este tipo de normas: a) en materia de propiedad horizontal, los artículos 2040, 2042, 2043, 2048, 2049, 2056, 2058 y 2068 CCCN; b) en materia de CI, los artículos 2076, 2078 y 2080-2086 CCCN.

Son de orden público las normas que determinan cuáles son los derechos reales, la amplitud de su contenido y los elementos de la relación jurídica real, es decir, sujeto, objeto y causa, y todo lo relacionado con su adquisición, constitución, modificación, transferencia, extinción y duración (1884 CCCN). La tipificación jurídica o la conceptualización intelectual de la esencia predicable al universo posible de conjuntos inmobiliarios está

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

delineada por sus normas estatutarias del derecho de fondo, de orden nacional. Jamás podrían las normas provinciales locales, generalmente reglamentos emanados de oficinas municipales o catastrales o leyes de uso del suelo –so pretexto del ejercicio de su poder de policía sobre el suelo–, delinear derechos reales distintos, pues son de estricto resorte de regulación nacional. Tal el caso del derecho real en trato en estas páginas, previsto para los CI *strictu sensu*: clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente de su destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales (art. 2073 CCCN).

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

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

Los CI que en la realidad reúnan y/o pretendan prevalerse de las notas esenciales que configuran su estructura típica establecida por el CCCN (arts. 2073-2075, 2078-2080, 2084 y conc.; esto es: inescindibilidad perpetua de partes propias y comunes, consorcio de propietarios con personería jurídica, reglamentos de administración, construcciones y convivencia con limitaciones a los derechos sobre las partes propias y comunes, régimen expensas comunes con sus prerrogativas jurídicas, oponibilidad de los derechos vía publicidad registral) **deben someterse al régimen del derecho real de PHE** y no pueden organizarse bajo la órbita de otros derechos, ya sean reales o personales, ni como combinaciones de estos (art. 2075, 2º párrafo, CCCN).

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

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

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

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

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

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

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

En nuestro sistema inmobiliario registral, cuyos derechos reales se constituyen y transmiten (en los actos entre vivos) sobre las bases del título y modo suficientes, con más el aditamento de la publicidad registral a efectos de su oponibilidad frente a terceros, se ha concebido el registro inmobiliario ideado por la Ley 17801 como una institución que solo resulta eficaz a sus efectos legales si el número de derechos reales es limitado y su contenido fijado por ley. Es por ello que las XI y las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil han reclamado "prudencia" a la hora de incluir nuevos derechos reales a la nómina. Conspiran contra el orden público tanto la creación de derechos reales especiales como si fueran autónomos, la creación de derechos reales poco perfilados y la apertura de los tipos legales preformateados a estándares indefinidos desde normas estatutarias. El número cerrado y la tipicidad de los derechos reales son notas derivadas del carácter de

orden público de las bases estatutarias de los derechos reales. La permisividad *de facto* de figuras jurídicas diversas a las legalmente establecidas para regir la vida de los CI, tanto de los nuevos como de los preexistentes, igualmente conspira contra el orden público delineado por la conjunción de los artículos 1884, 2075 y concordantes del CCCN.

El nuevo Código vino a satisfacer una fuerte, reiterada y concordante demanda doctrinaria de los especialistas que reclamaba la sanción de una ley nacional que regulara el fenómeno de las propiedades o urbanizaciones especiales, como se llamaba a los barrios privados o cerrados y a este tipo de emprendimientos inmobiliarios;[3] corriente doctrinaria que, con matices y diversas evoluciones, se fue perfilando hacia la regulación

3. Así, para Causse, el mejor régimen para emprendimientos de esta naturaleza era el régimen de propiedad horizontal de la Ley 13512, si bien reconocía que la ley necesita un especial ajuste (o "vuelta de tuerca", como decía) para su aplicación a nuestro objeto de estudio, lo que se lograría mediante la sanción del proyecto realizado con su participación, que luego se trasvasara al Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1987 y al Proyecto de la Comisión Federal de 1993. Ver Causse, Jorge R., "Proyecto de legislación en trámite. Aplicación de la Ley 13512. Mitos y realidades de los barrios cerrados" [disertación en las II Jornadas sobre Planificación de Urbanizaciones Especiales {Chacras de Coria, 2000}]. Así, se citan los proyectos de reformas que hubo en esta materia –entre otros– elaborados por los Dres. Allende, Alterini, Durañona y Vedia y Chevallier Boutell de 1981; el art. 2617 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987 (vetado por el PEN en 1991); y el proyecto de modificación de la Ley 13512 y el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993 elaborado por la denominada Comisión Federal (con media sanción).
Dentro de los proyectos de legislación nacional proyectada está el que reconoce la posibilidad de encuadrar jurídicamente estos fenómenos inmobiliarios bajo el régimen de propiedad horizontal; otro que crea un derecho real nuevo (sobre la base y con la experiencia de la propiedad horizontal) y otro que se inclina por parcelas de dominio exclusivo con más una entidad titular dominial de las áreas comunes y una figura asociativa que nuclee a todos los propietarios de las parcelas.
A) *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio* (comisión Decreto PEN 685/1995) (conocido como "Proyecto de 1998"): Su art. 1820 introduce dentro de la enumeración de los derechos reales las "propiedades especiales" (junto con los otros derechos reales tradicionales, la propiedad horizontal y la indisponibilidad voluntaria). El art. 2029 establece para los conjuntos inmobiliarios, clubes de campo, parques industriales, barrios y cementerios privados, centros de compras y entidades similares, que puedan sujetarse al régimen de los derechos personales o de propiedad horizontal. En estos últimos, solo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común. El reglamento de copropiedad y administración puede establecer limitaciones edilicias y de otra índole, instituir una administración con el carácter de mandato irrevocable y facultar al consorcio para adquirir nuevos inmuebles para integrarlos al conjunto inmobiliario como unidades funcionales, o cosas y partes comunes. En este caso quedan modificados de pleno derecho los títulos de todas las unidades, de los que se debe tomar razón en los respectivos asientos registrales.
B) *Proyecto de ley de régimen de urbanizaciones privadas especiales* (del diputado nacional Jorge Telmo Pérez; expediente 6865-D-1999, del 15/2/2000): Su idea básica es generalizar la aplicación del llamado "sistema de geodesia" del Decreto 9404/86 de la Provincia de Buenos Aires al ámbito nacional, regulando las urbanizaciones privadas especiales en base a la figura del dominio exclusivo sobre parcelas de dominio independiente, la creación de una entidad jurídica titular de dominio del sector en donde se hallan los bienes comunes y la utilización del derecho real de servidumbre perpetua predial para relacionar ambos sectores, recreativo y residencial.
C) *Proyecto de ley de propiedad residencial* (de los senadores nacionales O'Donell y De la Rosa; expedientes 508-S-2000, del 7/4/2000, y 1607-S-1998, del 9/9/1998): Propone la creación de un nuevo derecho real sobre cosa propia, la "propiedad residencial", que es "el derecho real que otorga a su titular las facultades de usar, gozar y disponer sobre un inmueble propio constituido de conformidad con lo que establece la presente ley" (art. 1). Este derecho real autónomo presenta una doble inescindibilidad: entro lo privativo (unidades particulares) y lo común (espacios comunes, sector recreativo), y entre miembro (parte integrante del complejo residencial) y dueño (propietario de la unidad particular). "Esta ley será aplicable a aquellas urbanizaciones que reúnan las siguientes características: a) Que una parte esté conformada por lotes o fracciones de terreno con construcciones o sin ellas, destinados a la construcción de viviendas residenciales, que a los efectos de esta ley se identifican como «unidades particulares», las que tendrán independencia funcional y salida indirecta a la vía pública. Esta salida podrá ser directa hacia los cursos de agua navegables. b) Que la parte restante se destine a espacios comunes, pudiendo prever áreas específicas para la práctica de actividades deportivas, recreativas, sociales, culturales y/o de servicios". Respecto a las relaciones personales, consagra una normativa que deja amplio margen de libertad para la organización de regímenes adecuados a cada emprendimiento y a la autonomía de la voluntad de las partes. También establece reglas sobre la personalidad y capacidad del complejo residencial, representación del mismo para toda clase de actuación, liquidación y cobro de expensas, régimen de responsabilidad subsidiaria y mancomunada de los propietarios por

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

Los autores del Anteproyecto de 2012 siguieron los lineamientos que en materia de "propiedades especiales" presentó el Proyecto de 1998 en el sentido de permitir su regulación tanto como derecho real (propiedad horizontal) como personal, pero, asimismo, añadieron una tercera posibilidad: la combinación de ambos derechos, sin limitar exclusivamente esta mistura a la propiedad horizontal. No obstante, el texto que resultó definitivamente sancionado de este artículo 2075, aprobado por la Ley 26994, difiere sustancialmente de la versión anterior que del mismo artículo hicieron sus autores originarios.

El texto originario fue sufriendo modificaciones. Así, un primer cambio consistió en limitar la regulación exclusivamente al derecho real de propiedad horizontal, con algunas especificaciones cuando se configuraran como derechos reales, aceptando también la utilización de otros derechos reales e incluso personales, siguiendo el pensamiento de De Hoz, que sostenía su opción preferencial por la propiedad horizontal con ciertas especificaciones.[4] Un cambio ulterior, producto del análisis en la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, limitó su regulación bajo la órbita del derecho real de PHE y añadió el deber de adecuación para los CI preexistentes, que hasta entonces no estaba previsto.

Resulta ilustrativo acudir al tratamiento que sobre este tema hizo la comisión bicameral tras considerar el proyecto de ley PE-57/12,[5] el que aconsejó su aprobación con las siguientes correcciones (la cita es textual):

> 140. CONJUNTOS INMOBILIARIOS (artículo 2075)
>
> "*Artículo 2075.— Marco legal.* **Todos** *los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.*
> ~~*Cuando se configuran derechos reales,*~~ **Todos** *los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título VI de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.*
> ~~*Pueden asimismo existir*~~ **Los** *conjuntos inmobiliarios* ~~*en los*~~ **preexistentes** *que se* ~~*establecen los*~~ **hubiesen establecido como** *derechos* ~~*como*~~ *personales o donde* ~~*coexisten*~~**coexistan** *derechos*

deudas comunes, a condición de posibilitar el derecho de defensa en juicio; ejercicio del poder disciplinario y un mecanismo de adaptación para las urbanizaciones "preexistentes" (sic).

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

5. Por el cual se propuso la aprobación del proyecto de CCCN, remitido al Congreso de la Nación por el PEN mediante el Mensaje Nº 884/2012 (7/6/2012).

> *reales y derechos personales* **se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real**".[6]

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

> La introducción de los conjuntos inmobiliarios dentro del elenco de los derechos reales es una de las novedades del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Los conjuntos inmobiliarios abarcan a los barrios cerrados o privados, clubes de campo, parques industriales, empresariales o náuticos, barrios de chacras, ciudades pueblo o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplen usos mixtos.
> El marco legal de los conjuntos inmobiliarios, cuando se configuren derechos reales, es el de propiedad horizontal. Sin embargo **el proyecto admite que puedan existir conjuntos inmobiliarios en los que se establezcan los derechos como personales o en los que coexistan derechos reales y derechos personales**.
> **Ciertamente si bien el propósito del Proyecto es instituir un nuevo derecho real y proveerle de un marco de reglas directas y supletorias claras en aras de garantizar mejor la seguridad jurídica en las relaciones reales implicadas en esta figura, ese objetivo plausible se desnaturaliza en el artículo 2075.**
> En efecto, el artículo en comentario admite que los conjuntos inmobiliarios puedan constituirse, no ya como derechos reales, sino también como derechos personales.
> **La fórmula legal no es la mejor opción**. Basta imaginarse lo que sería adoptar el mismo criterio, v. gr. para la propiedad horizontal. **No parece tener mucha lógica**.
> **Con miras a dotar al instituto de mayor seguridad jurídica resulta que, todo conjunto inmobiliario debería siempre conformarse bajo este nuevo derecho real consagrado en la codificación. Ello es más congruente con el carácter legal y taxativo de esta clase de situaciones subjetivas.**
> **De otro lado, a efectos de someter las situaciones fácticas encuadrables en este instituto a un mismo régimen jurídico, se debe propiciar la adecuación de esas configuraciones "personales" preexistentes, en nuevos derechos reales.**[7]

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

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

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

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

> La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.[8]

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

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

> **A)** *El proyecto S-3972/16, presentado ante la Cámara de Senadores*:[9]
>
> Artículo 1º — Modifícase el artículo 2075 del libro Cuarto, Título VI, Capítulo I, del Código Civil y Comercial, el cual quedará redactado de la siguiente manera:
> "Artículo 2075. *Marco legal*. Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los Conjuntos Inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.
> Los conjuntos inmobiliarios pueden sujetarse al régimen de los derechos personales, de los derechos reales o de una combinación de derechos reales y personales.
> Cuando se configuren como derechos reales pueden organizarse bajo el régimen de la propiedad horizontal, en cuyo caso deberán someterse a la normativa de la propiedad horizontal establecida en el Título V del Libro Cuarto, con las modificaciones establecidas en el Título VI, Capítulo I, del mismo Libro, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial".
>
> Artículo 2º — Modificase el artículo 2077 del Código Civil y Comercial, por el siguiente:
> "Artículo 2077. *Cosas y partes privativas*. La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida, a construir o en proceso de construcción, y debe reunir los requisitos de independencia funcional según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta".

Entre los fundamentos de este proyecto, se dice:

> El nuevo código adopta un formato jurídico único para los conjuntos inmobiliarios que enuncia el art. 2073, incluso para los preexistentes a su sanción que fueron configurados bajo la órbita de los derechos personales o en coexistencia de éstos con los derechos reales.
> La solución legal se aparta de la propuesta por el Anteproyecto del Código 2012, que parecía más flexible y adecuado al disponer que podían existir "conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales".
> En igual sentido, el Proyecto de Código Civil Unificado al Código de Comercio de 1998, expresa "pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal" (art. 2029).
> Mientras que en el actual ordenamiento no hay otra alternativa más que la propiedad horizontal especial, aun cuando esta regulación se presenta como una excepción al principio de irretroactividad en la aplicación de la ley contenido en el art. 7 del Código Civil y Comercial.

8. Art. 2 CCCN.

9. Expediente Senado 3972-S-2016, de fecha 6/10/2016; lleva las firmas de Dalmacio E. Mera, Beatriz G. Mirkin y Rodolfo J. Urtubey.

Se destacan de este proyecto los siguientes puntos:

i. Parece no estar en sintonía con la visión dualista de los derechos (derechos reales y personales) que expresamente ha querido mantener el CCCN, asignándoles a los primeros una preponderancia vital de los caracteres de orden público, y coherente con el carácter limitado, típico y cerrado en número de los derechos reales, en aras a la seguridad jurídica que ellos requieren.
ii. Las dos reformas que propone se presentan como contradictorias: mientras propone una flexibilización para el régimen jurídico de los CI, permitiendo su regulación como derechos personales y como reales, y, dentro de estos últimos, bajo cualquiera de ellos (no sólo la propiedad horizontal), por otro lado restringe la aplicación del derecho real de propiedad horizontal cuando se trate de "espacios" susceptibles de aprovechamiento.

B) *El anteproyecto elevado por la comisión designada por el Decreto PEN 182/2018 para la modificación parcial del CCCN*:[10] Este anteproyecto es más ambicioso que el anterior en la medida en que abarca una reforma más completa del Código, que

> … se ha orientado a paliar algunas de esas deficiencias. Hemos procurado, en todo momento, circunscribir las reformas que se proponen a aquellas que nos parecen estrictamente indispensables. Finalidad perseguida: respetar en letra y espíritu la esencia del código civil y comercial y solamente modificar aquellas cuestiones que resultan más importantes para potenciar sus significativas fortalezas y reducir sus debilidades que también existen, como en toda obra humana.[11]

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

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

> … a partir de la personificación del consorcio se han elevado voces críticas que han señalado la anomalía que significaría el concurso o quiebra del mismo, las extensas responsabilidades a que se somete a los miembros del consejo de administración, la obligación de llevar contabilidad regular, la carga de cumplir con las reglas de *compliance* y aun los efectos que sobre el mismo tiene la ley que consagró la responsabilidad penal de las personas jurídicas (ley nº 27401).[12]

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

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

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

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

12. Ídem, p. 9 del documento pdf.

> el administrador. Se rige por el Reglamento de Copropiedad y las disposiciones de este Título.[13]

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

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

> La exigencia de adecuación de los conjuntos inmobiliarios ya existentes a las figuras del CCyC –que no figuraba en el Anteproyecto– es inconstitucional, pues afecta situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia del derecho anterior. Por lo demás en la práctica es imposible de llevarse a cabo por los muy elevados costos que genera.[14]

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

13. Ídem, p. 64 del documento pdf.

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

arancelaria en forma consecuente con la omisión del Estado en legislar sobre esta materia durante tantos años a pesar de su alta demanda social y doctrinaria.

Por lo demás, a pesar de que este anteproyecto incluye reformas el denominado derecho transitorio contenido en el artículo 7 CCCN, no da solución alguna a los casos de CI preexistentes que se hubieran alcanzado a adecuar a PHE durante la vigencia del tercer párrafo del art. 2075 CCCN, cuyos consorcios hubieran nacido al amparo del artículo 148 inciso h) que propone eliminar.

1.4. La publicidad de los conjuntos inmobiliarios

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

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

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

C) Los **aspectos urbanísticos**, establecidos por las normas administrativas locales, gozan de la publicidad que les reporta su acceso al registro catastral de la jurisdicción que corresponda al inmueble mediante la determinación y constitución de sus estados par-

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

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

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

Los **CI preexistentes** no configurados visionariamente como PH, anticipándose jurídicamente al instituto que resultó luego legalmente indicado para estos fenómenos inmobiliarios, **deben adecuarse a PHE**, a tenor del artículo 2075, tercer párrafo, del CCCN. En algunas demarcaciones del país, como es el tan comentado caso de la Provincia de Mendoza,[15] este mandato legal abarca todo el universo de CI preexistentes, ya que, haciendo un interpretación estrecha de la Ley 13512, prohibieron su aplicación para la configuración de barrios privados, cerrados, clubes de campo y demás figuras afines, en base a la exigencia de la Ley 13512 de la existencia actual del edificio y del carácter común del terreno. Estos obstáculos fueron sorteados –incluso desde las normas locales de muchas jurisdicciones del país y desde las decisiones jurisprudenciales correctoras de la anomia legal– haciendo interpretaciones prácticas y finalistas de la misma Ley 13512 y de sus reglamentaciones.

Este instituto de la adecuación no es una creación "de la nada" del CCCN. En efecto, dentro de los proyectos legislativos de corte nacional antecedentes en esta materia, se destaca uno de los más recientes, el proyecto legislativo 112-S-2007, llamado "Ley de Propiedad Urbana Especial",[16] que establecía un derecho real autónomo, similar en sus caracteres a la propiedad horizontal,[17] y que preveía que los clubes y barrios cerrados

15. Decreto Provincia de Mendoza 1300/1972.

16. Expediente Senado 112-S-2007, de fecha 5/3/2007; presentado por la senadora Hilda González de Duhalde.

17. Conforme a este proyecto legislativo, la unidad funcional particular consistía en un área de terreno delimitada por su destino. La misma poseía, con carácter inescindible, la copropiedad de indivisión forzosa y perpetua sobre

existentes, podían adaptarse a lo normado por la misma, sin perjuicio de que se reconocían los derechos ya adquiridos por los propietarios.

Este mandato legal de adecuar implica algo más que la mera adecuación operativa o funcional que se ha sugerido,[18] ya que ella sería predicable aun sin texto legal expreso que la ordenara por la sola circunstancia de tratarse de derechos reales de estructura legal, de orden público (art. 1884 CCCN), y lo preceptuado por el artículo 7 CCCN sobre eficacia temporal de las leyes: "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las **consecuencias** de las relaciones y situaciones jurídicas". Este *opus* positivo exigido por el artículo 2075 CCCN –y exigible– debe instrumentarse válidamente bajo la forma idónea e inscribirse en los registros inmobiliarios pertinentes a efectos de su oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe (arts. 1892-1893 CCCN).

Coincidimos con Guardiola y Urbaneja cuando sostienen que

> La falta de adecuación no impide la inmediata aplicación a los emprendimientos preexistentes (artículo 7) de las normas atinentes al derecho de preferencia, las "restricciones al dominio", las limitaciones a la enajenación, el limitado régimen de admisión y el poder disciplinario.[19]

Hasta aquí, se trata de una mera adecuación operativa o funcional, consecuencia directa del carácter de orden público de los derechos reales. Pero ello no exime a los responsables (propietarios, administradores, notarios, funcionarios públicos) de realizar algún acto adecuatorio mínimo –como ordena el artículo 2075 en su tercer párrafo– tendiente a asimilarlos al molde jurídico de la PHE. Este acto adecuatorio, por mínimo que sea, debe abrirles las puertas a los registros inmobiliarios a los reglamentos de aquellos CI preexistentes, de forma tal de dotarlos de oponibilidad *erga omnes*, al menos a la circunstancia determinante del inmueble de pertenecer a un "X" CI preexistente. Además, y en la medida en que sea posible, esta adecuación debe contener la "traducción" notarial y con reflejo registral del nombre jurídico, a efectos de acomodar y trasvasar los antiguos modelos a los nuevos paradigmas regulatorios legalmente previstos para los CI: la propiedad horizontal especial. Propiciamos desde aquí que esta labor de traducción sea practicada preferiblemente en sede notarial, dada la especial experticia de los notarios

---

las superficies, cosas y lugares comunes del inmueble al que pertenecía y sobre todas aquellas que determine el reglamento de copropiedad. Dicho derecho real especial se constituiría por escritura pública, de acuerdo a un plano, con cumplimiento de todas las reglamentaciones urbanísticas locales y se inscribiría en el Registro de la Propiedad inmueble. Además, describía los clubes de campo y los barrios cerrados, establecía sus elementos característicos y definía las partes que lo integraban. Por otra parte, creaba una persona jurídica con nombre y patrimonio propios, con carácter representativo y facultades para adquirir bienes inmuebles, exigir el pago de las expensas y ejecutar el cobro de las mismas. Esto pondría fin a las objeciones de las que era objeto el consorcio de copropietarios. A su vez, e propugnaba el otorgamiento de un reglamento urbanístico y establecía que los copropietarios debían soportar el pago de las expensas en forma proporcional a la superficie del terreno de la unidad de la que eran titulares, con independencia de las construcciones existentes o de las que se produzcan con posterioridad. Preveía el funcionamiento de los órganos de administración y determinaba sus facultades. Planteaba un régimen disciplinario que contemplaba el apercibimiento, la sanción pecuniaria, la suspensión y la cesantía parcial y definitiva. Instauraba la resolución de conflictos mediante la mediación y la conciliación y un sistema de apelación ante la asamblea de copropietarios y ante la justicia ordinaria (Berute, Elisa G. y otros, "Con o sin ley. Formas modernas de propiedad inmobiliaria", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 963, 2009, p. 773).

18. Negroni, María L. y Puerta de Chacón, Alicia, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/5/2016 (t. 2016-C, cita online AR/DOC/976/2016).

19. Guardiola, Juan J. y Urbaneja, Marcelo E., "La propiedad horizontal especial en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Nº 14304, 8/11/2017 (t. 275).

en esta materia. Justamente, es la intención de la adecuación consolidar las situaciones anteriores y dotarlas de una trazabilidad equiparable a la propiedad horizontal y no tachar sus títulos con observaciones.

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

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

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

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

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

1.6. Ventajas de la adecuación

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

a) La configuración del consorcio con personería jurídica adecuada como persona jurídica privada (art. 148 CCCN), inscripción y rúbrica de libros sociales ante los registros inmobiliarios.
b) Acceso de los reglamentos al registro inmobiliario.
c) Régimen de responsabilidad de los miembros de la persona jurídica en caso de insolvencia: en las simples asociaciones (tipo muy común entre los CI preexistentes no configurados como PH ni bajo la forma de una sociedad anónima), el administrador y todo miembro que las administra de hecho es solidariamente responsable, siendo sus bienes personales susceptibles de ser afectados después de haber satisfecho a sus acreedores individuales (art. 191 CCCN). En cambio, esto no sucede con el consorcio de PHE, el que asumirá todas sus deudas mediante la vía de las expensas comunes, ya sea ordinarias o extraordinarias, y los consorcistas estarán obligados a su pago (arts. 2048-2050, 2065 y 2067 CCCN).
d) Simplificación de estudios de títulos con remisión a un régimen claro y cognoscible de regulación (propiedad horizontal especial), que descarta posibles limitaciones a la propiedad sin publicidad suficiente.
e) Simplificación de futuras descripciones de inmuebles ya que los callejones comuneros pasan a integrar las superficies comunes.
f) Certeza sobre el carácter privilegiado y de título ejecutivo del crédito por expensas comunes.
g) Facilitación y disminución de costos de los empadronamientos ante los múltiples organismos públicos involucrados (certificados catastrales, municipales, Irrigación, vialidad, servicios de agua, energía, etc.).
h) Transparencia y cognoscibilidad de los regímenes de administración, disciplinario, construcciones, convivencia, invitados, etc.
i) Seguridad jurídica y previsibilidad de las decisiones ante la resolución de conflictos en sede judicial.
j) Seguridad en el sistema de atribución de responsabilidades al consorcio, al administrador y a los copropietarios.
k) La seguridad jurídica que implica el cumplimiento de la ley (art. 2075 CCCN), que evita dilaciones en procesos judiciales, tramitaciones bancarias, impositivas, de seguros, laborales, etc.

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

El hecho de que ya existan CI que se han adecuado, sin que exista para ninguno un procedimiento impuesto, es evidencia suficiente de que la adecuación es posible y no requiere inexorablemente un procedimiento especial. Rige aquí el principio de libertad de formas, al no haber una forma legalmente impuesta, más que la necesidad de que tal otorgamiento se haga por escritura pública cuando se trata de actos accesorios de otros

otorgados mediante esta forma legal y porque se trata de un otorgamiento que modifica derechos reales (art. 1017 inc. a) y c) CCCN).

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

Adecuar implica algún quehacer positivo: es hacer algo (no es hacer nada), aunque de menor envergadura que reconstituir y que someter a PHE. Estas últimas alternativas también serían posibles, aunque más dificultosas y no constituyen el único camino válido y exigido para cumplir con la adecuación ordenada por el artículo 2075 CCCN. El Código ha respetado la libertad de procedimientos y de formas con respecto al modo de practicar la adecuación a PHE, siendo los operadores jurídicos quienes deben optar por la vía y forma idóneas, según cada caso particular en concreto, en forma razonablemente fundada (art. 3 CCCN), sin afectar derechos amparados por garantías constitucionales (art. 7 CCCN). Además, cabe sostener que la adecuación también podría ser ordenada en sede judicial, como votamos en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017), donde se esbozaron las dos posturas antagónicas en este tema. Excede los alcances de esta publicación analizar la vinculación entre el instituto de la adecuación y el de la **conversión jurídica**[20] (remitimos para ello a nuestro trabajo en preparación que comentamos).

Con acierto, Kiper diferencia entre creación legal y fuente legal de los derechos reales.[21] La creación del derecho real siempre es obra de la ley, mientras que la fuente de constitución puede ser otra. El problema de la adecuación se mueve en el terreno de la creación y en el terreno de la fuente. Los CI preexistentes –constituidos cuando aún no había en el derecho argentino ley idónea para crear tales derechos reales– se configuraron en base a fuentes igualmente inapropiadas o ante la falta absoluta de fuente creadora del derecho. La adecuación impuesta por el artículo 2075 intenta solucionar o evitar la sanción de nulidad que merecerían tales creaciones desde la dogmática de los derechos reales, conforme al artículo 1884, para evitar hacer "terrorismo legislativo", arrojando sobre ellos un manto de piedad mediante el remedio jurídico de la adecuación, íntimamente relacionada con el instituto de la conversión jurídica, fundada en idénticos fines y presunciones.

La circunstancia de que el artículo 2075 hable de *adecuar* y no de *convalidar* –otro instituto distinto previsto por el artículo 1885 CCCN– robustece esta afirmación. Es por ello que en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 2016), entre otras importantes reuniones de especialistas, hubo un pronunciamiento unánime y terminante

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

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

por la no observabilidad de los títulos de los conjuntos inmobiliarios que no se hubieren adecuado –declaración esta que, desde estas páginas, se suscribe en todos sus términos y con todos sus alcances–:

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

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

Desde los fundamentos del Anteproyecto 2012, surge que no se reglan los efectos de tal conversión, "en tanto según sea el caso, el juzgador indicará si carece de todo valor, si importa un derecho personal, o si deviene en un derecho real próximo". En efecto, la eliminación de la última parte del artículo 2502 del Código Civil (en adelante, "CCIV") por el actual artículo 1884 CCCN se explica por la crítica que de ella hizo Allende en su tratado sobre la enfiteusis, tomada por Alterini y Gatti, quienes propusieron, *de lege ferenda*, que "la pauta legal podría ser la conversión del derecho real prohibido en el derecho real permitido cuya amplitud de contenido sea más semejante". Así, enfiteusis o superficies perpetuas nulas como tales podrían convertirse en usufructos vitalicios o por igual lapso.[22]

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

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

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

De acuerdo con los fundamentos del Anteproyecto 2012, la configuración de conversión requiere que: a) el acto inválido reúna los requisitos de forma y sustancia de otro acto (requisito objetivo); b) las partes hubieran querido el otro acto de haber previsto la invalidez (requisito subjetivo).[23]

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

23. Ver Falbo, Marcelo M. (y Falbo, Santiago colab.), [comentario al art. 384], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 174-175.

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

> En el Proyecto no se reglan los efectos de tal creación [de derechos reales inexistentes], en tanto según sea el caso, el juzgador indicará si carece de todo valor, si importa un derecho personal, o si deviene en un derecho real próximo. El Proyecto hace uso de una norma más general, el artículo 384 ubicado dentro de las disposiciones generales sobre ineficacia de los actos jurídicos justamente se refiere a Conversión.[24]

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

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

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

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

En definitiva, la subsunción de la adecuación dentro del instituto genérico de la conversión del artículo 384 CCCN –tanto material como formal– lleva como corolario la aplicación del artículo 1018 CCCN en el sentido de considerar como una **obligación de hacer** el otorgamiento pendiente del instrumento idóneo omitido, lo que a su vez **acarrea la posibilidad de ejecución forzosa en sede judicial**, máxime cuando pesa sobre los jueces el deber de resolver los casos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3 CCCN). Dentro de estas amplias facultades judiciales cabría la posibilidad de hacer valer las anteriores configuraciones de CI como el derecho

24. Highton de Nolasco, Elena I., "Reforma al Código Civil y Comercial. Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. 2012-2 "Proyecto de Código Civil y Comercial - I", p. 588.

real más próximo (propiedad horizontal) o como derechos personales donde las partes se han obligado constituir el derecho real que corresponde mediante los actos idóneos conducentes para ello, que integrarán el título suficiente de sus derechos.

1.7. La adecuación. ¿Nueva incumbencia notarial?

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

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

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

> Para llevar a cabo la referida adecuación será necesario contar con una decisión unánime, en virtud de sus efectos sobre derechos subjetivos patrimoniales de cada uno de los socios-accionistas en relación con las parcelas de las que son propietarios. La adecuación que se pretenda, voluntaria para nosotros, implicará transformar las parcelas graficadas en los planos de subdivisión que fueron citados, en las unidades de aprovechamiento independiente que surgirán del plano de subdivisión en propiedad horizontal.[25]

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

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

A efectos de garantizar el ejercicio del derecho de defensa, el notario debería articular –y poder acreditar– un procedimiento con fines de adecuación que asegure el conocimiento y la máxima participación de los sujetos involucrados. Al respecto, sirven de pautas orientativas algunos artículos del CCCN que son de aplicación operativa o funcional en esta materia. Así: el artículo 2059, sobre convocatoria y quórum de las asambleas de propiedad horizontal, que delinea un procedimiento analogable; el artículo 2061, que requiere la conformidad expresa del titular para decisiones de las asambleas de propiedad horizontal para asuntos que impliquen "supresión o limitación de derechos acordados a unidades funcionales" pero no para cuestiones de funcionamiento cotidiano y que permite proponer decisiones comunicadas en forma fehaciente, las que se considerarán aprobadas a los quince días de notificadas, excepto que estos se opongan antes por igual medio; la caducidad a los treinta días del derecho de promover acción judicial de nulidad de la decisión tomada; el artículo 2063, sobre asambleas judiciales. Estos artículos merecen ser ponderados para su utilización en forma análoga en sede notarial, a efectos de legitimar la actuación de los otorgantes de un título de adecuación.

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

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

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

El deber de adecuación involucra a todos los operadores del derecho vinculados con los CI. El deber de adecuación del tercer párrafo del artículo 2075 está dirigido a todos los operadores de derecho involucrados: notarios, catastros, registros, municipios, cajas previsionales, administraciones tributarias, jueces, etc., quienes deberán propender a la

facilitación de estos procedimientos mediante políticas tributarias afines con la finalidad de seguridad jurídica del Código.

Cabe exhortar a todos los poderes públicos y funcionarios involucrados en los procedimientos de adecuación a quienes va dirigido este imperativo legal impuesto por el artículo 2075 CCCN (organismos y administraciones locales, notariado en general, y sus organizaciones conexas, como Cajas previsionales, colegios notariales, Registros, Catastros, Municipios, etc.) al establecimiento de todas las facilidades derivadas de una política de Estado que tienda a remediar la inseguridad jurídica provocada por su omisión legislativa, flexibilizando y eliminando de costos y recaudos administrativos, de modo tal de fomentar las adecuaciones voluntariamente asumidas con el fin de prevenir mayores daños. En este sentido, las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017) concluyeron por amplia mayoría:

> Se exhorta a los organismos municipales, provinciales y nacionales a eximir tributariamente y facilitar los actos necesarios para convertir a los conjuntos inmobiliarios preexistentes al derecho de propiedad horizontal especial.[26]

Con esta misma sintonía de facilitar los procedimientos de adecuación, hemos sostenido y fundado que no son necesarias ni exigibles a efectos de las adecuaciones –tanto en sede notarial como judicial y registral– las constancias de las conformidades de los acreedores preexistentes (hipotecarios ni embargantes) que gravan las parcelas involucradas en las adecuaciones; así como tampoco las de los usufructuarios ni usuarios de los lotes como tales, todos ellos anteriores a la adecuación, para el otorgamiento ni para la inscripción registral con plenos efectos de los títulos de adecuación.[27]

2. Propuestas

2.1. *De lege lata*

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

No resulta coherente con todo el ordenamiento jurídico ni con elementales normas de la lógica y el lenguaje concebir a los conjuntos inmobiliarios preexistentes como los previos a la adecuación, en lugar de referirse con estos términos a los nacidos con anterioridad a la vigencia del nuevo Código. No es conforme al derecho vigente constituir un nuevo conjunto inmobiliario, con posterioridad al 1º de agosto de 2015, en base a

26. Kiper, Cossari N., Corna, Puerta, Franchini, Vázquez, Guardiola, Alterini I., De Rosa C., Pepe, Bitar, Stachiotti, Alterini, J. H., Abreut, Boqué, Bressan, Cossari, L. Daguerre, Dallaglio, De Rosa, D., Fernández Hilda, Garay, Urbaneja, Linares, Lloyd, Luna, Massiccioni, Farina Nadalina, Navarro de Zavalía, Noriega, Palomanes, Politis, Pujol, Ruiz de Erenchun, Zuvilivia, Pérez, Pedro, Chaves, Abella. En contra: Franchini, Stachiotti, Bitar. Abstención: De Rosa D.

27. Ver Linares de Urrutigoity, Martha, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/6/2017 (t. 2017-D) y en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, agosto 2017; cita online: AR/DOC/1086/2017. [*N. del E.*: ver Bressan, Pablo E. y Linares, Martha, "Una interpretación jurídica del concepto de conjuntos inmobiliarios" {online}, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 926, 2016, http://bit.ly/RDN926-conjuntos].

derechos distintos a la PHE. No obstante, cabe contemplar aquellos casos excepcionales de CI cuyos trámites de conformación se iniciaron antes de la entrada en vigencia del CCCN, en base a instrucciones y recaudos de la anterior normativa vigente, por lo que podrían argüir a su favor derechos constitucionalmente protegidos.

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

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

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

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

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

2.2. *De lege ferenda*

En caso de persuadirnos de la inconveniencia, inoportunidad o falta de racionalidad de lo normado por el tercer párrafo del artículo 2075 CCCN, se deberá propender a su modificación, ya sea introduciendo un procedimiento de adecuación *ad hoc* o mediante su simple derogación. Mientras ello no suceda, entendemos que estamos ante derecho vigente y, por tanto, exigible y vinculante, aun en sede judicial. Como se ha dicho,

> … "es el legislador el encargado de percibir cuándo la norma deja de ser exigible por desuetudo, o cuándo excede el ámbito para el que fue creada, y a partir de ello elaborarla o modificarla para que […] cumpla con el fin previsto".[28]

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

3. Bibliografía

Alberdi, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

Alegría, Héctor y otros [comisión Decreto PEN 685/1995], *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998.

AA.VV., [conclusiones de las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Buenos Aires, 1987}].

— [conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Córdoba, 2009}].

— [conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil {La Plata, 2017}].

— [conclusiones de la XXXII Jornada Notarial Argentina {Buenos Aires, 2016}].

Berute, Elisa G. y otros, "Con o sin ley. Formas modernas de propiedad inmobiliaria", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 963, 2009.

Bressan, Pablo E. y Linares, Martha, "Una interpretación jurídica del concepto de conjuntos inmobiliarios" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 926, 2016, http://bit.ly/RDN926-conjuntos.

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

— "Conjuntos inmobiliarios preexistentes. Acotaciones al deber de adecuar", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 24/10/2017 (t. 2017-E, cita online AR/DOC/2737/2017)

— "Los marcos normativos de ciertas urbanizaciones privadas", en *La Ley*, Buenos Aires, 7/8/2018 (t. 2018-D, cita online AR/DOC/1571/2018).

— "Proyecto de legislación en trámite. Aplicación de la Ley 13512. Mitos y realidades de los barrios cerrados" [disertación en las II Jornadas sobre Planificación de Urbanizaciones Especiales {Chacras de Coria, 2000}].

De la Rosa, Carlos L. y otros, [proyecto de ley de propiedad residencial; expedientes 1607-S-1998 y 508-S-2000], Buenos Aires, Cámara de Senadores de la Nación, 9/9/1998, 7/4/2000.

Falbo, Marcelo M. (y Falbo, Santiago colab.), [comentario al art. 384], en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 2, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

Fernández de Kirchner, Cristina y otros, [Mensaje PEN 884/2012 al Honorable Congreso de la Nación; expediente 57-PE-2012], Buenos Aires, Cámara de Senadores de la Nación, 7/6/2012.

González de Duhalde, Hilda, [proyecto de ley; expediente 112-S-2007], Buenos Aires, Cámara de Senadores de la Nación, 5/3/2007.

Guardiola, Juan J. y Urbaneja, Marcelo E., "La propiedad horizontal especial en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Nº 14304, 8/11/2017 (t. 275).

28. Berute, Elisa G. y otros, ob. cit. (cfr. nota 17), pp. 750-751 (donde se cita a Oriol, Julieta E., "Propiedad horizontal", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 916, 1993).

Highton de Nolasco, Elena I., "Reforma al Código Civil y Comercial. Principios y disposiciones generales en materia de derechos reales", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. 2012-2 "Proyecto de Código Civil y Comercial - I".

Kiper, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, (2ª ed. act.).

Linares de Urrutigoity, Martha, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/6/2017 (t. 2017-D) y en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, agosto 2017; cita online: AR/DOC/1086/2017.

Lorenzetti, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.

Mera, Dalmacio E. y otros, [proyecto de ley; expediente 3972-S-2016], Buenos Aires, Cámara de Senadores de la Nación, 6/10/2016.

Negroni, María L. y Puerta de Chacón, Alicia, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/5/2016 (t. 2016-C, cita online AR/DOC/976/2016).

Rivera, Julio C. y otros [comisión Decreto PEN 182/2018], [anteproyecto de modificación parcial del Código Civil y Comercial elevado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos], Buenos Aires, 2018.

Saucedo, Ricardo J., "Conversión formal", en Armella, C. N. (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, t. 3, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

Telmo Pérez, Jorge, [proyecto de ley de régimen de urbanizaciones privadas especiales; expediente 6865-D-1999], Buenos Aires, Cámara de Diputados de la Nación, 15/2/2000.

Del orden cronológico en las escrituras públicas*

Sonia Lukaszewicz**

RdN 933

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

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

Fechas de recepción y aceptación
14/8/2018 - 7/11/2018

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

1. Introducción. Forma de la declaración de voluntad

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

* Edición revisada y ampliada de la ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017). Ver online en http://bit.ly/RDN933-orden.

** Información de la autora en http://bit.ly/RDN-Lukaszewicz.

1. Ver Núñez Lagos, Rafael, "Los esquemas conceptuales del instrumento público", en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, 1953, p. 31.

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

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

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

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

En el primer caso, la elección de la forma responde a la necesidad de probar la existencia del contrato, ya que la legislación no impone, no exige una forma particular para contratar.[6] En tanto que, en el segundo supuesto, se establece legislativamente una forma de contratación que, incumplida, modifica el efecto del contrato celebrado por exclusivo designio de ley: los contratantes quedan obligados a otorgar el instrumen-

2. Art. 262 CCC.

3. Art 284 CCCN.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Requisitos de validez de la escritura pública

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

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

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

> A) *Documentos nulos*
>
> 1) *En razón del autor*. a) Falta de firma del autorizante […]; b) falta de competencia material, territorial y personal (arts. 980 y 985 Cód. Civil); c) falta de investidura o capacidad (art. 983).
> 2) *Por razón de los sujetos instrumentales*. a) Falta de firma de alguno de los comparecientes; b) falta de la firma a ruego cuando corresponda; c) falta de firma o incapacidad de uno o más testigos cuando su presencia fuese requerida o necesaria.
> 3) *Por razón de la forma*. a) Extensión del documento en hojas que no cumplen los extremos legales para ser considerado protocolo […]; b) inobservancia de las formalidades enumeradas en el art. 1004 primera parte; c) transgresión al orden cronológico (art. 1005).
>
> B) *Documentos anulables*
>
> a) Por declaración de falsedad material o ideológica (art. 989); b) cuando tuviese enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales no salvadas al fin (art. 989).[9]

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

- Reglas generales: libro primero "Parte general", título IV "Hechos y actos jurídicos", capítulo 5 "Actos jurídicos", sección 4ª "Instrumentos públicos".
- Reglas especiales: libro primero "Parte general", título "Hechos y actos jurídicos", capítulo 5 "Actos jurídicos", sección 5ª "Escritura pública y acta".

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

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

1. En razón del autor:

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

2. En razón de las partes y demás comparecientes:

a) Que esté suscripta por las partes[11] o sus representantes, por los firmantes a ruego y los testigos cuando sean requeridos (arts. 290 inc. b, 309, 2480).
b) Que los testigos sean hábiles (arts. 295 y 2481).

3. En razón del instrumento:[12]

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

3. Las nulidades expresas

Cuando hablamos de nulidades y nos referimos al negocio jurídico, al contenido y no al continente, la lectura de los artículos 382-397 CCCN impacta en aquellos que tratan de sistematizar el régimen de las nulidades previsto, sobre todo por la falta de normas equivalentes al artículo 1037 CCIV, el cual legislaba sobre nulidades expresas, y de aquellas relacionadas con el acto anulable o con la nulidad refleja. Nos referimos en este caso a las nulidades del acto, no del instrumento, y coincidimos con quienes opinan que, aun con la ausencia de norma equivalente al citado artículo 1037 CCIV, las nulidades no pueden ser producto de la discrecionalidad del juzgador.[14]

Sin embargo, en el ámbito de las nulidades instrumentales de la escritura pública, el codificador sí enuncia las causas por las cuales una escritura es nula, por ende, en este

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

11. Aplicando principios generales del derecho, ha resuelto en opuesto sentido CNCiv., Sala B, 19/11/2014, "Maristany Dedesma Paula Nancy c/ Torres Ramón s/ sucesión ab-intestato s/ acción declarativa (art. 322 Código Procesal)". [*N. del E.*: ver en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 918, 2014, http://bit.ly/RDN918-nulidades].

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

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

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

caso, **las nulidades son expresas**, no pudiendo inferirse otras por imperio del mismo artículo 309, que en su parte final sostiene: "La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos[15] pueden ser sancionados". Por ello, no es nulo el instrumento escritura pública si se incumple alguno de los preceptos mencionados en los artículos 301-308 CCCN.

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

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

- Llegar a la conclusión de que su inobservancia proviene de un error material (de impresión, p. ej., donde habiendo dos instrumentos impresos se alteró el orden de fecha escrita pero la firma tuvo lugar en el tiempo cronológico real[16]); o
- Falsedad ideológica, donde por lo menos una de las escrituras contiene una fecha que no es verdadera.

> "En nuestro sistema formal […] no existe ninguna posibilidad de que una escritura no esté en el lugar que por su orden de otorgamiento le correspondiere, dado que el libro de registro o protocolo es preexistente y se numera, sella y rubrica en blanco […] en principio esa anormalidad puede tener por origen un **mero error** cuando se consignó el día mes o año fácilmente demostrable por otros elementos del protocolo, o una **falsedad** en la fecha que, una vez probada, ocasionará la invalidez del documento".[17]

En síntesis, el vigente artículo 296 CCCN establece: "El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto […] a la fecha […] hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal".[18] Por ello, hasta la decisión judicial, la primera conclusión, el error, se impone no en defensa del notario sino en defensa de la ley, del instrumento, de los contratantes. Y, por ello, hasta tanto se demuestre la falsedad de la fecha, la escritura es válida y eficaz.

Por supuesto, no es intención alguna proteger el accionar desprolijo, descuidado ni mucho menos promoverlo, sino simplemente advertir que, en la labor notarial –por más

15. En referencia a cónsules en uso de facultades notariales.

16. Supongamos que se imprimieron las escrituras 7001 y 7002 y la segunda tiene fecha anterior a la primera, habiéndose firmado las mismas en fecha mencionada en el instrumento.

17. Etchegaray, Natalio P., "Sobrevuelo notarial del Código Civil y Comercial. Escrituras y actas. Artículos 299 a 312" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 921, 2015, http://bit.ly/RDN921-escrituras; cita de Capurro, Vanina L. y Etchegaray, Natalio P., *Derecho notarial aplicado* (colección "Función notarial"; dirigida por Natalio Pedro Etchegaray, v. 1), Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 154.

18. Este hecho del mundo interior, este razonamiento del notario hoy se encuentra protegido por la plena fe. Ver Pelosi, Carlos, ob. cit. (cfr. nota 9).

cuidadosos que seamos– no estamos exentos del error. Es nuestra condición humana. Y es cierto: el error en este caso es reprochable, y por ello la sanción disciplinaria, pero no la invalidez.

4. Bibliografía

Cifuentes, Santos, [comentario al art. 974], en Belluscio, A. C. (dir.), Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 4, Buenos Aires, Astrea, 1988.

Etchegaray, Natalio P., "Sobrevuelo notarial del Código Civil y Comercial. Escrituras y actas. Artículos 299 a 312" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 921, 2015, http://bit.ly/RDN921-escrituras.

Lorenzetti, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.

López Mesa, Marcelo J., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos procesales y administrativos. Comentarios al nuevo Código Civil y Comercial. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, B de F, 2015, (2ª ed.).

Núñez Lagos, Rafael, "Los esquemas conceptuales del instrumento público", en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, 1953.

— *Hechos y derechos en el instrumento público*, Madrid, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950.

Pelosi, Carlos, *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, t. 2, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, [ed. actualizada por J. M. Olaciregui].

Spota, Alberto G., *Contratos. Instituciones de derecho civil*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2ª ed. [actualizada por Luis F. P. Leiva Fernández].

Marco legal de los conjuntos inmobiliarios

Adecuación*

Silvia M. Massiccioni**

RdN 933

RESUMEN

El artículo aborda la regulación que realiza el Código Civil y Comercial de la Nación en materia de conjuntos inmobiliarios, en particular el marco legal impuesto por el artículo 2075, la adecuación prevista para determinados desarrollos preexistentes y la problemática que ello suscita. Se concluirá: que la obligatoriedad de adecuación no alcanza a los conjuntos constituidos exclusivamente bajo la forma de derechos reales; los preexistentes constituidos bajo la forma de propiedad horizontal quedan convalidados por la nueva normativa, no siendo necesaria la confección de nuevo plano ni reglamento; que en los preexistentes constituidos bajo la forma de otros derechos reales, la adecuación no es obligatoria pero puede ser ejecutada si lo deciden por unanimidad sus titulares, produciéndose la modificación de los derechos reales involucrados; que respecto de los constituidos bajo la forma de derechos personales o donde coexistan derechos reales y personales, existe obligatoriedad de adecuación; que los títulos de conjuntos inmobiliarios preexistentes respecto de los cuales existe obligatoriedad de adecuación no deben ser observados en caso de no adecuación hasta que se reglamente por ley el plazo y procedimiento de adecuación.

PALABRAS CLAVE

Conjuntos inmobiliarios; derecho real autónomo; marco legal; propiedad horizontal especial; adecuación.

Fechas de recepción y aceptación
23/11/2018 - 20/12/2018

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Panorama normativo anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.* ***3.*** *Proyectos legislativos.* ***4.*** *Creación de un nuevo derecho real autónomo.* ***5.*** *Regulación de los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial de la Nación.* ***6.*** *Marco legal impuesto para los conjuntos inmobiliarios en el artículo 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación: propiedad horizontal especial.* ***7.*** *Conclusiones.*

* La autora retoma y amplía en el presente ideas tratadas en dos ponencias, presentadas en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017) y en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 2016), respectivamente. Ver online en http://bit.ly/RDN933-conjuntos2.

** Información de la autora en http://bit.ly/RDN-Massiccioni.

1. Introducción

La regulación que plantea el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, "CCCN") en materia de conjuntos inmobiliarios presenta significativas innovaciones respecto del panorama normativo anterior a su entrada en vigencia, que nos invitan a reflexionar sobre su sentido y alcance. Nos proponemos compartir aquí algunas dudas, interrogantes e ideas sobre el marco legal impuesto por el artículo 2075 del referido cuerpo normativo, en especial la adecuación prevista para determinados desarrollos preexistentes y la problemática que suscita.

2. Panorama normativo anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial

Los conjuntos inmobiliarios en sus diversas modalidades (clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, entre otras) nacieron y se desarrollaron fácticamente en nuestro país bajo un régimen jurídico de fondo que no pudo siquiera imaginarlos al momento de su sanción,[1] originándose al respecto un vacío legislativo en la materia, que ante la falta de respuesta de la legislación nacional, las normas locales procuraron remediar. Cabe recordar, en primer lugar, que para implementar dichos emprendimientos, cualquiera sea su modalidad, deben cumplirse normas urbanísticas propias del derecho administrativo del lugar en el que se sitúan. Dichas normas coexisten con las de derecho privado tendientes a resguardar a los sujetos involucrados en el emprendimiento desde promotores, inversores y/o desarrollistas hasta adquirentes de lotes o fracciones privativas.

Refiriéndonos exclusivamente a los derechos subjetivos en juego, por tratarse esencialmente de derechos patrimoniales, su regulación es competencia del Congreso de la

1. Señala Del Castillo, refiriéndose a los clubes de campo que "Los más antiguos como Tortugas o Highland Park […] nacieron porque un grupo de amigos que tenían aficiones hípicas comunes se reunieron en alguna quinta (propiedad de alguno de ellos), alrededor de la cual otros amigos fueron adquiriendo lotes que se iban fraccionando. En ellos construyeron sus quintas que usaban como casas de fin de semana o, como las califica la DGI, «viviendas transitorias». Tenían ciertos lugares que utilizaban en común. Por ejemplo: la pileta, canchas de tenis, la pista de equitación, las canchas de polo, las caballerizas y, en algunos de ellos, bungalows que usaban, turnándose, los fines de semana (más o menos como un tiempo compartido), cuando el número fue aumentando. No tenían más normas que las del Código Civil que reglaba su derecho de propiedad: el dominio de los dueños de las quintas en forma exclusiva y el condominio sobre los bienes que utilizaban en común. De a poco y para evitar los riesgos del condominio, empezaron a usar instituciones asociativas. Tenían las que proporcionaban las leyes civiles y comerciales: asociaciones civiles, sociedades civiles, sociedades comerciales (anónimas, S. R. L.), cooperativas. Al crecer, resolvieron fundar instituciones, que llamaron clubes de campo o country clubs. Como no tenían un tipo jurídico o instituto particular, buscaron figuras asociativas que les permitieran organizarse y entonces crearon sociedades civiles (La Martona), Sociedades Anónimas (Tortugas), S. R. L. y después Sociedad Cooperativa (Highland Park), Sociedades Anónimas sin fines de lucro (Olivos). Con el correr del tiempo, el desarrollo inmobiliario y la explosión demográfica –buscando una mejor calidad de vida– hizo que los inversores se dieran cuenta de que era un buen negocio la creación y comercialización de un club de campo. En estos emprendimientos se empezó a usar la Ley de Propiedad Horizontal. Así nacieron los que son hoy Miraflores, Los Cardales, Lagartos, El Argentino, Mapuche, Mayling, Campo Chico, San Diego, Las Praderas de Luján, Cuba Fátima, Cuba Villa de Mayo, etcétera […]. Aparecida la necesidad sociológica de agruparse para tener el beneficio de que varios propietarios individuales posean sectores comunes para hacer prácticas recreativas, deportivas, sociales o culturales o, ahora también, para seguridad y, al no haber un instituto previamente legislado, adecuaron la nueva modalidad a ciertos institutos jurídicos preexistentes en la legislación. Pero eso es como poner un molde a una realidad viva y en permanente modificación, no «encaja»" (Del Castillo, Francisco J., "Barrio cerrado y clubes de campo. Experiencia de su regulación y convivencia", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Nº 856, 1999, p. 56, http://bit.ly/RDN856-barrio).

Nación, conforme lo dispone el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional (CN), habiendo perdurado dicha carencia normativa hasta la entrada en vigencia del CCCN. Téngase presente que los primeros clubes de campo aparecieron en la provincia de Buenos Aires hace más de ochenta años, en plena vigencia del Código Civil, que nada decía al respecto. Y, como toda nueva manifestación social, sin solución legal, fue calificada y encuadrada por los operadores del derecho encargados de su implementación dentro de los tipos jurídicos existentes, pese a que para ello fuera necesario, en algunos casos, crear híbridos o, en otros, forzar la letra de la ley llegando incluso a desnaturalizarla. Fueron regulados bajo la forma de derechos reales, personales o mixtos (reales y personales a la vez) erigiéndose la última posibilidad como una opción frecuente a fin de armonizar las garantías que representan las normas imperativas propias de los derechos reales con el abanico de posibilidades característico de la autonomía de la voluntad.

No obstante lo valioso de la ingeniería jurídica ideada, lo cierto es que la misma en muchos casos resultaba incompatible con el sistema de *numerus clausus* de los derechos reales imperante en el Código Civil derogado (en adelante, "CCIV"), receptado también en el nuevo Código, en virtud del cual no existen otros derechos reales que los creados por ley y estos no pueden ser modificados por voluntad de los particulares.[2] En el campo de los derechos reales, se utilizaron las figuras del dominio (perfecto o imperfecto) y condominio en forma independiente o combinadas entre sí; usufructo o uso y habitación; servidumbres recíprocas y propiedad horizontal, siendo esta última la más elegida por asegurar la inescindibilidad de partes privativas y comunes, pese a que admitir su aplicación tal como la concebía la Ley Nacional 13512 de Propiedad Horizontal tropezaba con serias dificultades que la hacían objetable sin una reforma legislativa que pudiera adaptarla a las particulares manifestaciones de estas novedosas formas de propiedad.[3]

En cambio, en el ámbito de los derechos personales se propusieron soluciones de tipo asociativo, ya sea bajo la forma de asociaciones o sociedades de diverso tipo, siendo las sociedades anónimas las más utilizadas. Y si bien es cierto que en este campo no existía la limitación del *numerus clausus* propia de los derechos reales, resultando inobjetables en el contexto jurídico imperante, también lo es que en los hechos al ser solo válidos entre partes contratantes y sus sucesores, pero no oponibles respecto de todos, muchas veces no ofrecían las garantías deseadas para los sujetos intervinientes. En consecuencia,

2. El sistema del *numerus clausus* en materia de derechos reales había sido consagrado en el art. 2502 CCIV: "Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer". Y en la nota al artículo, Vélez Sarsfield expresaba los fundamentos de la decisión estableciendo que "la multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades". A la vez, en la nota al art. 2828 disponía que "los actos y contratos particulares no podrían derogar la disposición del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales en general está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas y no depende de la voluntad de los particulares". El mismo principio ha sido receptado en el art. 1884 CCCN: "Estructura. La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura".

3. En especial, debe considerarse que los adquirentes generalmente lo eran de lotes de terreno pretendiendo ser propietarios exclusivos de dichos lotes, sobre los que luego edificarían, y tal cometido no podía cumplirse con el régimen de propiedad horizontal instaurado por la Ley Nacional 13512, conforme a la cual existían al menos dos cuestiones fundamentales que ponían en tela de juicio su aplicación: por un lado, el terreno sobre el que se asentaba el edificio era considerado el bien común por excelencia; en consecuencia, el terreno de todo el emprendimiento hubiera revestido el carácter de cosa común (art. 2); por el otro, la edificación debía existir al momento de constitución del derecho real de propiedad horizontal (art. 1), exigencia que difícilmente podía cumplirse, considerando que, en la mayoría de los casos, se adquirían lotes baldíos sobre los que luego se construía.

a fin de subsanar las fallas y llenar los vacíos que se presentaban recurriendo solo a los derechos reales o solo a los derechos personales, en la mayoría de los casos se utilizaban ambos, combinando, por ejemplo, derecho real de dominio o propiedad horizontal del adquirente del lote o fracción privativa con participación en una asociación o sociedad que le confería derechos respecto de las partes comunes.

Se advierte así que, pese a ser el Congreso de la Nación el único facultado para legislar derecho de fondo, ante la referida carencia normativa, han sido las provincias y dentro de ellas los municipios los que, obligados por las fuerzas de las circunstancias, comenzaron a regular la situación mediante leyes, decretos, resoluciones y ordenanzas, que aunque necesarios para remediar la ausencia de legislación nacional, eran a todas luces cuestionables, en muchos casos por exceder su órbita de facultades y en otros por vulnerar principios y hasta el ornamento mismo de los derechos reales a los que recurrían, fundamentalmente el de propiedad horizontal.

Lo expuesto evidencia que resultaba imperiosa la regulación del régimen jurídico de fondo aplicable. Dicha regulación, que con variantes[4] se venía reclamando hace tiempo desde la comunidad jurídica en general, plasmó en realidad normativa con la entrada en vigencia del CCCN el día 1º de agosto de 2015.[5]

3. Proyectos legislativos

Señala Cossari, reproduciendo las normas respectivas del proyecto de reformas a la Ley 13512 de autoría de los Dres. Allende, Alterini, Chevallier Boutell y Durañona y Vedia (1981), y de los Proyectos de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, de la Comisión Federal de 1993 y de 1998, que

> … soslayando los matices que presentan, los proyectos que antecedieran al Código Civil y Comercial se encontraban dirigidos a modificar aspectos de la propiedad horizontal para permitir su adaptación a las expresiones modernas de la propiedad inmobiliaria que en cada caso se incluyen y ello siempre que los particulares decidan configurarlas como derechos reales. En particular, la modificación central de la propiedad horizontal para proyectarla en los conjuntos inmobiliarios consiste en reconocer que pueden existir unidades de propiedad privativa sobre el terreno, pues es de máxima transparencia que en la propiedad horizontal el terreno es necesariamente común de todos los consorcistas (conf. Fundamentos del Proyecto de 1998).[6]

En el mismo sentido, el Proyecto de CCCN de 2012, bajo el título VII del libro IV "Derechos reales", contemplaba la figura bajo l0a denominación "Conjuntos inmobiliarios". El referido proyecto, sin crear un derecho real autónomo, adaptaba el de propiedad horizontal "a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial", admitiendo que pudieran existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecieran los derechos como personales o donde coexistieran derechos reales y derechos personales, en estos términos:

4. Existían al respecto dos corrientes bien definidas: una que proponía la adecuación del derecho real de propiedad horizontal, por considerarlo el más afín para regir los conjuntos inmobiliarios, y otra que bregaba por su regulación como derecho real autónomo.

5. El CCCN entró en vigencia el día 1/8/2015 por Ley Nacional 27077, que sustituyó el art. 7 de la Ley 26994.

6. Cossari, Nelson G. A., [comentario al art. 2075], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 22.

> Artículo 2075. *Marco legal.* Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.
> Cuando se configuran derechos reales, los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título VI de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.
> Pueden asimismo existir conjuntos inmobiliarios en los que se establecen los derechos como personales o donde coexisten derechos reales y derechos personales.

4. Creación de un nuevo derecho real autónomo

El CCCN crea como nuevo derecho real autónomo el de conjuntos inmobiliarios, apartándose de las recomendaciones provenientes de diversos encuentros científicos, en especial de las XI y XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil,[7] de gran parte de la doctrina autoral y de las normas proyectadas, en el sentido de no ampliar el *numerus clausus* imperante en nuestro país para los derechos reales cuando las nuevas manifestaciones fácticas puedan encuadrarse adaptando las categorías existentes (para el caso, específicamente la propiedad horizontal). No desconocemos las objeciones planteadas en doctrina, que compartimos, respecto a su autonomía como derecho real, desde que los emprendimientos sujetos a su régimen deben conformarse jurídicamente como derecho de propiedad horizontal especial.

5. Regulación de los conjuntos inmobiliarios en el CCCN

El CCCN, en el libro IV "Derechos reales", título I "Disposiciones generales", capítulo 1 "Principios comunes", incorpora al elenco de los derechos reales enumerados en el artículo 1887 los conjuntos inmobiliarios (inc. d), erigiendo la figura como un nuevo derecho real autónomo, conforme se indica en el apartado anterior. Y luego, bajo la citada denominación, que debe considerarse genérica, el título VI del mismo libro regula en su capítulo primero a los señalados por la doctrina como conjuntos inmobiliarios propiamente dichos o específicos (arts. 2073-2086), dedicándose al tiempo compartido en el capítulo segundo (arts. 2087-2102) y a los cementerios privados en el capítulo tercero (arts. 2103-2113), que también han sido consagrados como nuevos derechos reales autónomos en los incisos e) y f) del artículo 1887.

5.1. Denominación

Adherimos a las observaciones formuladas por parte de la doctrina sobre la denominación utilizada para el título VI, citado precedentemente, que en sus tres capítulos comprende y regula respectivamente conjuntos inmobiliarios propiamente dichos, tiempo compartido y cementerios privados. Adviértase que utiliza la misma denominación tanto para el título que comprende tres capítulos como para el primer capítulo, lo que desde

7. XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987) y XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (y V Congreso Nacional de Derecho Civil) (Córdoba, 2009).

el punto de vista metodológico induce a confusión. Entendemos que debió haberse utilizado para el título VI otra denominación genérica de las tantas que se han sugerido,[8] inclinándonos por las de "formas coparticipativas de propiedad" o "propiedades coparticipativas", propuestas por Andorno, Frickx y Luna.[9]

5.2. Caracterización

El derecho real de conjuntos inmobiliarios en la economía del nuevo Código debe calificarse además como derecho sobre cosa total o parcialmente propia, principal, registrable y que se ejerce por la posesión.[10] Por su parte, el artículo 2073[11] no conceptualiza a los conjuntos inmobiliarios sino que con una fórmula amplia refiere a su objeto enunciando de manera no taxativa las distintas modalidades que se han desarrollado en nuestro país (clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales) por lo que entendemos que conforme al citado precepto quedan sujetos al nuevo régimen todos aquellos emprendimientos, independientemente de su calificación, que reúnan los elementos característicos establecidos en el artículo 2074: cerramiento, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas.

A continuación, lejos de abordar íntegramente el articulado del referido capítulo 1 título VI del libro IV, tal como anticipamos, pretendemos compartir algunos interrogantes, dudas y reflexiones sobre el aspecto que consideramos como el más relevante a dilucidar de la nueva normativa. Nos referimos concretamente al marco legal impuesto por el artículo 2075 del CCCN, en especial a la obligatoriedad de adecuación para determinados desarrollos preexistentes y la problemática que suscita su sentido y alcance.

6. Marco legal impuesto para los conjuntos inmobiliarios en el artículo 2075 del Código Civil y Comercial: propiedad horizontal especial

Entendemos que el análisis del artículo 2075 CCCN referido al marco legal de los conjuntos inmobiliarios debe estructurarse en tres partes correspondientes a cada uno de los párrafos que componen su redacción. El primero establece como pauta general que la regulación de los elementos urbanísticos corresponde a las normas administrativas

8. P. ej., el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998 refiere en sus fundamentos a "nuevas formas de propiedad" y, en el título VII del libro quinto "De los derechos reales", las denomina "propiedades especiales".

9. Andorno, Luis O., Frickx, Norberto O. y Luna, Daniel G., *Clubes de campo. "Countries"*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, pp. 31-32.

10. Conforme arts. 1888-1891 CCCN.

11. Art. 2073 CCCN: "Concepto. Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales".

locales; el segundo refiere al régimen jurídico aplicable para los conjuntos inmobiliarios que se constituyan a partir de su entrada en vigencia; y el último impone la adecuación de determinados conjuntos inmobiliarios preexistentes al nuevo marco legal establecido. Nos ocuparemos de cada uno de ellos.

6.1. Aspectos urbanísticos

El primer párrafo del artículo 2075 dispone:

> Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

La disposición respeta el federalismo, por lo que, desde nuestro punto de vista, no merece observación alguna. Y esto es así porque, como explican claramente Abella y Mariani de Vidal,

> … los conjuntos inmobiliarios son formas de ordenar el suelo llevadas a cabo por particulares que asumen la responsabilidad de desarrollar un plan con fines específicos y determinados para determinada área urbana, suburbana o rural. Para ello, las jurisdicciones locales deben establecer políticas destinadas a la adecuada organización de las actividades en el espacio, orientar y condicionar las acciones de los sectores públicos y privados, y cubrir las exigencias que delimiten el ejercicio del derecho de propiedad y las demás funciones y usos que deben y pueden desarrollarse en el ámbito circunscrito.[12]

Naturalmente, las normas administrativas locales deben adecuarse al nuevo derecho de fondo.

6.2. Régimen jurídico de fondo para los nuevos conjuntos inmobiliarios

El segundo párrafo del artículo 2075 expresa:

> Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

El precepto admite como única posibilidad para todos los conjuntos inmobiliarios constituidos o que se constituyan a partir de la entrada en vigencia del CCCN el sometimiento a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el título V del libro IV, con las modificaciones que establece el título VI del referido cuerpo normativo, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

Y con la misma claridad indican Abella y Mariani de Vidal que

> … es un derecho de propiedad horizontal *especial* porque, a diferencia del régimen de la propiedad horizontal común: a) el nuevo Código dispone que las unidades privativas *pue-*

12. Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, (a) "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/4/2015 (t. 2015-B, cita online AR/DOC/677/2015). Ver también Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, (b) "Los conjuntos inmobiliarios y la deuda por expensas comunes. Otra vez el problema de la vía procesal para su cobro en los preexistentes", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 22/3/2017 (t. 2017-B, cita online AR/DOC/694/2017), comentario al fallo CNCom., Sala C, 13/10/2016, "Altos de los Polvorines SA c/ Castaño, Mariana s/ ejecutivo" (ver más adelante nota al pie 19).

> *den hallarse construidas o en proceso de construcción* (art. 2077); b) porque se determina que solo "son necesariamente comunes las partes y lugares del terreno destinados a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales" (art. 2076); y c) porque se da cabida al derecho de admisión al regular la "transmisión de unidades" en el art. 2085.[13]

El nuevo Código, apartándose de los lineamientos del Proyecto de 2012 remitido por el Poder Ejecutivo Nacional,[14] ha optado por eliminar la posibilidad de regularlos combinando otros derechos reales o bajo la forma de derechos personales imponiendo la conformación únicamente bajo el régimen de orden público de los derechos reales y dentro de éstos, específicamente el de propiedad horizontal especial. La única opción, inexistente en el Proyecto y producto del tratamiento legislativo posterior, ha sido receptada con beneplácito por parte de la doctrina fundándose en las indudables ventajas que confieren los derechos reales. En tanto que, desde otro sector, se señala que la norma ha desconocido la realidad social, en la que muchos de los conjuntos inmobiliarios se han desarrollado exitosamente bajo la forma de derechos personales o combinando derechos reales y personales.

6.3. Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes al Código Civil y Comercial

El párrafo final del artículo 2075 establece:

> Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real.

La obligatoriedad de adecuación para los conjuntos inmobiliarios que en la disposición se indican se presenta como una novedad no prevista en el Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo en el año 2012 ni en ninguno de los proyectos anteriores, al igual que la opción única de configuración bajo el régimen de los derechos reales. La disposición, sin antecedentes, fue producto del tratamiento legislativo previo a la sanción del Código es objeto de fuertes críticas provenientes de la más calificada doctrina autoral nacional.

Se señala al respecto que la norma no establece plazo, procedimiento ni sanción. Se indica, además, que no prevé todas las situaciones por referirse únicamente a los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y personales sin referirse a los implementados adoptando uno o más derechos reales. Y prestigiosos autores reflexionan sobre su constitucionalidad. Así, por ejemplo, una corriente sostiene que la norma "impresiona como de muy dudosa constitucionalidad",[15] desde que la adecuación a los conjuntos inmobi-

13. Ídem (la cita se ubica en ambas obras, pp. 6 y 7, y p. 4, respectivamente).

14. Ver texto del art. 2075 del Proyecto de 2012 transcripto en el apartado 3 del presente.

15. Abella y Mariani de Vidal expresan que "la exigencia de adecuación, impuesta por el art. 2075, último párrafo, relativamente a los *conjuntos inmobiliarios preexistentes* a la entrada en vigencia del nuevo Código, impresiona como de muy dudosa constitucionalidad, lesiva de la garantía de la propiedad (art. 17, Constitución Nacional) e incluso contraria a lo dispuesto por el art. 7 del propio Código. En efecto, si el conjunto inmobiliario fue creado con arreglo a las normas en vigor en momento anterior, tal creación constituye una situación jurídica consolidada. Y al amparo de esa situación jurídica consolidada se habrán generado derechos incorporados a los respectivos patrimonios (del propio conjunto inmobiliario y de sus integrantes). Tales derechos no pueden ser modificados –ni se puede

liarios podría afectar derechos patrimoniales adquiridos amparados por la garantía de inviolabilidad de la propiedad consagrada en el artículo 17 de la Constitución Nacional, contrariando incluso lo dispuesto por el mismo Código sobre la eficacia temporal de las leyes prevista en su artículo 7. En tanto que desde otros sectores se admite que la disposición constituye una excepción al principio de irretroactividad del artículo 7 "y que en su caso habría que demostrar judicialmente que se afectan derechos constitucionales adquiridos",[16] o que se justifica si su aplicación es más beneficiosa para el interés general y el particular del titular del derecho, por lo que es necesario analizar los efectos de la adecuación en relación a los encuadres jurídicos preexistentes.[17]

Se plantea también que la adecuación puede abordarse de dos maneras: formal o estructural, referida a la instrumentación necesaria para configurar jurídicamente el conjunto inmobiliario preexistente dentro del marco de la propiedad horizontal especial, y funcional u operativa, referida a la aplicación inmediata del régimen de propiedad horizontal especial del CCCN a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas emergentes de los conjuntos inmobiliarios preexistentes.[18] Respecto de ambas existen posicionamientos diversos sobre su posibilidad de cumplimiento y jurisprudencia opuesta[19] en torno a la admisión de la denominada adecuación funcional.

---

obligar a sustituirlos por otros–, aun cuando se entienda que el régimen de los derechos reales es de orden público (arg. art. 1884 del nuevo Código). Porque ello querría decir que, al afectarse la constitución de una situación jurídica que tuvo lugar con anterioridad, el legislador ha dotado a los nuevos dispositivos de efecto retroactivo en un ámbito en el que le está vedado avanzar, que es el de los derechos amparados por garantías constitucionales (art. 17, Constitución Nacional; art. 7 Código Civil y Comercial de la Nación)" (Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, obs. cits. [cfr. nota 12], pp. 12-13 y p. 5, respectivamente).

16. Ver Negroni, María L. y Puerta de Chacón, Alicia, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/5/2016 (t. 2016-C, cita online AR/DOC/976/2016), p. 2 (las autoras remiten a Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, §57.5, p. 164, y a Colman Lerner, Horacio, *Conjuntos inmobiliarios. Countries y barrios cerrados. Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015, p. 71).

17. Negroni y Puerta expresan que "la aplicación retroactiva de la ley se justifica si es más beneficiosa para el interés general y el particular del titular del derecho. Por tal razón, la medida de adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes al régimen de la propiedad horizontal especial exige ingresar en el casuismo y distinguir la diversa tipología del encuadre jurídico que para ellos ofrecía el mercado inmobiliario con anterioridad a la sanción del nuevo Código" (ídem, p. 2).

18. En tal sentido, Negroni y Puerta explican que "la cuestión de la adecuación […] puede ser abordada de dos maneras: la adecuación formal o estructural y la adecuación funcional u operativa. La primera importa cambiar la configuración jurídica del conjunto inmobiliario preexistente y refiere a los instrumentos que se deben realizar para registrar el conjunto inmobiliario en el marco de la propiedad horizontal especial. La segunda concierne a la aplicación del CCyC a las consecuencias jurídicas de la situación y relaciones jurídicas que nacen de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Este análisis exige ingresar en el casuismo de la configuración jurídica de los conjuntos inmobiliarios preexistentes" (ídem, p. 5).

19. Así, por un lado, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil parece haber admitido la denominada adecuación funcional al disponer que "la sentencia que mandó llevar adelante la ejecución por expensas de un barrio cerrado debe confirmarse, pues, como los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal en virtud de lo dispuesto por el art. 2075 del Cód. Civ. y Com., y los preexistentes se deben adecuar a las previsiones que regulan este derecho real, de ello se colige que resulta plenamente aplicable el art. 524 del Cód. Proc., que determina el carácter ejecutivo del título por expensas comunes" (CNCiv., Sala A, 28/8/2015, "Lagunas del Polo Barrio Cerrado SA c/ G. L. G. s/ ejecución de expensas" [del sumario en *La Ley*, 1/12/2015 {t. 2015-F}, *Doctrina Judicial*, 9/3/2016, *Revista Código Civil y Comercial*, diciembre 2015, y *Jurisprudencia Argentina*, t. 2015-IV; cita online AR/JUR/35901/2015]. Mientras que, en sentido opuesto, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió que "una sociedad que tiene por objeto el dominio y la administración de espacios comunes no tiene derecho a reclamar ejecutivamente el cobro de un certificado de deuda por expensas, pues no acreditó el cumplimiento de la adecuación a la normativa que regula los conjuntos inmobiliarios –art. 2075, Cód. Civ. y Com.–, por lo que no puede ejercer un beneficio derivado de la configuración

El tema fue abordado en la comisión Nº 4 de la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 2016), de la que participamos. Allí se trataron las posiciones doctrinarias citadas precedentemente y se distinguieron los dos tipos posibles de adecuación, estructural por un lado y funcional por el otro,

> … advirtiendo que la primera necesitaría una normativa de fondo de igual jerarquía que establezca plazo razonable, procedimiento y sanción, mientras que la adecuación funcional opera de pleno derecho de acuerdo con la actual legislación.[20]

Y, asimismo, se puso énfasis en la necesidad de estudiar caso por caso la obligatoriedad de adecuación, concluyéndose, entre otros puntos, que los conjuntos inmobiliarios estructurados bajo la órbita exclusivamente de derechos reales no deben adecuarse, por no hallarse comprendidos en los supuestos del artículo 2075 CCCN, sin perjuicio de la posibilidad de hacerlo en forma voluntaria. Se hizo hincapié, además, en que

> … la normativa que establezca el procedimiento de adecuación no sea delegada al ámbito provincial o municipal, por tratarse de derecho de fondo, atribución exclusiva del Congreso de la Nación…[21]

A la fecha, no existe legislación nacional que reglamente la disposición, y bajo el contexto doctrinario y jurisprudencial expuesto nos surge una infinidad de interrogantes sobre los pasos a seguir respecto de la adecuación ya sea frente a requerimientos para instrumentarla o al estudiar títulos de inmuebles que forman parte de conjuntos inmobiliarios no adecuados, puesto que hasta tanto la disposición no sea reformada o derogada existe y es de orden público. Ante semejante desconcierto, cabe agregar que en un artículo periodístico de reciente publicación se afirma:

> Dos bancos de primera línea ya negaron créditos hipotecarios para comprar casas en *countries* porque éstos no estaban "adecuados" a las nuevas normas del Código Civil y Comercial para los "conjuntos inmobiliarios"…[22]

7. Conclusiones

Conforme a la redacción del párrafo final del artículo 2075 CCCN referido a la adecuación del marco legal de los conjuntos inmobiliarios preexistentes a su entrada en vigencia, entendemos:

1) Que la obligatoriedad de adecuación alcanza a los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hayan constituido jurídicamente bajo la forma de derechos personales o

---

de un derecho real que no le asiste" (CNCom., Sala C, 13/10/2016, "Altos de los Polvorines SA c/ Castaño, Mariana s/ ejecutivo" [del sumario en *La Ley*, 28/12/2016 {t. 2017-A} y 22/3/2017 {t. 2017-B} y *Revista Código Civil y Comercial*, marzo 2017, cita online AR/JUR/70121/2016; comentario al fallo: Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, ob. cit. {cfr. nota 12-b}]).

20. XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 2016): conclusiones del tema 4 "Novedades en el tratamiento de los derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial" > subtema 1 "Conjuntos inmobiliarios" > pto. 1, párr. 6º.

21. Ibídem, párr. 9º.

22. Olveira, Dolores, "Mientras los bancos ya les niegan préstamos, los countries no logran adecuarse al Código", en El Cronista, 10/7/2017: https://www.cronista.com/economiapolitica/Mientras-los-bancos-ya-les-niegan-prestamos-los-countries-no-logran-adecuarse-al-Codigo-20170710-0051.html [última consulta: 23/1/2019].

donde coexistan derechos reales y derechos personales, pero no a los constituidos exclusivamente bajo la forma de derechos reales, los que podrán adecuarse voluntariamente si lo deciden los titulares del o de los derechos reales involucrados. Respecto de estos últimos, cabe distinguir:

1.a) Los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos bajo la forma de propiedad horizontal según la Ley Nacional 13.512 quedan convalidados por la nueva normativa. No es necesaria la confección de nuevo plano ni reglamento. Sus titulares pueden decidir la adecuación de aspectos reglamentarios reuniendo para ello las voluntades que requieran las respectivas decisiones. Dicha adecuación deberá instrumentarse mediante la escritura de modificación de reglamento e inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble (RPI).

1.b) En los conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos bajo la forma de otros derechos reales, la adecuación no es obligatoria pero puede ser ejecutada si lo deciden por unanimidad sus titulares, produciéndose la modificación de los derechos reales involucrados. Para llevar a cabo tal modificación, será necesario otorgar el respectivo reglamento de adecuación mediante escritura pública, que deberá inscribirse en el RPI, contando previamente con nuevo plano de sometimiento o migración al régimen, salvo para el caso de conjuntos inmobiliarios preexistentes constituidos bajo la forma de dominio sobre las parcelas privativas y condominio sobre las partes comunes, solución frecuente en nuestra jurisdicción, en cuyo caso creemos que bastaría con incorporar al plano de mensura originario una planilla de superficies comunes y valores proporcionales.

2) Para el caso de conjuntos inmobiliarios constituidos bajo la forma de derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales, existe obligatoriedad de adecuación, sin plazo de ejecución, procedimiento ni sanción. Dicha adecuación puede ser decidida voluntariamente por todos sus titulares, quienes deberán confeccionar nuevo plano de sometimiento o migración al régimen e instrumentar el respectivo reglamento de adecuación mediante escritura pública que deberá inscribirse en el RPI. Si tal adecuación no se resuelve por unanimidad, puede ser solicitada judicialmente por cualquiera de sus titulares siempre que acrediten haber agotado la vía interna, citando a los demás por medio fehaciente y dejando asentado mediante constatación notarial las ausencias u oposiciones.

3) Los títulos de conjuntos inmobiliarios preexistentes respecto de los cuales existe obligatoriedad de adecuación (constituidos bajo la forma de derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales) no deben ser observados, notarial ni registralmente, en caso de no adecuación, hasta que se reglamente por ley el plazo y procedimiento de adecuación.[23]

4) Formalizada la adecuación en cualquiera de sus variantes, es de buena técnica notarial dejar constancia marginal de ella en todas las escrituras de adquisición de dere-

23. En el XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario, 2015), se aprobaron por unanimidad las siguientes conclusiones: tema 2 "Registración de propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Cementerios privados. Tiempo compartido" > subtema 2 "Conjuntos inmobiliarios": "2.1) Los planos presentados con anterioridad al 1º de agosto de 2015 y que fueren aprobados constituyen una situación jurídica consumada, por lo tanto no requieren ningún tipo de ratificación, sin perjuicio que el Reglamento deba redactarse conforme los Títulos V y VI del Libro IV del Código Civil y Comercial de la Nación. 2.2) La obligatoriedad de la adecuación de los conjuntos inmobiliarios prevista por el artículo 2075, CCyC no tiene plazo ni sanción, por lo tanto su cumplimiento no será objeto de calificación registral".

chos reales sobre inmuebles integrantes del conjunto inmobiliario. Recomendamos asimismo que en los respectivos testimonios se solicite repetición de la nota de inscripción registral del reglamento de adecuación.

Por último, y fundamentalmente para sanear las dificultades interpretativas que presenta la disposición de *lege ferenda*, proponemos que la misma se reglamente de manera inmediata mediante normativa de fondo que prevea el procedimiento de adecuación, un plazo razonable de ejecución y sanciones en caso de incumplimiento.

8. Bibliografía

AA.VV., [conclusiones de la XXXII Jornada Notarial Argentina {Buenos Aires, 2016}].
— [conclusiones de las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Buenos Aires, 1987}].
— [conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y 5º Congreso Nacional de Derecho Civil {Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2009}].
— [conclusiones del XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral {Rosario, 2015}].
Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, "Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/4/2015 (t. 2015-B, cita online AR/DOC/677/2015).
— "Los conjuntos inmobiliarios y la deuda por expensas comunes. Otra vez el problema de la vía procesal para su cobro en los preexistentes", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 22/3/2017 (t. 2017-B, cita online AR/DOC/694/2017).
Alegría, Héctor y otros [comisión Decreto PEN 685/1995], *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998.
Andorno, Luis O., Frickx, Norberto O. y Luna, Daniel G., *Clubes de campo. "Countries"*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.
Colman Lerner, Horacio, *Conjuntos inmobiliarios. Countries y barrios cerrados. Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015.
Cossari, Nelson G. A., [comentario al art. 2075], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 10, Buenos Aires, La Ley, 2016.
Del Castillo, Francisco J., "Barrio cerrado y clubes de campo. Experiencia de su regulación y convivencia", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Nº 856, 1999.
Fernández de Kirchner, Cristina y otros, [Mensaje PEN 884/2012 al Honorable Congreso de la Nación; expediente 57-PE-2012], Buenos Aires, Cámara de Senadores de la Nación, 7/6/2012.
Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
Lorenzetti, Ricardo L. y otros [comisión Decreto PEN 191/2011], *Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012.
Negroni, María L. y Puerta de Chacón, Alicia, "Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Normas operativas del Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/5/2016 (t. 2016-C, cita online AR/DOC/976/2016).
Olveira, Dolores, "Mientras los bancos ya les niegan préstamos, los countries no logran adecuarse al Código", en *El Cronista*, 10/7/2017. [24]

24. Jurisprudencia consultada: CNCiv., Sala A, 28/8/2015, "Lagunas del Polo Barrio Cerrado SA c/ G. L. G. s/ ejecución de expensas" (*La Ley*, 1/12/2015 [t. 2015-F], *Doctrina Judicial*, 9/3/2016, *Revista Código Civil y Comercial*, diciembre 2015, y *Jurisprudencia Argentina*, t. 2015-IV; cita online AR/JUR/35901/2015); CNCom., Sala C, 13/10/2016, "Altos de los Polvorines SA c/ Castaño, Mariana s/ ejecutivo" (*La Ley*, 28/12/2016 [t. 2017-A] y 22/3/2017 [t. 2017-B], y *Revista Código Civil y Comercial*, marzo 2017, cita online AR/JUR/70121/2016).
Bibliografía complementaria: Alberdi Imas, Luana, "Conjuntos inmobiliarios. Perspectiva registral", en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Universidad Nacional de La Plata - La Ley, Nº 45, 2015 (cita online AR/DOC/3654/2015). Bilvao Aranda, Facundo M., "Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios: regulación de los countries y otros emprendimientos urbanísticos en el Código Civil y Comercial", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 13/7/2016, y en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, julio 2016

(cita online AR/DOC/1188/2016). Culaciati, Martín M., "Conjuntos inmobiliarios", en Kiper, C. M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015. De Hoz, Marcelo A., "Conjuntos inmobiliarios", en Clusellas, E. G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015. De Hoz, Marcelo A., "Conjuntos inmobiliarios", en AA.VV., *LXX Seminario Teórico Práctico "Laureano Arturo Moreira"*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2015. Favier Dubois, Eduardo M., "Situación actual de los 'clubes de campo' bajo la forma de sociedades anónimas. Reglas de aplicación inmediata", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 2/9/2015 (t. 2015-E, cita online AR/DOC/2966/2015). Fuster, Gabriel A., "¿Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes? A propósito del artículo 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación", en *La Ley Cuyo*, Buenos Aires, La Ley, noviembre 2015, y en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 27/4/2016 (cita online AR/DOC/3593/2015). Molina Quiroga, Eduardo, "Los conjuntos inmobiliarios y el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 6/7/2016 (cita online AR/DOC/1554/2016). Saucedo, Ricardo J., "Conjuntos inmobiliarios", en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs. grales.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2014. Szmuch, Mario G., "Adecuación operativa y programática de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. Constitucionalidad, naturaleza y contenido de la obligación de adecuar: ¿quién, cómo y cuándo?", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, 6/7/2016 (cita online: AR/DOC/1731/2016). Ventura, Gabriel B., "Los derechos reales incorporados en el Código Civil y Comercial de la Nación y la publicidad registral", en Kiper, C. M. (dir.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

El asentimiento conyugal en la transformación de sociedades de personas

Otros supuestos*

Alberto M. Miguens**

RdN 931

RESUMEN

El presente trabajo refiere a los cambios producidos en el Código Civil y Comercial de la Nación relativos al asentimiento conyugal en las adecuaciones, subsanaciones, regularizaciones, transformaciones y escisiones de sociedades de personas y sociedades de hecho. Propugna la adecuación de las Normas de la Inspección General de Justicia al nuevo código unificado.

PALABRAS CLAVE

Asentimiento conyugal; sociedades; subsanación; regularización; transformación; escisión.

Fechas de recepción y aceptación
20/4/2018 - 30/5/2018

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Antecedentes históricos.* ***3.*** *Regularización.* ***4.*** *Transformación de pleno.* ***5.*** *Nuevo Código.* ***6.*** *Disolución y derecho de receso.* ***7.*** *Corolario.*

1. Introducción

El artículo 170, inciso 1.f., de las normas[1] vigentes de la Inspección General de Justicia[2] exige para la inscripción de la transformación societaria "el cumplimiento del artículo 470 del Código Civil y Comercial de la Nación cuando la sociedad que **se transforma** sea una sociedad de personas". Una adecuada interpretación de la norma permite inferir que el asentimiento solo está previsto para aquellos casos de transformaciones en las cuales se produzca la enajenación o gravamen de cuotas o participaciones sociales de carácter

* Ver online en http://bit.ly/RDN931-asentimiento.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-Miguens.

1. Resolución General IGJ 7/2015, del 28/7/2015 (publicada en Boletín Oficial de la República Argentina Nº 33183, 31/5/2015). En adelante, "RG IGJ 7/2015".

2. En adelante, "IGJ".

ganancial y limitado al socio que enajenare. La transformación *per se* no constituye un supuesto que requiera asentimiento conyugal alguno. La reglamentación también requiere el cumplimiento del artículo 470 del Código Civil y Comercial[3] para las transformaciones de pleno derecho por reducción a un socio (art. 202 RG IGJ 7/2015), en los términos del artículo 94 bis de la Ley General de Sociedades 19550,[4] y para el caso de la subsanación (art. 184, inc. 1.f., RG IGJ 7/2015), prevista por el artículo 25 de la LGS.

Por el contrario, el artículo 470 CCCN estatuye:

> *Bienes gananciales.* La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido.
> Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar:
> a) los bienes registrables;
> b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824;
> c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior;
> d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios…

Por muy obvio que parezca, nos sentimos en la necesidad de marcar que las sociedades no tienen cónyuge. Resulta evidente que el artículo 470 CCCN refiere a los actos de enajenación o gravamen que eventualmente pudieran hacer los socios. En un proceso de transformación, mientras un socio no reduzca su participación en la sociedad transformada, mientras no haya enajenación o gravamen, nada tiene que ver (o hacer) el cónyuge con (o en) el acto societario. Ese es el principio general –sumamente razonable por cierto–, ya que mis socios no son socios de mi cónyuge, ni yo lo soy de los suyos. La *affectio societatis* involucra solo a los socios y no se inmiscuye (o no debiera hacerlo) en sus alcobas.

2. Antecedentes históricos

A comienzos del siglo XIX, Savigny[5] y su escuela histórica advertían que un estudio histórico de la ley positiva constituía un precedente de condición al entendimiento del derecho. Para comprender la magnitud del yerro de la RG IGJ 7/2015, resulta esencial conocer la evolución histórica de la ley sustantiva.

El problema comienza a generarse en la tortuosa redacción del artículo 1277 del Código Civil[6] dispuesta por la Ley 17711, de 1968. Dicha ley fue uno de los mayores cambios que padeció el CCIV de Dalmacio Vélez Sarsfield (Ley 340, de 1869), tal vez el mayor luego de la Ley de Matrimonio Civil. En el año de su sanción, 1968, las sociedades se regían por el viejo Código de Comercio[7] de Acevedo y Vélez Sarsfield (Ley 15, de 1862).

3. En adelante, "CCCN" o "Código unificado", indistintamente.

4. Texto actualizado de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 26994, que, entre numerosas modificaciones, cambió la denominación de "Ley de Sociedades Comerciales" por la de "Ley General de Sociedades". En adelante, "LGS". Las referencias a la Ley de Sociedades Comerciales se indicarán como "LSC".

5. Friedrich Karl von Savigny (Fráncfort del Meno, 1779 - Berlín, 1861).

6. En adelante, "CCIV".

7. En adelante, "CCOM". Este código fue adoptado por el Estado de Buenos Aires en 1857, antes de incorporarse a la Confederación Argentina. En 1862, luego del fin de la Confederación y como parte del proceso de reunificación nacional, el texto fue sancionado como código nacional para la República Argentina (Ley 15).

La 17711 modificó el artículo 1277 CCIV, dándole una descuidada y confusa redacción respecto de este punto en particular:

> Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges **para disponer o gravar los bienes gananciales** cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, **aportes** de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y **tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas**. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa…

El asentimiento conyugal se convirtió en un cerrojo que pretendió ser aplicado a todos los actos de disposición patrimonial realizados por una persona casada, bajo la enfermiza presunción de que todo cónyuge tiende a perjudicar al otro –léase: todo marido pretendía burlar los derechos de la mujer–. Con esa desviación patológica (preconcepto) imperante en la época, se explica fácilmente que fuera considerado necesario el asentimiento para enajenar o gravar inmuebles y toda clase de bienes registrables gananciales. No se extendió la restricción a los bienes no registrables por la mera imposibilidad material de su control de cumplimiento. Escaparon del cepo las acciones de sociedades autorizadas a la oferta pública, alhajas y joyas, obras de arte y moneda.

La parte del artículo 1277 que a este ensayo interesa ("tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas") podría interpretarse de dos maneras:

- Que se requería el asentimiento conyugal para todo acto de enajenación o gravamen de bienes gananciales que se produjeran en el ámbito de una transformación o fusión de sociedades de personas
- Que el asentimiento era necesario para todos los socios, en toda transformación o fusión de sociedades de personas, haya o no enajenación de los socios.

Entre las dos interpretaciones triunfó la última. Se entendía razonable que el artículo 1277 exigiera asentimiento para realizar aportes de dominio a sociedades, en la inteligencia de que el bien aportado salía del patrimonio ganancial del aportante y pasaba al de la sociedad, que este –el aportante– gobernaba a su antojo y sin restricciones ni interferencias del cónyuge. La ley aspiraba a que el cónyuge administrador (normalmente "él") no "desapoderara" al cónyuge administrado ("ella") de sus eventuales supuestos e hipotéticos derechos sobre los bienes gananciales. La exigencia del asentimiento conyugal para los casos de "**transformación de una sociedad de personas**" o "**fusión de ésta con otra**" tampoco carecía de razonabilidad y justificación.

Si transformáramos una sociedad de personas en una sociedad por acciones (al portador o meramente endosables), se facilitaría el desbaratamiento de los eventuales derechos del cónyuge. Lo mismo sucedería cuando una sociedad de personas fuera absorbida por una sociedad por acciones. Permitir la libre transformación de una sociedad de personas o su absorción por una sociedad por acciones que no requiera asentimiento para enajenar las acciones sería una forma naif de vehiculizar la supuesta defraudación.

Exigir el asentimiento conyugal en la transformación o fusión aparecía como el mecanismo idóneo para evitar que el cónyuge "vulnerable" quedara expuesto e indefenso. Solapado bajo una confusa y desatenta redacción, el artículo 1277 parece exigir el asentimiento a **todos los casos de transformación o fusión** de sociedades de personas, haya o no enajenación, confirmando la interpretación triunfante.

No podemos soslayar que, al momento de sancionarse la Ley 17711, el CCOM regulaba el régimen societario y nada preveía sobre la transformación, la fusión o la escisión. La única referencia apuntaba a exigir una mayoría calificada para aprobar una

fusión. Los vocablos *escisión* y *transformación* estaban ausentes. Por entonces, la única forma de conseguir algo similar a una transformación era proceder a la disolución y liquidación de la sociedad y la posterior constitución de una nueva sociedad bajo el tipo deseado, transfiriendo el patrimonio de la disuelta.

En 1972, con la Ley de Sociedades Comerciales 19550,[8] por primera vez se regulan los institutos de la transformación (arts. 74-81) la fusión y la escisión (arts. 82-88). El texto legal establece las pautas funcionales y requisitos de los institutos, llenando el vacío legal. La ley marca que con la transformación la sociedad no se disuelve ni se alteran los derechos y obligaciones, y no modifica la responsabilidad anterior de los socios (art. 75).

Como señala la exposición de motivos:

> … la ley soluciona el complejo problema de la transformación de sociedades, admitiendo un criterio amplio que resulta del artículo 74, al tiempo que estructura orgánicamente todo el funcionamiento de esta institución…[9]

La tardía incorporación de los institutos de transformación, fusión y escisión, producida con cuatro años de demora, produjo el no buscado efecto de que los agregados "mercantiles" al artículo 1277 CCIV devinieran inadecuados, obsoletos y hasta contradictorios. Las normas de la IGJ compiladas en la Resolución General 6/1980[10] interpretaron el artículo 1277 CCIV a la luz de la LSC, exigiendo el asentimiento conyugal para la transformación, no así para la fusión (art. 65, inc. e, RG IGJ 6/1980).

Otro importante eslabón sumó a la cadena la Ley 24587 de Nominatividad de los Títulos Valores Privados (1995),[11] equiparando a las sociedades de personas con las sociedades por acciones en cuanto a la necesidad de requerir el asentimiento conyugal para enajenar o gravar, al hacer desaparecer las acciones al portador y nominativas endosables, obligando su conversión en nominativas no endosables o escriturales, todas ellas registrables.

Si bien ya no se mantenía un sustento lógico que avalara un tratamiento discriminado entre sociedades de personas y sociedades por acciones, la letra del artículo 1277 CCIV seguía exigiendo el asentimiento conyugal para la transformación o fusión de las primeras. Y así lo expresan las normas de la IGJ compiladas en la Resolución General 7/2005,[12] al exigir el asentimiento conyugal a todos los socios con partes de interés o cuotas gananciales en la transformación de una sociedad de personas, sea que existiera enajenación o no (art. 161, inc. 1.f, RG IGJ 7/2005). Nada preveía la reglamentación para la fusión.

Sancionado el nuevo código unificado, la RG IGJ 7/2015 continuó exigiendo dicho asentimiento para la transformación de sociedades de personas, sin advertir que el código de fondo –al cual reglamenta– había mutado.

8. En adelante, "LSC" (ver nota 4).

9. Exposición de motivos de la Ley 19550, capítulo I, sección X.

10. Resolución General IGJ 6/1980, del 24/12/1980 (publicada en Boletín Oficial de la República Argentina Nº 24591, 22/1/1981). En adelante, "RG IGJ 6/1980".

11. Reglamentada por el Decreto PEN 259/1996 y el Decreto DNU 446/1997.

12. Resolución General IGJ 7/2005, del 23/8/2005 (publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina Nº 30724, 25/8/2005).

3. Regularización

Exorbitando la facultad reglamentaria, la IGJ llegó a la incongruencia de requerir el asentimiento conyugal para subsanar o regularizar, en los términos del artículo 25 LGS,[13] una sociedad de hecho y las no constituidas regularmente (art. 175, inc. f, RG IGJ 7/2005), error que fuera también iterado en 2015 (art. 184, inc. f, RG IGJ 7/2015). Nos posiciona frente a la insólita contradicción de que la ley no requiere asentimiento alguno para asociarse, pero la IGJ lo exige para adecuar la sociedad a la ley. En lugar de fomentar la regularización, la reglamentación la traba y la obstaculiza. Para el organismo no es suficiente con exceder sus facultades, sino que lo hace en sentido disvalioso, contrariando el principio de subsistencia ("*favor negotii*") consagrado por el último párrafo del artículo 100 LGS.[14]

4. Transformación de pleno derecho

Se exige también ahora el asentimiento conyugal para la transformación de pleno derecho de las sociedades en comanditas (ambas) y de las sociedades de capital e industria en sociedades anónimas unipersonales[15] por reducción a un solo socio, en los términos del nuevo artículo 94 bis LGS.[16] La reducción a un socio puede tener básicamente dos causas: a) el fallecimiento del (otro) socio (art. 90 LGS) y b) la exclusión del (otro) socio por justa causa, sea por grave incumplimiento, sea por incapacidad, inhabilitación o quiebra (arts. 91-93 LGS).

Inevitable preguntarse quién debe brindar el asentimiento conyugal que la reglamentación requiere para el artículo 94 bis y a qué efectos: ¿debe asentir el cónyuge supérstite la "mala decisión" de su consorte de abandonar la sociedad… y este mundo? ¿Debe asentir el cónyuge del grave incumplidor, el del inhabilitado, el del fallido? De tener que hacerlo el cónyuge del socio excluido por incapacidad, ¿estaría asintiendo a un acto jurídico válido? ¿Acaso debe asentir el cónyuge del socio supérstite que continúa con vida? ¿Debe hacerlo el cónyuge del socio cumplidor, por haberse quedado solo? ¿Será acaso que para poder iniciar la acción de exclusión del otro por grave incumplimiento, la víctima del incumplimiento debiera contar con permiso de su cónyuge? En nuestra

13. "*Subsanación.* Art. 25: En el caso de sociedades incluidas en esta Sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato […] El socio disconforme podrá ejercer el derecho de receso dentro de los diez (10) días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del artículo 92. *Disolución. Liquidación.* Cualquiera de los socios puede provocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita del pacto de duración, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios. Sus efectos se producirán de pleno derecho entre los socios a los noventa (90) días de la última notificación. Los socios que deseen permanecer en la sociedad, deben pagar a los salientes su parte social. La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley".

14. "*Remoción de causales de disolución.* Art. 100: Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación.* En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad".

15. En adelante, "SAU".

16. "*Reducción a uno del número de socios.* Art. 94 bis: La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres (3) meses."

ignorancia y necedad, no alcanzamos a comprender quién debe asentir, ni el objeto del asentimiento, ni el fundamento legal por el cual se lo exige.

5. Nuevo Código

Con el CCCN, las dobles interpretaciones del 1277 –en este punto en particular– fueron despejadas. Habiéndose hecho eco el legislador de las críticas a las que fuera sometido el artículo 1277 CCIV, adoptó en el artículo 470 CCCN un texto mucho más sencillo y amigable: el asentimiento se exige para enajenar o gravar bienes gananciales registrables. Punto.

Están sujetos a dar el asentimiento conyugal aquellos actos que impliquen una enajenación o gravamen de la participación o tenencia en el capital social, sea que se produzcan en el ámbito de una transformación o escisión, como fuera de ella. Liso y llano sentido común, que da por tierra con absurdas teorías conspirativas.

6. Disolución y derecho de receso

Resta analizar el caso de la disolución anticipada de la sociedad y el del socio que ejerce el derecho de receso. El derecho de receso es un caso especial que puede abordarse desde perspectivas opuestas.

Trasunta el artículo 245 LGS[17] que el derecho de receso es aquel que la ley le reconoce a un socio disconforme con las modificaciones adoptadas por la mayoría de sus pares en cuestiones que hacen a la esencia de la asociación, asistiéndole el derecho a separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones. Sabido es que el principio general en sociedades manda que las resoluciones adoptadas por determinadas mayorías –con quórum suficiente y respeto de las formas impuestas– son obligatorias para todos: para los que votaron la moción, para los que hubieran votado en contra, para los que se hubieran abstenido de votar y para aquellos que hubieran estado ausentes o impedidos de votar. El derecho de receso constituye una excepción a dicho principio y faculta al socio disconforme a retirarse de la sociedad rescatando su parte. Esto solo se produce, como excepción, en casos de gravedad institucional, a los que refiere el último párrafo del artículo 244[18] y el 245 LGS. Vale decir, cuando la mayoría calificada resuelve cambiar las esenciales reglas de juego convenidas.

17. "*Derecho de receso.* Art. 245: Los accionistas disconformes con las modificaciones incluidas en el último párrafo del artículo anterior, salvo en el caso de disolución anticipada y en el de los accionistas de la sociedad incorporante en fusión y en la escisión, pueden separarse de la sociedad con reembolso del valor de sus acciones. También podrán separarse en los casos de aumentos de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen desembolso para el socio, de retiro voluntario de la oferta pública o de la cotización de las acciones y de continuación de la sociedad en el supuesto del artículo 94 inciso 9)… […] *Fijación del valor.* Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias. Su importe deberá ser pagado dentro del año de la clausura de la asamblea que originó el receso, salvo los casos de retiro voluntario, desistimiento o denegatoria de la oferta pública o cotización o de continuación de la sociedad en el supuesto del artículo 94, inciso 9), en los que deberá pagarse dentro de los sesenta (60) días desde la clausura de la asamblea o desde que se publique el desistimiento, la denegatoria o la aprobación del retiro voluntario. El valor de la deuda se ajustará a la fecha del efectivo de pago. *Nulidad.* Es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio".

18. "Art. 244: […] *Supuestos especiales.* Cuando se tratare de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad;

Se aplica a los casos de transformación (por ser el tipo de la esencia de la sociedad), a la prórroga o reconducción, a la transferencia del domicilio al extranjero, al cambio fundamental del objeto social y a la fusión y escisión (para la sociedad absorbida o disuelta), al aumento que implique nuevos aportes, al retiro de la oferta pública y a la continuidad de la sociedad luego del retiro de autorización para funcionar. Con las modificaciones introducidas por la Ley 26994, el artículo 25 LGS (subsanación de sociedades de la sección IV) prevé también el derecho de receso para los socios disconformes con la regularización, aunque en este caso es un receso sui géneris, pues no está previsto para desasociarse sino para no formalizar la asociación. En síntesis, el derecho de receso refiere a casos donde una persona se asoció teniendo en cuenta ciertas premisas básicas y esenciales, acordadas por todos, y la mayoría calificada altera los términos esenciales convenidos. Para no perjudicar a la mayoría, la ley instituyó un puente de plata que le permite al socio disconforme retirarse dignamente, recuperando su aporte y eludiendo un conflicto que –de otra forma– sería inevitable, más gravoso y perjudicial para todos.

Volviendo al tema que nos une –el asentimiento conyugal–, la disolución anticipada de la sociedad –para todos los socios– al igual que el derecho de receso –para quien lo ejerce– podrían entenderse o asimilarse con cierta forma de enajenación o disposición si consideramos que el socio troca participación social ganancial por dinero. No sería difícil concluir que para disolver una sociedad o para ejercer el derecho de receso, se debiera contar con el mentado asentimiento. Sin embargo, desde una óptica alternativa, más adecuada a la realidad subyacente, parece más razonable ver al socio recedente como una víctima, atrapado por el cambio de paradigma impuesto por la mayoría, que se enfrenta a la disyuntiva de tener que elegir el mal menor, compelido a retirarse de la sociedad por el cambio de esenciales reglas de juego convenidas. Pedir al cónyuge que asienta al derecho de receso sería pedirle que asintiera la resolución de la mayoría, en perjuicio de su propio cónyuge. Algo así como requerir el asentimiento en una ejecución forzada o en una expropiación.

Inevitable preguntarnos qué pasaría si el cónyuge no asintiera. ¿El socio recedente quedará atado a la mayoría, obligado a participar en una sociedad en la cual le han cambiado las reglas de juego, o donde su responsabilidad personal podría verse agravada, o domiciliada en el extranjero, donde no podrá ejercer control alguno? Y en caso de disolución anticipada, habiendo los socios acordado en forma unánime disolver la sociedad, ¿se verían obligados a seguir asociados contra su voluntad por carecer del "permiso" de todos sus cónyuges?

7. Corolario

A veces, argumentar por el absurdo sirve para sostener una tesis; a veces, para descartarla. Dejando absurdos de lado, sería conveniente tomar conciencia de que el artículo 470 CCCN trae una mejora sustancial al viejo 1277 CCIV, al menos en lo que al ámbito societario se refiere (transformación y fusión).

---

de la transferencia del domicilio al extranjero, del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en la primera cuanto en segunda convocatoria… Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se regirá por las normas sobre aumento de capital".

La IGJ, al adecuar la RG 7/2005 al CCCN en la RG 7/2015, no advirtió los cambios producidos en el derecho sustantivo. No se justifica mantener el criterio del artículo 170 de las normas de la IGJ cuando la norma que reglamenta ha dejado de existir. Tampoco se justifica el restrictivo enfoque sustentado en los artículos 184 o el 202. Sería deseable la revisión de los criterios del organismo a la luz del nuevo Código unificado.

La inscripción de la declaratoria de herederos, del testamento y la partición

Su justa medida*

Bernardo Mihura de Estrada

Santiago J. E. Pano**

RdN 933

RESUMEN

Se realiza una narración descriptiva de las etapas del proceso judicial sucesorio a la vez que una valoración de las exigencias del Registro de la Propiedad para inscribir la declaratoria de herederos, la aprobación del testamento y la partición en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, con la mención de otras demarcaciones. Se hará especial hincapié en la partición y su vinculación con el artículo 2337 del Código Civil y Comercial, y se analizará la "transferencia" a la que esta norma se refiere. Se analizarán también las diversas "formas" de partición y se confrontarán las normas del Código Civil y Comercial con las del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en particular su artículo 698, así como las normas registrales y la Ley de Tasas Judiciales. Se concluirá que para otorgar la partición privada notarial no debe exigirse más requisito de fondo que la existencia de la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento y la voluntad unánime de los herederos (que deben ser mayores y capaces). Se concluirá también que la protección de los derechos de los letrados intervinientes a percibir los honorarios legales así como el pago de la llamada tasa de justicia quedarán garantizados por la participación necesaria del escribano público en la partición privada notarial; y que –salvo para los casos de heredero único– no hay razón para inscribir la declaratoria de herederos o el testamento.

PALABRAS CLAVE

Partición; partición privada; partición judicial; partición extrajudicial; declaratoria de herederos; cesión de derechos hereditarios.

Fechas de recepción y aceptación
6/8/2018 - 6/12/2018

Sumario: ***1.*** *El proceso sucesorio. Primera etapa.* ***2.*** *El proceso sucesorio. Segunda etapa.* ***3.*** *La partición.* ***4.*** *La partición en el Código Civil y Comercial de la Nación.* ***5.*** *El proceso sucesorio en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.* ***6.*** *El proceso sucesorio en las normas registrales.* ***7.*** *El caso del he-*

* Ver online en http://bit.ly/RDN933-sucesiones.

** Información de los autores en http://bit.ly/RDN-Mihura y http://bit.ly/RDN-Pano.

redero único. ***8.*** *Corolario.* ***9.*** *Las normas arancelarias.* ***10.*** *¿Qué sucede en las provincias?* ***11.*** *Conclusión.* ***12.*** *Bibliografía.*

1. El proceso sucesorio. Primera etapa

La muerte de una persona causa la apertura de su sucesión (art. 2277 Código Civil y Comercial [en adelante, "CCCN"]). El proceso sucesorio judicial es distinto según el causante haya o no otorgado testamento. Si la sucesión es *ab intestato*, el interesado debe denunciar otros herederos si los hubiera, y se dispone la citación de herederos, acreedores y todos los que se consideren con derechos por edicto publicado por un día en el boletín oficial, para que así lo acrediten en el expediente sucesorio dentro de los treinta días (art. 2340 CCCN). Transcurrido dicho plazo, el juez debe dictar la declaratoria de herederos **a los fines de transferir los bienes registrables** (2337 CCCN). Si la sucesión es testamentaria, se presenta el testamento en la sucesión. Si el testamento es ológrafo, se debe comprobar la autenticidad de la escritura y la firma del testador mediante pericia caligráfica. Cumplidos estos trámites, el juez debe rubricar el principio y fin de cada una de sus páginas y mandar a protocolizar el mismo ante escribano público (art. 2339 CCCN). Una vez protocolizado o, en su caso, presentado el testamento ya por escritura pública, el juez **debe declarar la validez formal del testamento a los fines de la transmisión de los bienes registrables** (art. 2338 CCCN).

Aquí termina la primera etapa del proceso sucesorio, que, necesariamente, es exclusivamente judicial, ya que tanto el CCCN como el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, "CPCCN") y sus análogos provinciales permiten que las demás etapas se culminen de modo extrajudicial.

2. El proceso sucesorio. Segunda etapa

Los próximos pasos son: el inventario de los bienes dejados por el causante, el avalúo de los mismos, la formación de las hijuelas y la adjudicación de las mismas a cada uno de los herederos o sus cesionarios mediante partición. Para lograr partir, el CCCN y el CPCCN establecen que primero deben realizarse el inventario y avalúo (arts. 2341-2344 CCCN, y arts. 716-725 CPCCN para el caso del inventario judicial). En caso de estar de acuerdo los herederos, ambas operaciones pueden realizarse en forma privada mediante la simple individualización de los bienes y la asignación de valores. Por el contrario, si no hubiera acuerdo, deberán recurrir los herederos a los peritos judiciales, que individualizarán y tasarán los bienes que integran la masa hereditaria.

Practicados el inventario y el avalúo de los bienes, el partidor judicial (art. 2373 CCCN para casos de desacuerdo) o los herederos de común acuerdo proceden a formar las hijuelas que en un caso se licitan, se adjudican por el partidor judicial o bien se sortean, o los herederos de común acuerdo se las asignan a cada uno de ellos según su libre voluntad mediante el acto privado o mixto de partición.

3. La partición

La partición[1] es el negocio jurídico otorgado por los herederos por el cuál concluyen la indivisión hereditaria (art. 2363 CCCN). Zannoni –citando a Lacruz– la define como

> … el negocio jurídico que impide o pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas contenidas en la herencia…[2]

Es un acto declarativo de derechos mediante el cual se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes de su hijuela (2403 CCCN)[3] y es oponible a terceros (si hubiera bienes registrables) desde su inscripción en los registros respectivos y no por la presentación en el expediente sucesorio (2363 CCCN).

La partición es declarativa porque se juzga que el adjudicatario es titular de dominio desde el fallecimiento del causante, desplazando a los demás herederos. La apertura de la sucesión, es decir, el fallecimiento del causante, provoca la transmisión *mortis causa* de sus derechos y es allí donde se vincula con el concepto del artículo 2337 CCCN, que dice que "a los fines de la *transferencia*[4] de los bienes registrables" resulta necesaria la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento. La transferencia que menciona el artículo 2337 admite dos interpretaciones: que se trata de la inscripción registral de la transferencia *mortis causa* del causante a favor del heredero o legatario o que se trata de la transferencia como acto de disposición (venta o donación por ejemplo) a favor de un tercero que realiza el heredero declarado.

No puede haber partición sin sucesión[5] y la partición no puede inscribirse en los registros públicos si previamente no se dictó la declaratoria de herederos o se aprobó el testamento (arts. 2337-2340 CCCN). Para poder partir, debe haber al menos dos herederos, es decir, indivisión hereditaria. Resta que los bienes se inscriban en los registros públicos; para ello, las normas procesales que veremos más adelante exigen que el juez de la sucesión ordene la inscripción de los mismos, lo que puede entenderse como una protección a los acreedores del causante que puedan pedir el inventario y avalúo de los bienes (arts. 2341 y 2343) a los fines de que sean pagadas sus acreencias (art. 2356).

Retornando al tema de la partición, esta puede ser hecha por el causante o por los coherederos. Si es realizada por los coherederos, puede ser privada, mixta o judicial (arts. 2369 y 2371), total o parcial, definitiva o provisional (art. 2370). Es provisional cuando los herederos asignan el uso y goce de los bienes; y definitiva cuando adjudican la propiedad de los mismos. Es parcial cuando no incluye la totalidad de los bienes que integran la masa hereditaria y total cuando los incluye. La partición también puede ser

1. Ver Kuyumdjian de Williams, Patricia y Podestá, Andrea I., "Partición", en Mourelle de Tamborenea, M. C. (dir.), *Derecho de las sucesiones en el Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, pp. 407- 468.

2. Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 629.

3. En opinión de Zannoni, lo que induce a confusión es que la partición origina o crea una situación jurídica diversa de la existencia durante la comunidad que sustituye el régimen jurídico de la indivisión por el de varias propiedades distintas y determinadas. Pero ello en nada invalida la naturaleza declarativa de la división de la herencia; lo que concurre es que solo luego de la partición cada heredero adquirirá derechos exclusivos sobre los bienes considerados singularmente (Zannoni, Eduardo A., ob. cit. [cfr. nota 2], p. 705).

4. "El artículo que aquí se comenta no hace alusión a todo acto de disposición sino a la transferencia de bienes, y ello no es un sinónimo sino una especie de aquel género" (Córdoba, Marcos M., [comentario al art. 2337], en Lorenzetti, R. L. [dir.], *Código Civil y Comercial comentado*, t. 10, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 611).

5. Sin perjuicio de lo expresado y como se menciona más adelante, puede haber partición por ascendientes o por testamento, pero son ajenas a este trabajo.

efectuada en vida del causante por donación (art. 2415) o por testamento, la que solo produce efectos desde su muerte (art. 2421).

Pero lo que realmente interesa en este artículo es que la partición puede ser privada cuando todos los herederos son capaces y, en ese caso, **la realizan por el acto que por unanimidad juzguen conveniente** (art. 2369). Este acto deberá ser otorgado por escritura pública cuando la masa esté compuesta por bienes inmuebles (art. 1017 inc. a), ya que se modifica el titular del derecho real (la designaremos *partición privada notarial*); o bien mediante un escrito presentado en la sucesión (la designaremos *partición mixta*).

Esta última variante es una especie dentro de la partición privada. Al haber inmuebles a distribuir, estamos ante una partición privada con defecto en la forma (escritura pública) que se subsana al presentarla y homologarla en el expediente. También la podemos ver como una partición judicial simplificada regulada en el CPCCN (art. 726) y designada como partición privada, sin perjuicio de que sea una partición mixta y cuyo único requisito sustancial es que los herederos estén de acuerdo y que sean capaces. No hay duda alguna de esto, ya que la verdadera partición judicial está prevista para cuando hay incapaces, oposición de terceros o justamente falta de acuerdo. La presentación de un simple escrito judicial en donde firman todos los herederos de común acuerdo para solicitarle al juez su aprobación e inscripción claramente no es una partición judicial sino una partición privada que debe ser presentada en el expediente a fin de obtener su registración por vía judicial. De allí que la doctrina la denomina partición mixta.

En caso de haber herederos incapaces, con capacidad restringida o ausentes o si hubiere terceros con interés legítimo o desacuerdo entre los herederos, la partición debe ser judicial (art. 2371 CCCN), lo que en la práctica significa que debe nombrarse un partidor judicial (art. 2373 CCCN y art. 727 CPCCN) a los efectos de formar las hijuelas y resolver su adjudicación. Es el propio partidor y no los herederos quien debe resolver la asignación de los lotes a cada heredero según su leal saber y entender o, en su caso, disponerlo por sorteo (art. 2378 CCCN).

Es muy claro el CCCN: **la única partición verdaderamente judicial es la hecha por un partidor judicial**, ya que dispone en su artículo 2373 que "la partición judicial se hace por un partidor o por varios que actúan conjuntamente". Incluso dispone el referido artículo la forma en la que se debe designar al partidor, aclarando que en caso de falta de acuerdo es el propio juez quien lo designa.

En resumen, la partición de bienes registrables puede ser realizada por escritura pública cuando todos los herederos sean capaces y no hubiere oposición de terceros y se la denomina partición privada (notarial); o bien puede ser judicial. La partición judicial puede ser realizada por todos los herederos de común acuerdo, en cuyo caso se presenta con un mero escrito en la sucesión (partición mixta) y debe ser aprobada por el juez (art. 726 CPCCN, aunque no haya norma en el Código Civil y Comercial que así lo exija); o bien con los herederos en desacuerdo mediante la designación de un partidor judicial (partición judicial). Esta última debe ser aprobada por el juez (art. 731 CPCCN).

4. La partición en el Código Civil y Comercial de la Nación

La partición solo puede ser otorgada desde la muerte del causante, momento en que el heredero es investido de su calidad de tal (art. 2337 CCCN), salvo excepciones como la

partición hecha directamente por los ascendientes o por donación. El CCCN prevé que, a los efectos de la transferencia de los bienes registrables, la investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos (art. 2337) o mediante la declaración de validez formal del testamento por el juez del sucesorio (art. 2338). Es decir que, si la partición se otorgara previamente a la declaratoria de herederos o de la aprobación judicial del testamento, sería condicional. Por ello, aquí tenemos el **primer requisito** para otorgar la partición privada, mixta o judicial y para transferir bienes registrables: la declaratoria de herederos o la declaración de validez formal del testamento.[6] El segundo requisito es que haya al menos dos herederos, ya que habiendo un solo heredero con la declaratoria de herederos o el testamento, salvo oposición de acreedores e inscriptos los bienes en los registros públicos, termina el proceso sucesorio.

Nos preguntamos si hay otro requisito en el CCCN, el CPCCN o las normas registrales. Al efecto, el CCCN dispone que:

- La disposición de un bien implica un acto de aceptación de la herencia (art. 2294, inc. b).
- El heredero que enajena bienes de la sucesión responde con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y cargas de la herencia, excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa (art. 2321 inc. d).
- Son válidos los actos de disposición a título oneroso en favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente o que los derechos de este están judicialmente controvertidos (art. 2315, 2º párr.).
- Los actos de disposición requieren el consentimiento de todos los coherederos (art. 2325).
- Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos a consecuencia de la partición, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos (art. 2403).

Evidentemente, el CCCN solo exige la declaratoria de herederos, o la aprobación judicial del testamento en su caso, como único requisito para disponer de los bienes de la masa hereditaria, léase vender o partir. Además, en ningún caso menciona la posibilidad de la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento sino, más bien, de la partición o de la venta de los mismos.

5. El proceso sucesorio en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

Dos normas deben estudiarse con detenimiento en este Código: los artículos 698 y 730. El artículo 698 CPCCN, en sus párrafos primero y segundo, dispone que:

> Aprobado el testamento o dictada la declaratoria de herederos, en su caso, si todos los herederos fueren capaces y, a juicio del juez, no mediare disconformidad fundada en razones atendibles, **los ulteriores trámites del procedimiento sucesorio continuarán extrajudicialmente a cargo del o de los profesionales intervinientes**.

6. Sin perjuicio de que puede otorgarse partición antes del dictado de la declaratoria de herederos o de la aprobación del testamento, esta no podrá inscribirse en los registros públicos hasta que dichos actos sean cumplidos, por imperio de los arts. 2337-2340 CCCN. Se trataría de una partición condicional con efectos suspensivos o resolutorios dependiendo de la forma de su instrumentación. Por ello, no ahondamos en este tipo de partición en este trabajo y consignamos como primer requisito el dictado de la declaratoria de herederos o aprobación del testamento.

> En este supuesto, las operaciones de inventario, avalúo, partición y adjudicación, deberán efectuarse con la intervención y conformidad de los organismos administrativos que correspondan.

Como puede apreciarse a partir de una primera lectura, estos dos primeros párrafos coinciden con el procedimiento previsto por el CCCN para los casos en que los herederos estuvieren de acuerdo o fueren capaces o no hubiere oposición de terceros. Es decir, todas las operaciones (inventario, avalúo, partición y adjudicación) pueden realizarse de manera privada, ahorrando de esta forma sobrecargar los tribunales con procesos innecesarios.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 698 dispone: "Cumplidos estos recaudos los letrados podrán solicitar directamente la inscripción de los bienes registrables y entregar las hijuelas a los herederos". Esta norma no tiene fundamento en el CCCN, salvo que se argumente que prevé el caso de defecto de forma, por incumplir el artículo 1017 CCCN. Es decir, la partición se realiza por instrumento privado y, para convertirse en instrumento público, se presenta en el expediente sucesorio, el juez la aprueba, ordena la inscripción y expide el pertinente testimonio judicial a los efectos de la inscripción de los bienes en los registro públicos, y termina siendo la mentada partición mixta.[7]

Finalmente, la norma tiene otros dos últimos párrafos, que disponen:

> El monto de los honorarios por los trabajos efectuados será el que correspondería si aquéllos se hubiesen realizado judicialmente. No se regularán dichos honorarios hasta tanto los profesionales que hubiesen tenido a su cargo el trámite extrajudicial presenten al juzgado copia de las actuaciones cumplidas, para su agregación al expediente.
> Tampoco podrán inscribirse los bienes registrables sin el certificado expedido por el secretario en el que conste que se han agregado las copias a que se refiere el párrafo anterior.

El cuarto párrafo tiende a garantizar los honorarios de los letrados intervinientes en la sucesión extrajudicial. No puede ser de otra forma, se alivianan los trámites judiciales y se descomprime el accionar de la Justicia. Pero ello no implica que el profesional interviniente pierda derechos a cobrar sus legítimos honorarios. Si así no fuera, la partición privada quedaría en letra muerta ya que nunca sería habilitada por parte del abogado interviniente.

En la misma línea, la Ley 27423 de Honorarios Profesionales de Abogados, Procuradores y Auxiliares de la Justicia Nacional y Federal, en su artículo 10, dispone que ningún asunto que haya demandado la participación de un abogado (judicial y/o extrajudicial) podrá considerarse concluido sin el previo pago de los honorarios, aclarando finalmente que no se podrán ordenar inscripciones hasta tanto no se hayan cancelado los mismos o en su defecto se contare con su conformidad. Ha de tenerse en cuenta que justamente el proceso sucesorio, a los efectos de la regulación de honorarios, se divide en tres etapas: el escrito inicial de la sucesión, las actuaciones hasta la declaratoria de herederos y los trabajos complementarios o posteriores a esta etapa judicial. Vemos claramente que la Ley de Honorarios Profesionales dispone que los trabajos posteriores a la declaratoria de herederos pueden ser "posteriores a las etapas judiciales". La inter-

7. Ya las Cámaras de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en pleno, decían que el escrito presentado por los herederos al expediente sucesorio que contiene el acuerdo de partición es instrumento público una vez que la partición es aprobada por el juez. Ver Cáms. Civs. de la Cap. Fed., en pleno, 17/10/1924, "Bollini de Battilana, Matilde c/ Schoo Lastra, Oscar y otro" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 18, p. 114; *La Ley*, t. 33, p. 601).

vención en cada etapa confiere el derecho a la regulación de un tercio de los honorarios totales (art. 29 Ley 27423). El artículo 52 de la ley prevé que al dictarse sentencia se deben regular los honorarios, y podemos entender que la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento constituyen el único acto asimilable a una sentencia en el proceso sucesorio, que bien puede continuar de manera extrajudicial, como lo prevé el artículo 698 CPCCN.

Como se dijo anteriormente, el CPCCN, en el capítulo VI "Partición y adjudicación, artículo 726, prevé la partición privada judicial, o partición mixta en la clasificación más usual, para los casos en que los herederos fueren capaces y estuvieren de acuerdo. Esta norma resulta similar a la del artículo 698 y exige también la aprobación del juez y que previamente se paguen "el impuesto de justicia, gastos causídicos y honorarios, de conformidad con lo establecido en este Código y en las leyes impositivas y de aranceles".

Como rareza a la que volveremos más adelante, el segundo párrafo del artículo 726 dispone: "Podrán igualmente solicitar que se inscriban la declaratoria de herederos o el testamento".

En caso de que la formulación de las hijuelas fuere judicial, el CPCCN prevé un procedimiento para su aprobación por el juez en el artículo 731. El artículo 730 exige que previamente a ordenarse la inscripción de las hijuelas en el registro de la propiedad "deberá solicitarse certificación acerca del estado jurídico de los inmuebles según las constancias registrales". Véase que solo se solicita para inmuebles y no para otros bienes registrables; que no se exige informe de inhibiciones o anotaciones personales por el causante; y que dice "certificación" acerca del estado jurídico, con lo cual confunde sobre si corresponde solicitar informes (art. 22 Ley 17801) o certificados (art. 23 Ley 17801) registrales. Más allá de esta confusión de conceptos registrales, es más que razonable el cumplimiento de estos requisitos, ya que, justamente, al no intervenir un escribano público en la partición, es el juez quien tiene que cumplir con las prescripciones de la Ley 17801. Respecto de esta última cuestión, si lo que se va a aprobar es la partición, es lógico solicitar certificados registrales, ya que se va a modificar la titularidad del derecho real sobre inmuebles.

Volviendo sobre lo analizado, solamente los artículos 726 y 730 prevén la posibilidad de inscribir la declaratoria de herederos y el testamento. Teniendo en cuenta que estas normas están situadas metodológicamente en el capítulo VI "Partición y adjudicación" –salvo un caso que se referirá seguidamente–, solo puede concluirse que no pueden inscribirse en forma autónoma sino en el marco de una partición privada judicial, mixta en la clasificación usual, o bien en la partición judicial, ya que su inscripción no está prevista en el CCCN. La inscripción de la declaratoria de herederos o el testamento en su caso es una práctica que se fue extendiendo durante años, asimilándola sin duda a la partición privada mixta. Tan es así que los registros de la propiedad anotaron durante años condominios indivisos en casos de más de un heredero y prohibieron la registración de cesiones de derechos entre herederos una vez registrada la declaratoria o testamento en su caso.

Ha de concluirse, entonces, teniendo en cuenta la ubicación de la única norma que prevé la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento, que **el proceso sucesorio, en cuanto a bienes registrables, culmina con la inscripción de la partición o de la declaratoria de herederos o del testamento en los casos de un único heredero, ya que no puede haber partición**. Analizado el CPCCN, también podemos concluir que para otorgar la partición privada notarial **no se exige más requisito que la declaratoria**

de herederos o la aprobación del testamento. Ningún otro requisito surge del CCCN ni del CPCCN, en especial su artículo 698.

En el mismo sentido, Urbaneja expresa que "debe subrayarse la carencia de normativa de fondo que imponga la necesidad de «homologar» judicialmente las particiones",[8] coincidiendo Zannoni, quien expresa que "su incorporación a los códigos procesales excede la materia propia de la reglamentación del proceso sucesorio".[9]

6. El proceso sucesorio en las normas registrales

Pasamos ahora a analizar las normas registrales: Ley 17801 y Decreto PEN 2080/1980 (texto ordenado Decreto PEN 466/1999) para entender su implicancia en las conclusiones arribadas.

En la Ley 17801 no hay norma que habilite la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento ni que imponga ningún requisito extra al otorgamiento de la partición privada notarial. Respecto del tracto abreviado, casos en que el acto de disposición es otorgado por un titular que todavía no está inscripto y que tienen origen en transmisiones hereditarias, está previsto en el artículo 16, incisos a), b) y c). El primer inciso se refiere a obligaciones preexistentes, el segundo a actos otorgados directamente por los herederos y el tercero –explica Villaro–[10] a dos clases de actos, los preparatorios de la partición y los que son efecto de la partición, es decir, los que se traducen en la adjudicación de bienes. En definitiva, estos incisos eximen la previa inscripción de los documentos de donde surjan los herederos declarados o los sucesores testamentarios. Asimismo, ha de tenerse especialmente en cuenta el artículo 41 que dispone que "No podrá restringirse o limitarse la inmediata inscripción de los títulos en el Registro mediante normas de carácter administrativo o tributario".

El Decreto 2080/1980 (t.o. 466/1999), en su artículo 34, establece que

> Cuando se utilice la modalidad de tracto sucesivo abreviado en los casos contemplados en los incisos a) y b) del artículo 16 de la Ley Nº 17801 […] deberá resultar: a) Que se ha dictado declaratoria de herederos o aprobado el testamento y que se ha ordenado la inscripción.

Y el artículo 97 del mismo decreto dispone:

> Cuando se disponga la inscripción de una declaratoria de herederos o testamento con relación a un asiento de dominio, condominio o propiedad horizontal, del documento deberán resultar los siguientes autos: a) El que declara los herederos o aprueba el testamento, en su caso. b) El que ordena la inscripción.

Más allá del error normativo –sostenido por años en el Registro– del artículo 97 y la registración de la declaratoria de herederos cual si fuera una partición privada mixta, como ya hemos dicho, el artículo 34 de la Ley 17801 en nada contradice nuestra postura,

8. Ver Urbaneja, Marcelo E., "Casos de inexactitudes registrales en relación al tracto sucesivo abreviado", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 973, 2013, p. 150. En el mismo sentido, ver Fenochietto, Carlos E., [comentario al art. 698], en Arazi, R. y Fenochietto, C. E. (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, t. 3, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 415-420.

9. Zannoni, Eduardo A., ob. cit. (cfr. nota 2), p. 683.

10. Villaro, Felipe P., *Elementos de derecho registral inmobiliario*, La Plata, Scotti, 2003 (3ª ed. actualizada).

ya que lo que reglamenta es justamente la excepción al principio de tracto sucesivo habitual y, por ello, solicita –*contra legem*, a nuestro criterio– la intervención judicial previa en la cuestionada y vacua "orden de inscripción". Por el contrario, entendemos que en el caso de que los herederos quieran registrar una partición privada notarial y una posterior venta, estaríamos enmarcados en el supuesto del inciso d) del artículo 16 de la Ley 17801, no en los incisos a), b) ni c), entendiendo el caso del inciso c) como la partición judicial pura, ya que en este caso se exige el acto judicial homologatorio o aprobatorio de la partición judicial realizada en el expediente.

Evidentemente, no hay fundamento para que un decreto exija lo que ni el CCCN ni el CPCCN exigen, es decir, la orden de inscripción para los casos de partición privada notarial, y para la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento de manera autónoma. Tan es así que no tiene fundamento la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento que el artículo 99 del mismo decreto los confunde con la partición, y, por tal motivo, no se podían ceder derechos hereditarios una vez registrada la declaratoria o el testamento y, además, se le asignaban fracciones o porcentuales a los nuevos titulares de dominio, situación que fue tardíamente modificada por una norma de grado inferior como es la Disposición Técnico Registral (en adelante, "DTR") 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (en adelante, "RPI-CF").

Para dar con la justa medida a este artículo 97 del Decreto 2080/1980, entendemos que se debe interpretar conjuntamente con las normas del CPCCN y el CCCN que venimos reseñando. Es decir, solo corresponde la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento cuando hay un heredero único, porque no puede haber partición o mejor dicho porque la propia inscripción de la declaratoria en relación al inmueble es el acto partitivo o de culminación de la sucesión. Por ello, el RPI-CF dictó la DTR 7/2016, que claramente prevé que cuando se presenten a registración documentos que contengan declaratorias de herederos o testamentos **sin que exista partición**, solo se tomará razón de los datos de los herederos, sin consignarse proporción alguna; y que, como contrapartida de esto, dispone que esta registración no importará cesación de la indivisión hereditaria, ya que esta solo concluye con el otorgamiento de la partición.

7. El caso del heredero único

Hemos dicho que en caso de haber un único heredero no corresponde hacer partición. En este caso nos preguntamos en qué momento termina el proceso sucesorio. Las opciones serían: una vez aprobado el testamento o declarados los herederos, una vez hecho el inventario y el avalúo, una vez ordenada la inscripción de los bienes o una vez inscriptos los bienes en los registros públicos.

Es importante dilucidar este asunto para poder decidir desde qué momento el heredero único puede disponer de los bienes registrables sea por venta o por cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado o sobre toda la herencia. No podrá haber cesión de derechos hereditarios después de la partición, porque ya no hay derechos hereditarios al haber culminado el proceso sucesorio. Aprobado el testamento o declarados los herederos, no termina el proceso sucesorio en el caso de heredero único porque si hubiera oposición de acreedores, estos pueden forzar el inventario y el avalúo de los bienes como hemos visto. En la práctica judicial es usual que el heredero único

denuncie los bienes registrables (inventario), informe la valuación fiscal (avalúo) para el pago de la tasa de justicia y la pague y solicite la inscripción de los bienes en los registros públicos.

Como hemos dicho, la orden de inscripción no es un requisito del CCCN pero sí del CPCCN (art. 726) y del Decreto 2080/1980 - t.o. Decreto 466/1999 (art. 97). Una vez inscripto el testamento o la declaratoria de herederos, no hay duda de que culmina el proceso sucesorio y que no pueden cederse derechos hereditarios a partir de ese momento en el caso de heredero único. No hay otro acto previsto en el CCCN una vez hecho el inventario, el avalúo y pagadas las acreencias; y, por la normativa procesal, no es posible inscribir los bienes sin la orden de inscripción y esta no procede si hay oposición de acreedores.

Es difícil determinar si finaliza con el inventario o avalúo o con la orden de inscripción. Evidentemente, si la orden de inscripción no es un requisito de fondo, no debería ser el fin del proceso sucesorio para este caso. También resulta complejo el tema del inventario y del avalúo porque el inventario puede estar incompleto, el avalúo puede no reflejar el valor real de los bienes y puede haber acreedores que se opongan o a los que sea necesario abonar sus créditos.

La única conclusión segura es que, en el caso de heredero único, la sucesión termina con la inscripción de los bienes en los registros públicos y ya no pueden cederse derechos hereditarios en este caso. Debe entenderse esta conclusión en un sistema armónico de interpretación del CCCN y el CPCCN, lo que hoy no ocurre por las malas prácticas con respecto a la exigencia de la orden de inscripción, de la inscripción innecesaria de la declaratoria de herederos y de la falta de partición en la mayoría de las sucesiones que tramitan en la Ciudad de Buenos Aires. Adaptadas las normas procesales y registrales, creemos que en el caso de heredero único la sucesión termina con la inscripción de los bienes en los registros públicos y ya no pueden cederse derechos hereditarios.

8. Corolario

Para los casos de partición privada, es decir, en sede notarial por escritura pública, ¿corresponde solicitar la orden de inscripción de la declaratoria de herederos o el testamento? La realidad es que si el CCCN no lo exige, no hay motivo para que lo exija un decreto reglamentario. En definitiva, ¿qué significa que se ordene la inscripción de la declaratoria o el testamento si en rigor lo que se quiere inscribir es la partición de un bien en particular? Sin duda, es una deformación profesional generada después de tantos años de creer que la registración de la declaratoria tenía efecto partitivo. Si lo que se va a inscribir es la partición privada notarial, tampoco corresponde este requisito de la orden de inscripción, pues nada dicen al respecto ni el CCCN ni el CPCCN.

Bregamos por la registración de una partición extrajudicial entre herederos declarados como tales ante un juez competente y en relación a determinados bienes que los propios herederos enumeran y avalúan (inmuebles para nuestro caso). Aquí, la participación del escribano público como abogado, perito en materia inmobiliaria y profesional que ejerce una función pública es vital, ya que va a ser él sin duda quien lleve adelante todos los controles de legitimación, legalidad, registración, de tasas e impositivos, etc., además de asegurar una partición realizada de común acuerdo, sin presiones ni descuidos de los firmantes. Tan es así que si hubiera algún tipo de desbalance evidente y/o en su caso una compensación económica, deberá actuar como agente de información del

impuesto a la transmisión gratuita de bienes en la Provincia de Buenos Aires[11] o como agente de recaudación del impuesto de sellos[12] que corresponda a cada caso.

En resumen, habiéndose dictado la declaratoria de herederos, siendo todos los herederos mayores y capaces, nada impide que la partición de los bienes registrales y no registrales se haga en forma privada sin ninguna participación del juez. Es lo que hacemos en todo caso cuando partimos entre los herederos dinero, joyas, bienes muebles incluso acciones. No podemos permitir que una errónea interpretación de las leyes registrales sobrecarguen innecesariamente los juzgados civiles en tiempos en que la administración de la justicia está poco menos que desbordada de procesos.

Es un caso claramente equivalente a lo que ya dispone el artículo 102 del Decreto 2080/1980 en relación con la registración de bienes inmuebles que pertenecían un cónyuge hoy divorciado. Efectivamente, el artículo 102 dispone que

> El documento mediante el cual se inscriba la adjudicación de bienes como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, podrá ser, según el procedimiento por el que se opte, testimonio de la escritura de división de bienes o de las actuaciones judiciales respectivas. **Si la adjudicación de bienes se realizara por escritura pública, de ella deberá resultar la respectiva sentencia de divorcio y su firmeza, en cuanto disuelve la sociedad conyugal, y el juzgado, secretaría, fuero, jurisdicción y carátula del correspondiente expediente judicial**.

Con toda lógica, **nada dispone la norma sobre la denuncia de los bienes en el expediente ni orden de inscripción de los bienes gananciales, ni aun del pago de tasa judicial, ya que no estamos ante una partición judicial sino privada**.

Por su parte, la norma establece, avalando nuestra postura, que si la adjudicación se efectuara judicialmente, el documento deberá contener la relación de la respectiva sentencia de divorcio, del convenio de partición o de la resolución particionaria en su caso. Es decir, solo exige una resolución judicial con relación a los bienes cuando la partición se hace dentro del expediente de divorcio.

9. Las normas arancelarias

No se nos pasa por alto la vigencia de la Ley 23898 de Tasas Judiciales. En resumen, dispone la citada norma que en los procesos sucesorios la tasa judicial a aplicar será del

11. Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, art. 318: "Sin perjuicio de la facultad de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires para establecer regímenes de información y de recaudación tendientes a asegurar el efectivo ingreso del gravamen, los representantes legales, albaceas y escribanos públicos intervinientes en transmisiones alcanzadas por el mismo, están obligados a asegurar el pago del tributo y retener, en su caso, las sumas necesarias a tales efectos"; y art. 324: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 322 del presente Código, el pago del impuesto deberá ser previo o simultáneo a todo acto de disposición, por parte del beneficiario, de los bienes que integraren su enriquecimiento a título gratuito. Los jueces, funcionarios, compañías de seguro y escribanos públicos deberán exigir la justificación del envío de la declaración jurada y/o pago, de corresponder, por parte del sujeto obligado respecto del enriquecimiento a título gratuito por el cual hubiera adquirido los bienes de los que se intenta disponer. En su defecto, deberán informar dicha circunstancia a la Autoridad de Aplicación, conforme lo establezca la reglamentación".

12. Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, texto ordenado año 2018, art. 445: "En el caso que la transferencia de inmuebles o bienes muebles registrables sea consecuencia de una donación, partición de herencia, división de condominio, liquidación de la sociedad conyugal o como consecuencia de pactos de convivencia conforme el artículo 514 del Código Civil y Comercial de la Nación, la base imponible estará constituida por el monto de la contraprestación pactada y siempre que esté constituida por una suma cierta y determinada. De no existir contraprestación de dichas características el acto no estará alcanzado por el impuesto".

1,5 % del valor de los bienes que se transmiten sobre la valuación fiscal actualizada, y la oportunidad de pago será al inicio de las actuaciones o, si se pretendiera inscribir una sucesión y/o hijuela extendida en extraña jurisdicción la tasa, se adeuda en oportunidad de la inscripción de las mismas (arts. 2, 9 y 14).

Esta norma también merece una breve interpretación. ¿En qué caso se "transmiten" los bienes dentro del proceso del juicio sucesorio? ¿En todos los casos? ¿O en la partición privada notarial los bienes se trasmiten fuera del expediente y por mandato del propio CCCN? Es la propia ley la que establece una tasa fija (art. 6) para los casos de montos indeterminados, y que el secretario y prosecretario del juzgado interviniente son los obligados de velar por el cumplimiento efectivo del pago de la misma. Esto no es un obstáculo –y nunca lo fue para el RPI– para admitir la partición privada notarial. Será el secretario el que deba velar por el pago de la tasa de justicia al comienzo del proceso, que es el momento que establece la Ley 23898 y no antes de la orden de inscripción, como en la práctica se aplica.

10. ¿Qué sucede en las provincias?

Sabemos que esta deformación registral de considerar la inscripción de la declaratoria y/o el testamento como una verdadera partición es algo que no llega mucho más allá de la General Paz. En la inmensa mayoría de las provincias el tratamiento judicial y registral de una sucesión es bastante diferente. Veamos qué sucede en algunas demarcaciones.

En **Santa Fe**, es práctica inscribir la declaratoria de herederos en relación a los inmuebles sobre los que se hará acto seguido la partición. Una vez inscripta la declaratoria en el registro en forma marginal, es práctica corriente que la partición se haga extrajudicialmente por escritura pública. Es decir, la partición se hace notarialmente pero se requiere la inscripción previa de la declaratoria en los registros inmobiliarios.

En **Córdoba**, la partición extrajudicial se hace por escritura pública, pero se le adjunta una copia de la declaratoria de herederos y copia de la constancia de que los inmuebles están incluidos o enumerados en la sucesión.

En **Formosa**, el registro de la propiedad solo pide que en la escritura de partición se cite la existencia de la declaratoria de herederos y se consignen los datos del juicio.

En **Chubut**, el registro de la propiedad solo exige que se cite en la escritura de partición la carátula del juicio sucesorio, juzgado y secretaría, la transcripción de la declaratoria y el pago de la tasa de justicia.

En **Misiones**, el registro de la propiedad exige para partir privadamente denuncia del bien y pago de la tasa de justicia en el expediente.

En **Mendoza**, si se hace partición extrajudicial se tiene que aforar el expediente en Rentas y cajas profesionales. En ningún caso el Registro de Mendoza inscribe declaratorias de herederos ni cesiones de derechos en relación con los inmuebles. En la escritura de partición se relaciona la sentencia de declaratoria de herederos y los datos del juicio.

En **Tucumán**, el registro de la propiedad no nos pedirá nada más que hacer constar en la escritura la declaratoria de herederos. Más allá de esto, es práctica verificar la carta de pago de los honorarios de los letrados y que se han pagado los aportes de ley.

En **Salta**, los requisitos para inscribir una partición y adjudicación entre herederos mayores y capaces instrumentada en escritura pública son solamente dejar constancia de que está pagada la tasa de justicia y de que esté pagado el aporte a la Caja de Abogados, además de citar y transcribir en lo pertinente la declaratoria de herederos.

En **Entre Ríos**, con declaratoria de herederos, es el escribano quien puede hacer inventario y adjudicación de bienes con la conformidad de todos los herederos. Claro que en esta provincia entra en juego también el impuesto a la transmisión gratuita de bienes y es el escribano quien debe controlar su pago, aclarando además que deberán estar pagados los aportes a la Caja Forense/Colegio de Abogados y los honorarios del abogado interviniente.

11. Conclusión

Sostenemos que para otorgar la partición privada notarial no debe exigirse más requisito de fondo que la existencia de la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento y la voluntad unánime de los herederos, que deben ser mayores y capaces. Ningún otro requisito surge ni del Código Civil y Comercial ni del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en especial su artículo 698. Más allá de la interpretación que le hemos dado en este artículo al Decreto PEN 2080/1980 (texto ordenado por Decreto PEN 466/1999) en lo que se refiere al artículo 34 inciso a), el mismo debería corregirse prontamente, adecuando esta norma de grado inferior al Código Civil y Comercial y demás normas citadas.

La protección de los derechos de los letrados intervinientes a percibir los honorarios legales así como el pago de la llamada tasa de justicia quedarán garantizados por la participación necesaria del escribano público en la partición privada notarial.

Del mismo modo, podemos concluir que, salvo para los casos de heredero único, no hay razón para inscribir la declaratoria de herederos o el testamento, ya que ni el Código Civil y Comercial ni el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ni el Decreto PEN 2080/1980 prevén esta posibilidad. Respecto de la norma del artículo 97, hay que darle su justa medida, es decir, solo debe resultar aplicable a los casos de heredero único.

12. Bibliografía

Córdoba, Marcos M., [comentario al art. 2337], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 10, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Fenochietto, Carlos E., [comentario al art. 698], en Arazi, R. y Fenochietto, C. E. (dirs.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, t. 3, Buenos Aires, Astrea, 1985.

Kuyumdjian de Williams, Patricia y Podestá, Andrea I., "Partición", en Mourelle de Tamborenea, M. C. (dir.), *Derecho de las sucesiones en el Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 1, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.

Urbaneja, Marcelo E., "Casos de inexactitudes registrales en relación al tracto sucesivo abreviado", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 973, 2013.

Villaro, Felipe P., *Elementos de derecho registral inmobiliario*, La Plata, Scotti, 2003 (3ª ed. actualizada).

Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2001.

La persistente presencia de los procedimientos sucesorios notariales en el nuevo Código Civil y Comercial y su proyección al futuro*

Esteban M. Picasso**

RdN 932

RESUMEN

Se explica que el único obstáculo legal para la plena intervención de los escribanos en los trámites sucesorios se encuentra en las normas registrales, y, por ello, se recomienda la modificación del artículo 2337 del Código Civil y Comercial, para superar este escollo. La comprensión de la cuestión se encuentra condicionada por las equivocadas interpretaciones y creencias en torno a los procesos sucesorios. Como el autor considera que los mismos problemas interpretativos que inhibieron la actuación notarial en los procedimientos sucesorios durante la vigencia del anterior Código Civil se presentan en el nuevo Código Civil y Comercial, se realiza una revisión de los antecedentes históricos del tema.

PALABRAS CLAVE

Procedimientos sucesorios; actuación notarial; inscripción registral; declaratoria de herederos.

Fechas de recepción y aceptación
3/7/2018 - 18/7/2018

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *La solución elegante.* ***3.*** *Una discusión centenaria.* ***4.*** *¿Una solución criticable?* ***5.*** *La declaratoria de herederos y la cuestión registral.* ***6.*** *Conclusión.* ***7.*** *Bibliografía.*

1. Introducción

El nombramiento de una comisión reformadora del recientemente sancionado Código Civil y Comercial (en adelante, "la Comisión" y "el CCCN") [1] brinda una inmejorable oportunidad al notariado para insistir en que se remueva el único obstáculo legal que impide nuestra intervención en la gran mayoría de los procedimientos sucesorios que,

* Ver online en http://bit.ly/RDN932-sucesiones.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-Picasso.

1. [*N. del E.*: El Decreto PEN 182/2018, del 7/3/2018, creó en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la Comisión para la Modificación Parcial del Código Civil y Comercial de la Nación, integrada por los doctores Julio César Rivera, Ramón Daniel Pizarro, Diego Botana y Agustina Díaz Cordero].

como veremos, se reduce a las disposiciones registrales. Este objetivo solamente se podrá alcanzar si se puede presentar y defender ante la Comisión y la sociedad en su conjunto una solución rápida, sencilla y económica al *tramiterío* sucesorio; una alternativa a nuestros arcaicos procesos judiciales que –en un abrir y cerrar de ojos– descongestione los tribunales, aliviando la tarea de innumerables jueces que podrán abocarse a temas más importantes que el papeleo burocrático, y libere a los herederos de trámites engorrosos y de costos exorbitantes. En este sentido, es indiscutible que para las sucesiones en que todos los herederos sean capaces y no exista conflicto entre ellos la solución más extraordinaria sigue siendo la que surgía de nuestro viejo Código Civil y que aún se encuentra claramente establecida en el nuevo, aunque –curiosamente– no la podemos ver.

1.2. La actuación notarial en los procedimientos sucesorios en el Código Civil y Comercial

Lamentablemente, hemos profundizado poco en la correcta interpretación y aplicación del Código Velezano que simplificaban extraordinariamente los trámites sucesorios, y casi cien años nos separan de las últimas escrituras extendidas a tenor de una correcta interpretación de su normativa. Nuestro conocimiento y percepción sobre el valor jurídico de sus disposiciones descansan básicamente sobre lo afirmado por las sólidas legiones conformadas por sus detractores. No es tarea sencilla refutar todas las interpretaciones erróneas, las creencias infundadas, las afirmaciones aventuradas, los razonamientos inconsistentes y hasta las falsedades aviesas y malintencionadas que se realizan en torno a nuestro viejo Código Civil (en adelante, "CCIV") y su modo de proveer a la transmisión sucesoria. Es por eso que de todas las maneras posibles de presentar el tema de manera sencilla, elegimos una inspirada en el "pensamiento lateral", que, según sus impulsores, nos debería llevar a romper patrones rígidos de pensamientos, desarrollando así ideas más creativas e innovadoras. Se supone que, de esta manera, podremos encontrar respuestas diferentes, nuevas e ingeniosas para problemas ya conocidos. Y es indudable que esto es lo que necesitamos para dar un poco de aire fresco al replanteo de esta antigua cuestión.

Entonces, abordaremos el problema enfrentándonos a un sencillo mandato de administración. Los otorgantes son la viuda de un señor recientemente fallecido y sus dos hijos: pretenden dar un poder a un tercero para administrar algunos bienes de la sucesión, entre ellos un inmueble cuya locación hay que renovar, para lo cual es necesario adicionar al mandato facultades especiales. El tema, como se ve, no es nada complejo, pues se encuentra legislado específicamente en el artículo 2325 CCCN.

> *Actos de administración y de disposición*. Los actos de administración y de disposición requieren el consentimiento de todos los coherederos, quienes pueden dar a uno o varios de ellos o a terceros un mandato general de administración.
> Son necesarias facultades expresas para todo acto que excede la explotación normal de los bienes indivisos y para la contratación y renovación de locaciones.
> Si uno de los coherederos toma a su cargo la administración con conocimiento de los otros y sin oposición de ellos, se considera que hay un mandato tácito para los actos de administración que no requieren facultades expresas en los términos del párrafo anterior.

El inconveniente es que –como el causante falleció hace dos días– estos requirentes no tienen declaratoria de herederos a su favor. ¿Será menester solicitarla? Nosotros razonamos que el artículo 2325 CCCN pertenece a un título encabezado por el artículo 2323, que advierte que sus disposiciones se aplican "desde la muerte del causante hasta la

partición". Y todos sabemos que una declaratoria no se consigue de un día para el otro. Asimismo, el capítulo al cual pertenece el artículo se llama "Administración extrajudicial", y no parece muy coherente pensar que frente a un encabezado así deba contarse con un pronunciamiento judicial, más aún cuando el proceso sucesorio se contempla en el CCCN en un título distinto, el 7. Por otro lado, sabemos que nuestros requirentes tienen la investidura hereditaria de pleno derecho y la declaratoria solo se requiere para la transferencia de bienes registrables (art. 2337 CCCN), y aquí –como tenemos dicho– se trata de un sencillo poder de administración.

Estamos advertidos de que es facultad del juez –aun sin abrirse el proceso judicial– autorizar el otorgamiento de actos para los cuales es necesario el consentimiento de todos los sucesores si la negativa de uno de ellos pone en riesgo el bien común (art. 2327 CCCN). Pero no es el supuesto que nos ocupa: estos coherederos se llevan maravillosamente bien y no tienen ningún problema en suscribir el poder, por lo cual tampoco están reunidos los requisitos para la actuación judicial.

¿Es necesario que exhiban las actas de matrimonio y de nacimiento al escribano? Es de muy buena práctica. Si bien no son documentos habilitantes –ya que los herederos lo son por derecho propio–, son instrumentos legitimantes que establecen la relación con el derecho que se ejerce. Además, razonar de otro modo llevaría al apoderado a tener que exhibir, cada vez que se los requieran, los documentos que demuestren que los otorgantes eran parientes del causante.

Pero el problema importante es otro…: estos poderes requieren el consentimiento de **todos** los herederos (art. 2325 CCCN), y la pregunta importante es quién dice quiénes son *todos*. Descartemos hipótesis: a) No lo dirá el juez pues, por las razones que explicamos, no corresponde el dictado de una declaratoria. b) Con toda seguridad, no lo dirá el escribano, ya que jamás de los jamases podrá asegurarlo.[2] Entonces solo nos queda: c) Serán los mismos herederos quienes manifiesten que los presentes en el acto son todos los herederos y cargarán con las responsabilidades civiles y penales que les pudieran corresponder en caso de incurrir en falsedad.

Hasta aquí el razonamiento parece inexpugnable. Es que cualquier objeción a esta cadena de explicaciones convierte en papel mojado las normas apuntadas, haciendo fracasar toda una construcción del CCCN y convirtiendo en "judicial" aquello que el código denomina "extrajudicial", y privaría a los herederos de una herramienta ágil para estas situaciones que son cotidianas. Por último, flaco favor le haría el notariado a la comunidad si se rehusara en base a escrúpulos infundados a extender los documentos con la rapidez y economía que el Código establece. Más cuando –reiteramos– la declaratoria de herederos solo se establece para la inscripción de bienes registrables.

Analicemos dos cuestiones más. La primera, sencilla, es que cae de su peso que los herederos pueden realizar estos actos por sí; no está obligados a hacerse representar por uno de ellos o un tercero. El otro punto es que el mismo artículo 2325 CCCN habilita a que los herederos realicen actos de disposición y, por ende, abre la puerta a una innumerable cantidad de actos que pueden efectuar los sucesores:

- **Disponer** de todos los bienes muebles que componen la herencia, incluyendo el derecho de percibir todas las sumas de dinero que correspondan al causante (incluye cualquier clase de depósitos bancarios).

2. Como tampoco puede hacerlo el juez. Por ello, ha sido siempre criticada la formula contenida en las declaratorias de "únicos y universales herederos". Ver Maffía, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 278.

- **Enajenar** títulos valores, ya que los mismos no son bienes registrables (art. 1815 CCCN).
- **Transferir** acciones nominativas no endosables y las no cartulares.
- **Vender** la participación en todo tipo de sociedades como de establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios (ya que tampoco se pueden considerar bienes registrables; art. 470 CCCN).
- Todo esto sin contar con disponer plenamente de todos los derechos personales que pudieran tener contra terceros.
- Además, pueden si lo desean realizar partición de estos bienes (art. 2369 CCC),

Tomaremos una última hipótesis para seguir razonando. El causante adquirió tres fastuosos pisos a construir en la más importante avenida de Buenos Aires. Los boletos se extendieron en escritura pública. Fallece cuando los departamentos estaban terminados y a punto de serles escriturado. Su cónyuge e hijos necesitan transferir urgentemente los boletos. Y urgente es ya: dos días después del fallecimiento. Los distintos cesionarios no tienen inconveniente. Confían plenamente en el asesoramiento notarial y, además, saben que sus derechos están protegidos por el artículo 2315 CCCN. Pero hay que hacer la cesión por escritura pública (art. 1017 inc. c)… ¿sin declaratoria? ¿Cuál es la recomendación que da el lector?

Y esta es la pregunta insidiosa cuya respuesta ha dividido a la doctrina en general y al notariado en especial durante fines del siglo XIX y principios del XX. En esta cuestión naufragaron las incumbencias sucesorias del notariado y esta la causa por la cual es altamente probable que la administración extrajudicial de los bienes sucesorios se convierta en letra muerta en los años venideros. Es que aunque la posibilidad de legitimar al heredero *ab intestato* en ausencia de un pronunciamiento judicial fue el gran acierto de Vélez que –inicialmente aprobado por la doctrina– fue resistido por parte del notariado y luego por normas registrales y ha sido desterrado casi completamente de nuestra práctica profesional y de nuestra manera de razonar: el heredero lo es en cuanto pueda mostrar una declaratoria judicial, digan lo digan los textos legales.

En el nuevo CCCN, la posibilidad de los herederos de administrar y disponer de los bienes sucesorios se encuentra más claramente expuesta que en el ordenamiento anterior. La contradicción está ahí, interpelándonos. Si los herederos pueden –sin una declaratoria– ceder los derechos emanados de un boleto de compraventa sobre un importante inmueble, ¿a título de qué lo necesitan para transferir el dominio del mismo inmueble? Si logramos resolver la contradicción, podremos exigir una incumbencia que hemos perdido a lo largo de los años. De no ser así, ni siquiera nos animaremos a realizar –en ausencia de una declaratoria– los poderes de administración contemplados en el artículo 2325 CCCN.

2. La solución elegante

En las matemáticas se utiliza el concepto de "elegancia" para distinguir la solución de un problema que sorprende por su simpleza sin perder por ello eficacia. No sabemos si alguien ha aplicado concepto parecido al mundo del derecho, pero es indudable que, frente al mismo problema, la solución de Vélez Sarsfield muestra una elegancia que nuestros procesos sucesorios jamás tendrán.

El anterior Código funcionaba exactamente igual que las normas insertas en el nuevo y que recién analizamos. Por eso, una partición extendida según sus disposiciones era de este tenor:

… comparecen Elena Romak (datos personales) viuda de sus primeras nupcias con Alfredo García, Primo García (datos personales) y Segundo García, (datos personales) de mi conocimiento […] y expresan: a) Que la primera es la cónyuge supérstite y los restantes hijos legítimos de quien fuera Alfredo García, fallecido el […] 2) Que lo acreditan con las siguientes actas y partidas […] 3) Que son los únicos herederos del causante 4) Que vienen a liquidar la sociedad conyugal y el acervo sucesorio de la siguiente manera… [3]

¿Nada más? Nada más. ¿Declaratoria de herederos? ¡Obviamente, no! ¿Cómo iba a pedir el escribano una declaratoria que el Código no contemplaba y, por el contrario, predicaba su inutilidad, ya que "el heredero entra en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces" (art. 3410 CCIV) y es propietario de los bienes desde ese momento (art. 3417 CCIV) y no existía ninguna limitación para que los enajenara? ¿Testigos? No más que los que pudiera necesitar cualquier otra escritura. ¿Edictos? ¿Comunicación al registro de juicios universales? ¿Registro de testamentos? ¿Patrocinio letrado? Nada de eso contemplaba el Código. ¿El escribano no "declara" que son herederos? Tampoco lo pedía el Código.

¿Nada más? Nada más.

¡Esta es una solución elegante! No más complicada que cualquier compraventa sencilla. Entonces, ¿por qué tenemos unos procesos judiciales interminables, complejos y horrorosamente ineficientes?

En nuestro país, es indudable que colisionaron dos concepciones distintas sobre la transmisión sucesoria. Una de ellas, habilitada en el Código de Vélez Sarsfield, permitía a los herederos actuar sin contar con una declaratoria de herederos judicial que los reconociera como tales. La otra [4] requería como *conditio sine qua non* la existencia del reconocimiento judicial. Este último paradigma es en el cual hemos sido educados y adoctrinados con tal eficacia que a la mayoría de los profesionales del derecho (abogados, jueces, escribanos y registradores) les parece casi ociosa cualquier discusión sobre este punto. Y este paradigma es el cual tenemos que poner en crisis para entender lo brillante del código derogado. Nuestro intento de hacerlo fue mostrando cómo, frente a un nuevo CCCN que indudablemente permite la disposición de bienes por parte de los sucesores sin una declaratoria, nuestros hábitos mentales son mucho más fuertes que la normativa legal.

3. Una discusión centenaria

El discurso jurídico dominante, aun dentro del notariado, nos enseña que la declaratoria de herederos es una institución que tiene su origen en el derecho indiano, que hunde sus raíces en las leyes de partidas, y que, por eso, la posesión de pleno derecho, legislada por Vélez Sarsfield, no pudo hacer pie en nuestro derecho. La historia es más complicada que eso…

3. No es creación nuestra. Es una síntesis de modelos similares que se encuentran en: Baldana, Juan, *Teoría y práctica notarial*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1913, p. 13; Castillo, José, *Estudio teórico práctico para el oficio de escribano público*, Buenos Aires, Pedro Igon y Cía. Editores, 1893, p. 563; Calvo, Juan L., *Actas de notoriedad, notariales y extraprotocolares*, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1969, p. 169.

4. Originariamente fundada en una práctica *contra legem*, posteriormente afianzada por normas tributarias y registrales a los cuales se sumaron doctrinas y fallos *ad hoc*.

> ¡Viva la Federación!
>
> [Hay un sello que dice: "Vivan los federales, mueran los unitarios"]
>
> En la Ciudad de Buenos Ayres, a quince de septiembre de mil ochocientos treinta y siete, Año veinte y ocho de la libertad. Veintidós de la Independencia y octavo de la Confederación Argentina. Ante mí el infrascripto Escribano Público del numero de ella y testigos don […] y la esposa de este, doña […], todos vecinos de esta ciudad a los que doy fé, conozco y dixeron: Que por muerte de sus padres, don […] y doña […] ellos como sus hijos legítimos y únicos herederos con su otro hermano don…, mayores de edad, han practicado división y partición de sus bienes, extrajudicialmente, correspondiéndoles la casa mortuoria sita en el cuartel […], calle de Cuyo numero […], edificada en terreno de […] que hubo su finado padre por compra que hizo a doña […] según escritura que le otorgo el […] por ante el escribano publico numerario don […] hoy finado, la cantidad de pesos […] reales a doña […] todo en moneda corriente. En el día han acordado vender los exponentes a don Fabián Gomez ya citado la acción de ambos que queda detallada e importa […] pesos […] En su testimonio así lo otorgaron y firmaron siendo testigos don […], don […] y don […] Sigue a la obligación que otorgo don Geronimo Márquez a favor de doña […] en catorce de dicho mes y año al folio cincuenta y seis. Firmados. Sebastiana Gomez, Manuel Gomez, Marcelo Ignes. [testigo {…}], [testigo {…}], [testigo {…}], y [testigo {…}]. Ante mí: N. N. escribano publico y de numero. Concuerda con la matriz.

Este es un extracto de una escritura de partición y posterior venta de bienes sucesorios transcripta por Baldana.[5] Tiene casi dos siglos de antigüedad[6] y es un indicio importante para desvirtuar las afirmaciones de quienes consideran que la partición judicial era extraña a nuestras costumbres.[7]

Este indicio, asimismo, es corroborado en 1884 por el entonces fiscal de la Cámara de Apelaciones de Capital Federal, Cortés, en una causa en la cual se cuestionaba un título de propiedad por no constar en él la declaratoria de herederos a favor de los disponentes. Aunque la parte demandada adujera que la ausencia de la declaración se debía al poco valor de la finca, el fiscal afirmó en su dictamen que

> … la verdadera explicación de aquella práctica debe buscarse y se encuentra en el derecho especial establecido para la América Española, conforme al cual la posesión hereditaria de los bienes entre ascendientes y descendientes legítimos, se transmitía *ipso iure*, sin necesidad por parte de los herederos, para poder disponer de dichos bienes, de intervención judicial, ni declaración alguna. Este mismo derecho es el que ahora nos rige y tampoco en la actualidad, los ascendientes y descendientes legítimos para entrar en posesión de los bienes hereditarios y disponer libremente de ellos, siendo todos mayores de edad, no necesitan la intervención judicial […] tal es […] la verdadera explicación del supuesto defecto notado en los títulos de que se trata, en los cuales sin embargo de aludirse a diversas herencias entre padres e hijos legítimos no se contiene la declaratoria de herederos que hoy mismo no podría considerarse necesaria aunque ciertamente, no dejaría de ser útil.[8]

5. Baldana, Juan, *Tratado de derecho notarial argentino*, Buenos Aires, Compañía General Fabril Financiera, 1946, p. 1375.

6. Podemos decir que tenemos una larga tradición de elegancia.

7. Cómo ya hemos visto, Baldana tiene formularios de partición extrajudicial en su libro de 1913, de lo cual se deduce inmediatamente que la institución estaba en uso aún en aquel entonces. Ver Baldana, Juan, ob. cit. (cfr. nota 3), p. 13.

8. Ver Cortés, Gerónimo, *Vistas fiscales expedidas en el carácter de fiscal de la Cámara de Apelaciones de la Capital*, t. 1, Buenos Aires, Imprenta Europea, 1887, p. 271.

Nuestros primeros tratadistas estaban de acuerdo con tan encumbrado funcionario y critican la costumbre que empieza a establecerse de pedir una inútil declaratoria. Así, al tratar el artículo 3410, Llerena dice:

> Es decir, sin necesidad de ningún acto de posesión material y sin necesidad de que el Juez le mande dar la posesión judicial, pues entra de pleno derecho por el sólo hecho de la muerte del autor de la sucesión. Con esta posesión puede [el heredero], desde luego, ejercer actos materiales sobre los bienes. Puede también vender y hacer tradición […] En la práctica de los tribunales de la Capital, como en la mayor parte de las provincias argentinas, se ha establecido como necesario, la declaratoria del heredero por el Juez de la sucesión, aun cuando se trate de descendientes o ascendientes. Esta declaratoria, que en realidad no puede dar ni quitar á los herederos a favor de los cuales se hace, puesto que siempre se declara en ella que es sin perjuicio de terceros, es inútil tratándose de herederos descendientes ó ascendientes; es inútil porque, con arreglo al artículo que estudiamos, ellos entran en posesión de la herencia y pueden disponer libremente de los bienes sin necesidad de declaración alguna por parte del Juez.[9]

Y dice en forma contundente

> Desde que el que pretende la posesión de la herencia pruebe que está en grado sucesible, no necesita establecer la prueba negativa de que no hay otros herederos más próximos, puesto que, como hemos dicho, esa declaratoria no da ni quita derechos á los herederos.[10]

También Machado disparaba munición gruesa contra quienes abogaban por la declaratoria:

> ¿Cómo es que vino a introducirse entre nosotros la costumbre de la declaratoria de herederos, tratándose de ascendientes y descendientes legítimos? Sin duda, los escribanos que vinieron de España, donde regían las leyes de Partidas y Recopiladas que ordenaban esa formalidad, sin conocer las leyes de Indias exigieron para la transmisión de la propiedad esa declaratoria de herederos, como una condición necesaria de validez, y he aquí porqué se ha considerado la supresión como un defecto en los títulos. ¿Pero qué valor puede tener su falta para los descendientes legítimos residentes en la República, que la ley supone tan conocidos que no se dude del parentesco? La declaración del juez de únicos y universales herederos se hace, sin perjuicio de terceros, y con la calidad de, en cuanto hubiere lugar por derecho; en estas condiciones, la resolución no agrega valor alguno a la calidad de heredero descendiente o ascendiente que se atribuye al enajenante. Pero toda práctica inveterada crea en el espíritu de los funcionarios acostumbrados a cumplirla, un elemento de juicio que con la continuidad de su aplicación, viene a llenar el mismo lugar que debería ocupar una disposición expresa, y suprimiéndola deja una especie de vacío que no sabe cómo llenar.[11] […] No hay, pues, necesidad de declaratoria de herederos desde que la ley pone en posesión de la herencia a los descendientes y ascendientes legítimos por la muerte del causante […] La hijuela es el verdadero y único título, pues se manda registrar como tal en el registro de la propiedad.[12]

9. Llerena, Baldomero, [comentario al art. 3410], en *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, t. 9, Buenos Aires, Peuser, 1902, 2ª ed., pp. 228-229.

10. Ídem, p. 231.

11. ¿Se advierte que el mismo *horror vacui* nos perturba frente al capítulo de la administración judicial?

12. Machado, José O., [comentario al art. 3410], en *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. 8, Buenos Aires, Lajouane, 1901, pp. 597-599.

3.1. Las posiciones notariales

No le faltaba razón a Machado al considerar que una parte del notariado se resiste a la aplicación de las soluciones establecidas por Vélez Sarsfield, ya que así queda reflejado en la *Revista Notarial* de la Provincia de Buenos Aires y la *Revista del Notariado* de Capital Federal desde sus primeros números. Así, en 1898, Gil considera que el fiscal Cortés confunde la posesión hereditaria con la demostración escrita y formal del título sucesorio. Para este escribano la declaratoria judicial se torna indispensable, pues constituye un documento habilitante, y su falta de inserción torna nula la escritura.[13] Dos años después, el colega González evacua una consulta diciendo:

> … conceptuamos el caso de sumo interés para el notariado: Una persona murió intestada, dejando hijos legítimos, todos mayores de edad, están estos en la más perfecta armonía y desean privadamente liquidar la testamentaría por medio de escritura pública: ¿puede hacerse sin establecer previamente el título hereditario? se nos ha preguntado y hemos contestado lo siguiente: […] En estos casos, lo regular y legal es que a la división de la herencia preceda la justificación del título hereditario y la competente declaratoria judicial para que los herederos no toquen inconveniente alguno cuando deseen transmitir a terceros el todo o parte de sus respectivas porciones hereditarias: pero si –no obstante esto– se empeñan los interesados en prescindir de tal formalidad, conceptuamos que el Escribano de Registro podría hacer el acto escriturario de división y adjudicación, siempre que le conste los hechos de una manera indubitable y consigne la falta de dicho requisito, para salvar no su responsabilidad –que no tiene ninguna– sino su competencia profesional. Escusamos decir que el caso explicado es excepcional y sólo de aplicación entre descendientes y ascendientes legítimos o entre estos y aquellos [sic] pues la regla general es que deben intervenir previamente los jueces, como resulta claramente de los art. 3411, 3412, 3413 y siguientes del Código citado.[14]

Es evidente que la melindrosa posición del colega es un abrazo de oso a la partición extrajudicial de la herencia. En 1901, Insúa, teniendo en consideración los argumentos de Machado sobre el artículo 3410 CCIV y las expresiones del fiscal Cortés, afirma que dicha doctrina:

> … se conforma indudablemente con el espíritu del artículo citado, y por lo tanto, puede afirmarse que en los casos que caen bajo aquella disposición legal, la declaratoria de herederos no es necesaria para la adquisición eficiente de la posesión ni se precisa para la enajenación de los bienes de la herencia. No creo, por otra parte, que la declaratoria constituya un documento habilitante que, conforme al art. 1004, deba transcribirse en las escrituras […] Pero de que una cosa no sea indispensable no se sigue que no pueda ser útil, y en esto disiento de la opinión del distinguido tratadista que no reconoce ventaja alguna a las declaratorias. Ante todo es necesario hacer notar que los Escribanos han creado al aplicar su ministerio, una serie de prácticas que si bien no son indispensables para la validez de

13. Ver Gil, Antonio L., "Posesión hereditaria. ¿Requiere actos materiales ó basta el título legal?", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, 1898, Nº 5, pp. 73-77 [*N. del E.*: ver en http://bit.ly/RDN5-posesion].

14. Ver González, Leandro M., "Miscelánea. I. Pueden liquidarse sucesiones intestadas sin establecer el título hereditario", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, Nº 32, 1900, p. 248 [*N. del E.*: ver en http://bit.ly/RDN32-sucesiones]. Se advierte claramente que si lo "regular y legal" es tramitar la declaratoria, es obvio que no hacerlo debería ser considerado "irregular e ilegal"; nuestro autor no nota la contradicción. Por otro lado, los arts. 3411-3413 CCIV no instituyen una regla general de la cual el 3410 sea una excepción; son supuestos diferentes. En todo caso, la regla general sería el art. 3410, ya que lo más habitual es que la herencia pase a los herederos forzosos.

> los actos notariales son de verdadero interés público porque fijan y garantizan los derechos de las partes.[15]

Es interesante la posición de Insúa en el sentido de que respalda –sin vacilación– un trámite innecesario, sin preocuparse de los costos que aquellos involucran para los interesados. Afortunadamente, nunca faltaron colegas que defienden la doctrina correcta. El escribano Jonas escribe un excelente artículo en que, luego de abogar por la intervención notarial, expresa:

> … "se me dirá ¿y si los que comparecen ante el Escribano y se dicen únicos herederos no fuere ni herederos ni únicos ¿qué sucedería? –Que si no eran herederos todo lo hecho sería nulo, y que si lo eran, sería nula la división, que habría que reformar, y en uno y otro caso, serían responsables civilmente por el valor de los bienes si hubieran recibido de más y criminalmente por la falsedad cometida. Pero eso pasa todos los días en los juicios sucesorios, y aún en testamentarios […] porque el juez no es adivino y puede ser engañado como cualquier escribano. En la división hecha por escritura pública si está debidamente hecha, hay dos ventajas sobre el juicio sucesorio o testamentario: una evidente que salta a la vista, y es la economía de tiempo y dinero; otra improbable, y es la de que conociendo el Escribano a los causantes, a los herederos y sus negocios, con un trato bastante íntimo, frecuente y antiguo, tenga más seguridad que el juez, que por regla general no ha conocido a los causantes, no conoce a los herederos y no sabe nada de los intereses de familia".[16]

En 1908, la *Revista Notarial* lanza una consulta sobre este tema: "La división de la herencia que se otorgue de conformidad a lo dispuesto en los artículos 3410 y 3462 del Código Civil, ¿puede hacerse válidamente sin justificar judicialmente la calidad de heredero?". Recoge el guante el colega J. González, quien afirma, haciendo base en el artículo 3410:

> En presencia de este artículo no cabe a mi juicio ninguna duda para afirmar que al adquirir el heredero por efecto exclusivo de la Ley la posesión de la herencia queda habilitado para disponer de los bienes que la constituyen, como propietario que es de ellos y puede en consecuencia ejercer cualquier acto de disposición relativo a los mismos sin más restricciones que las que surjan de su capacidad legal. Y si así no fuera ¿Qué objeto tendrían las disposiciones legales citadas, especialmente las de art. 3410? Decididamente ninguno. Si el heredero a que se refiere ese artículo tuviere necesidad de justificar su título a la herencia, como en los casos de los artículos 3411, 3412 y 3413 para obtener la facultad de disponer de ella como dueño absoluto, forzoso sería concluir en que tal art. 3410 no tendría razón de ser.[17]

Cuatro años después, en 1911, el tema se sigue discutiendo. La redacción de la *Revista Notarial*[18] contesta una consulta realizada en el número anterior, donde un escribano plantea si se necesita o no la declaratoria para otorgar la división de herencia. La res-

15. Ver Insúa, José, "Declaratoria de herederos", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 85, 1901, p. 156.

16. Jonas, E. R., "Herencias. Partición extrajudicial", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, Nº 83, 1904, p. 356.

17. Ver González, J., "Divisiones de herencia", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 169, 1908, pp. 809-847. Por extraña razón, el autor, en forma sistemática, cita erróneamente los números de los artículos del Código Civil; hemos corregido ese detalle en la transcripción.

18. Ver [anónimo], en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 204, 1911, p. 2125 [sección "Correspondencia, Preguntas, Pedidos y Contestaciones"].

puesta es muy breve y, como aclaran sus autores, se basa en un caso práctico resuelto y publicado en 1904.[19] Se trata de una partición realizada por un escribano sin contar con la declaratoria. Llevada a inscribir al Registro Inmobiliario de Dolores, le contestan: "Señor Escribano: No puede inscribirse, por cuanto los que realizan la división no tienen inscripto a su nombre adjudicación que solo puede tener lugar por testamento o declaratoria judicial". Elevado el asunto al director general del Registro se expide:

> Julio, 7 de 1904, Hágase saber al Señor Gerente del Registro de la Propiedad de Dolores que las observaciones que formula no tienen razón de ser y que lo resuelto por esta Dirección en casos de división de condominio no es aplicable a la escritura que presenta el Escribano Estévez Cambra que es de división de herencia…[20]

Concluye la consulta afirmando:

> En resumen, cuando la sucesión tiene lugar con arreglo a lo establecido en el art. 3410 del Código Civil, los herederos mayores de edad pueden proceder a la división de sus bienes, sin necesidad de gestionar previamente la declaratoria de herederos. La innovación provocada por el señor Estévez Cambra mereció en ese entonces ser aplaudida, pues ella, además de facilitar en casos especiales la transmisión de los bienes beneficia grandemente a los interesados cuando, como en el presente caso, la exigüidad del valor de los bienes a dividirse, apenas sería suficiente para satisfacer, en su importe, los gastos que demandaría el obtener la declaratoria de herederos.[21]

Mas en seguida contestan los partidarios de la declaratoria. Así, en el número siguiente, Rodríguez, luego de reconocer que la opinión notarial no es uniforme y que ambas posiciones son defendidas por escribanos bien preparados, brinda sus argumentos, que sintetiza en estas conclusiones:

> 1º Que el título de herederos *ab intestato*, en el caso del art. 3410 CC solo puede ser reconocido y declarado por el juez de la sucesión, previos los trámites y formalidades legales. 2º Que la posesión de la herencia no importa la prueba del título de heredero y que, por lo tanto, para dividir enajenar o constituir derechos reales sobre bienes hereditarios, es necesaria la declaratoria judicial que reconozca tal carácter en favor de quienes pretendan celebrar actos de esa naturaleza. 3º Que la facultad que acuerda el art. 3462 del CC a los herederos mayores de edad, es a condición de justificar antes por los medios expresados el título de herederos.[22]

Enseguida, corre en apoyo de Rodríguez un colega que firma T. L. y P. Entre sus argumentos, desarrolla la idea de que el juicio testamentario como el intestado son instituciones de la ley procesal de orden público e irrenunciable porque no se han presentado sino en favor del ausente, como una garantía de sus derechos y a favor del fisco. El autor se destaca por ser el primero que trae en auxilio de sus ideas al derecho registral, lo cual es, en definitiva, el camino que ha seguido el CCCN.[23]

19. Ver [anónimo] "La herencia de padres a hijos. El artículo 3410 del Código Civil", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 120, 1904, p. 382.

20. Ídem, p. 2126. Igualmente la inscripción no prospera por constar en la escritura que los herederos se encontraban domiciliados en distinta provincia que los bienes.

21. Ibídem.

22. Cfr. Rodríguez, Jacinto F., "División de bienes hereditarios entre ascendientes o descendientes legítimos, mayores de edad", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 205, 1911, p. 2135.

23. T. L. y P. [seudónimo], "Partición extrajudicial. Requisitos de validez", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 206, 1911, p. 2184.

Sumamente destacable es que, en 1925, la oficina de consultas del Colegio de Escribanos de la Capital Federal se expide frente al caso de una observación a una partición realizada por un hijo y nieto de la causante, acreditando el deceso con la partida de defunción y su derecho con el testamento. Una síntesis de sus fundamentos se transcribe a continuación:

> 1º El heredero forzoso tiene su derecho a la herencia por la ley […] 2º El art. 3430 del Código Civil confiere a los ascendientes y descendientes la posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión «sin ninguna formalidad ni intervención de los jueces». […] 3º El testamento otorgado ante Escribano Público es y siempre ha sido considerado como un acto que hace fe absoluta, en tanto no sea impugnado. No sólo está equiparado a los demás instrumentos públicos, sino que se le juzga más solemne como ley del testador […] de cumplimiento sagrado en tanto haya dispuesto dentro de la órbita de la ley […] no conoce esta oficina que ese ni ningún otro acto notarial otorgado en el país esté sujeto para su eficacia, como instrumento probatorio, a la aprobación o revalidación judicial […] 5º […] En la escritura a dictamen, se reúnen todas las circunstancias que hacen la partición inobjetable; testamento con institución de herederos, que prueba acabadamente quienes son estos, transmisión legal por ser esos herederos descendientes legítimos del testador y por lo tanto sus herederos forzosos, propiedad y posesión de la herencia por ministerio de la ley, sin necesidad de intervención judicial, autorización legal para hacer la partición por escritura pública, en razón de ser esos herederos mayores de edad *** el informe de… si bien admite que la partición puede hacerse privadamente entre herederos mayores de edad, afirma que para proceder a ella es necesario que previamente se les reconozca judicialmente como tales, sea aprobado las disposiciones del testamento o a falta de ellas dictando la declaratoria de herederos. He dicho ya que no conozco disposición alguna en que pueda basarse esta tesis, con relación al caso, ni el informe la cita. Y sería dar demasiada extensión a mi dictamen entrar en consideraciones al respecto… [24]

Todavía en 1926, encontramos en la *Revista del Notariado* un artículo que exalta las virtudes de la tramitación notarial del sucesorio:

> Después de la vigencia del Código, los herederos mayores de edad, dividían la herencia de sus padres, generalmente por escritura pública y de acuerdo con lo establecido en art. 3462 del Código Civil […] para llevar a efecto esto, se le entregaba al escribano el testamento del causante y la partida de defunción, con el fin de justificar el carácter hereditario y el fallecimiento. Con estas piezas y las escrituras de las fincas, se procedía a practicar la división de la herencia, adjudicándose a cada heredero, la porción que correspondía previo pago del Impuesto Fiscal, que consistía en un sello que se agregaba al protocolo. Después se inscriben los testimonios en el Registro de la Propiedad y todo quedaba concluido. Otras particiones se hacían sin testamento ni declaratorias […] Nadie ha puesto dificultades a esos procedimientos, puesto que son de acuerdo con el Código Civil y no alteran la esencia de la partición como él dice. No hay nulidad alguna que oponer, de manera que cualquier transmisión que se funda en ellas es perfecta […] sin embargo se exige por algunas sociedades de préstamos, la iniciación del juicio sucesorio, con el propósito de que el juez declare la validez del testamento, según la costumbre de hoy, lo que es a mi juicio innecesario. […] Si hay algún artículo práctico en nuestros Códigos, es el comentamos, por cuanto ha seguido en parte el procedimiento antiguo, cuando las testamentarias se liquidaban en forma sencilla, y sin las tramitaciones, que tanto abultan los expedientes y cuestan a los interesados. Cada día vamos complicando más la vida con estas cosas nuevas, que se

24. Insúa, José, "Partición de herencia por escritura pública", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, Nº 308, 1924, pp. 230-231 [*N. del E.*: ver en http://bit.ly/RDN308-particion].

> inventan para alterar los hechos consumados y la estabilidad de la propiedad, creándose desconfianzas, propias de espíritu cavilosos, cuando no hay peligros remotos ni nada que pueda presumirlos.[25]

Podemos decir que aquí se cierra toda una época en la cual el notariado debate en torno a la aplicación práctica del artículo 3410 del Código Velezano. En tiempos más cercanos, aquel abandonará la defensa de estas sencillas particiones, para abogar por un procedimiento más o menos parecido al judicial que concluya en una declaratoria de herederos notarial.

A nuestro entender, es Pondé quien se constituye en el punto de inflexión entre estas dos épocas, ya que claramente reconoce que los herederos legitimarios no necesitan hacer un trámite judicial ni obtener una declaratoria de herederos para hacer valer en plenitud sus derechos:

> Deducción inmediata de la lectura del art. 3410 es la afirmación de que la intervención procesal de la justicia es innecesaria, con la fuerza y la drasticidad expresa devenida del «sin ninguna formalidad o intervención de los jueces» […] no hay correlación entre la simplicidad del texto del artículo 3410 y la complicada gestión que requiere el trámite sucesorio […] es llamativo cómo la costumbre ha logrado imponerse –con la aceptación expresa de los tratadistas y la aquiescencia también expresa de los poderes públicos– a las disposiciones terminantes del Código Civil. Mas, una resolución judicial, cual es el auto de declaratoria de herederos, no contemplado en nuestro Código Civil, se ha popularizado en desmedro del instituto jurídico base de la transmisión hereditaria entre nosotros que es el de la posesión de la herencia.[26]

Y más adelante, en referencia a la declaratoria judicial, afirma:

> Nosotros creemos que es un infeliz sistema que recarga la tarea de los tribunales de justicia, congestionándolos con un quehacer impropio y dañando a la comunidad con la inevitable consecuencia del atraso en la administración de justicia.[27]

Pese a la contundencia de sus afirmaciones, termina rindiéndose al sistema consuetudinario y aboga por que los escribanos sean quienes dicten la declaratoria de herederos en reemplazo de los jueces. ¡Realpolitik en estado puro! Pero Pondé entiende claramente que está poniendo muletas a un sistema que caminaría mucho más ágilmente sin ellas.

4. ¿Una solución criticable?

Cuando se confrontan los sencillos trámites notariales con los pesados procesos sucesorios, aparece, entre la mayoría de los colegas, un cierto escalofrío y posterior negación de la conveniencia de los mismos, que no es más que la manifestación del *horroris vacui* producido por la ausencia de la declaratoria. Y este es el principal problema que existe para defender la solución esbozada por Vélez Sarsfield: a los notarios no les gusta que alguien o un grupo de personas se presenten afirmando que son los únicos herederos del

25. Giménez, Eusebio G., "Partición de herencia entre herederos mayores de edad", en *Revista del Notariado*, Nº 327-328, 1926, p. 7.

26. Pondé, Eduardo B., "Posesión hereditaria y declaratoria de herederos en el supuesto del artículo 3410 del Código Civil", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 759, 1965, pp. 400-401.

27. Ídem, p. 406.

causante sin un documento que así lo certifique. Es inútil o no discutir sobre tal o cual texto legal si en definitiva a lo que nos estamos enfrentando es a un prejuicio recubierto de argumentos legales, prejuicio que descansa sobre la desproporcionada confianza en la declaratoria de herederos.

Por eso, lo primero que habrá que tener en claro es la inutilidad intrínseca del procedimiento sucesorio *ab intestato*, que, en su quintaesencia, se reduce a investir como herederos a aquellos que se presentaron ante el juez diciendo que son los herederos. Para eso, es imprescindible refutar a Bibiloni –paradigma de los defensores de la declaratoria de herederos–, quien criticaba el sistema del Código –como hemos expuesto– diciendo:

> Todo este sistema que el derecho nacional no conocía hasta el Código, no puede coexistir con un sistema racional de estabilidad jurídica. Se ha formado o desarrollado en el derecho feudal. Se apoya en la notoriedad del parentesco. Esa notoriedad no puede existir sino por la cohabitación en la aldea. El señor la conoce. Los aldeanos saben que tal persona tenía uno, dos, diez hijos. Que deja viuda. Que no tenía más herederos que sus padres. Que ambos viven. Que uno había fallecido, etc. E importa poco que al tercero se le pruebe el parentesco alegado con documentos directos. Siempre quedará la grave cuestión de la existencia de herederos concurrentes o preferentes: art. 3416. Si se reflexiona que en las ciudades las gentes no se conocen, o aunque se conozca al causante, poco o nada se sabe de sus herederos; que puede no ser legítimo el que se dice tal, y pretenda muerto al que está vivo, o ausente, o distanciado de su familia; que en el extranjero, el comerciante, el fabricante, tiene bienes y que allí nada se conoce de su situación de familia, si el parentesco, en definitiva, contra lo que presupone el art. 3410, no prueba nada sobre la existencia de herederos que tienen derecho a los bienes, ¿qué sistema de crédito puede fundarse sobre bases tan inseguras? Mucho más prudente era el derecho español, que exigía la intervención judicial para declarar herederos a quienes tienen título para recoger los bienes…[28]

Analicemos el problema desapasionadamente.

4.1. La notoriedad del vínculo

Cuando Bibiloni desarrolla su argumentación, ya estaba más que establecido el uso de partidas de nacimientos donde constaba el vínculo entre el causante y los herederos que se presentaban ante el notario (o de matrimonios en el caso del cónyuge).[29] Podemos convenir, al menos, que es un sistema actualmente por demás consolidado. Mi acta de nacimiento –con varias décadas de antigüedad– se encuentra resguardada en el Registro Civil y cualquiera puede ir a consultarla. Además, por otro lado, el juez no hace más que mirar las partidas, nada distinto a lo que podrían hacer los escribanos. De hecho, los escribanos nos pasamos la vida mirando partidas de nacimiento y estableciendo –en base a ellas– la existencia del parentesco entre distintas personas. Así que es hora ya de abandonar la crítica sobre la supuesta "notoriedad" del vínculo.

4.2. El interés del tercero

Otro sonado yerro conceptual de Bibiloni. Es obvio que existe un conflicto de intereses entre un tercero que contrata con el heredero aparente y el vero heredero, si llega a apa-

28. Bibiloni, Juan A., *Anteproyecto de reforma al Código Civil*, t. 3, Buenos Aires, 1940, p. 401.

29. Ver modelos mencionados en las fuentes bibliográficas citadas en nota 3.

recer. ¿Corresponde mantener el contrato entre el heredero aparente y el tercero? ¿O, por el contrario, hay que resguardar el interés del tercero adquirente? Dilema al cual la doctrina comparada le dio varias respuestas (no viene al caso desarrollarlas aquí).

Vélez Sarsfield dilucidó el problema en el artículo 3430 CCIV, con una redacción de ardua interpretación pero que no mencionaba para nada una declaratoria de herederos (ni notarial o judicial) que sirviera como elemento constituyente de la buena fe del tercero. Ese paso lo da la reforma de 1968, que, al decir de Belluscio, introduce subrepticiamente la declaratoria en el artículo 3430 CCIV.[30] Recordemos su texto:

> Artículo 3430. Los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento y siempre que el tercero con quien hubiese contratado fuere de buena fe […] Será considerado tercero de buena fe quien ignorase la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos.

Si leemos atentamente, entenderemos que, siendo el tercero adquirente de mala fe, la declaratoria que haya podido obtener el heredero aparente no le sirve de nada frente al verdadero heredero. Es, por tanto, un elemento absolutamente superfluo, ya que lo definitorio es la buena fe del tercero, y no la declaratoria. Sin embargo, fue reiteradamente agitado por los críticos de los trámites sucesorios notariales como argumento para impedirlas. Ahora, en su nueva redacción, el CCCN nos brinda la solución correcta:

> Artículo 2315. *Actos del heredero aparente*. Son válidos los actos de administración del heredero aparente realizados hasta la notificación de la demanda de petición de herencia, excepto que haya habido mala fe suya y del tercero con quien contrató.
> Son también válidos los actos de disposición a título oneroso en favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos.

Vemos así que ni la aprobación judicial del testamento, ni la declaratoria de herederos, ni el proceso sucesión per se sirven para configurar la buena fe del tercero. La base segura del crédito, que pretendía Bibiloni, queda así constituida sin ninguna necesidad de apelar a un proceso judicial.

4.3. El interés de los herederos ignorados y acreedores

Otro argumento esgrimido para defender los procesos sucesorios judiciales es su utilidad para la defensa de las acreencias de los acreedores y los derechos de algunos herederos que podrían ser postergados por el rápido accionar de otros sucesores que dispusieran de los bienes a espaldas de ellos. Es así que algunos autores sostienen que el proceso sucesorio brinda seguridad a estos interesados. Obviamente, quienes así razonan siempre han visto la realidad con una mirada sesgada.

Veamos a vuelo de pájaro nuestro tradicional proceso sucesorio testamentario. El heredero lleva su testamento al juez, quien, luego de una consulta al Registro de Juicios Universales –por si hubiera otro proceso sobre el mismo causante–, lo declara válido en

30. Ver Belluscio, Augusto C., "La reforma del derecho sucesorio en Francia", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2002-A, p. 1359, cita online AR/DOC/15324/2001.

cuanto sus formas, y, a partir de ahí, el heredero declarado puede disponer de los bienes. ¿Sirvió el proceso para anoticiarlos a posibles herederos de la existencia del proceso sucesorio? No, para nada. ¿Sirvió para anoticiarlos a los acreedores? Tampoco.

Es que la apelación a los intereses de los acreedores y de eventuales terceros siempre fue un argumento oportunista, centrado en el poder mágico –no podemos considerarlo de otra manera– de los edictos. En nuestros tradicionales procesos testamentarios –y el CCCN paga tributo a esa tradición– no se publican, los cuales quedan reservados a las sucesiones *ab intestato.* Las razones de esta distinción es que nuestros primeros códigos de procedimientos, siguiendo el Código de Enjuiciamiento Español, legislaban en forma conjunta la sucesión vacante con la intestada. Por eso, al heredero legitimario –que bien podía acreditar con su partida de nacimiento su condición– se lo obligaba a realizar una publicación de edictos a la cual el heredero testamentario no estaba sometido. Por ello, pretender justificar los procesos sucesorios en virtudes que la mitad de ellos no tienen carece de sentido alguno. Por otro lado, solo una mentalidad parroquial puede darle algún valor a los edictos sucesorios –que han sido reiteradamente criticados por su inutilidad–, más cuando el nuevo CCCN los ha reducido a su mínima expresión. En realidad, nadie puede contestar coherentemente qué valor tiene un edicto publicado en la ciudad de Formosa si el resto de los coherederos viven en Santiago del Estero, Asunción, Berlín y Kamtchatka.

Toda indagación que pretenda ubicar a otro heredero además de los que se presentan ante el notario o el juez es una pérdida de tiempo, casi una curiosidad malsana, y con ello solo se pretende justificar la percepción de ingentes sumas de dinero para solventar tan inútil investigación. La máxima expresión de este desaguisado es la publicación de edictos, pero de esa matriz salen otras costumbres ya institucionalizadas, como los registros de juicios universales y de actos de última voluntad, los cuales, en nuestra práctica procesal, deben ser consultados antes del dictado de una declaratoria de herederos.

Razonemos: Pedro desea vender un inmueble, pedimos los certificados de dominio e inhibición correspondientes. ¿Le pedimos constancia de que no haya un pedido de quiebra u otro juicio en su contra del cual pudiera surgir una posible limitación a su posibilidad de enajenar? Obviamente, no. Entonces, si los hijos de Pedro vienen a vender el mismo inmueble y acreditan su derecho, ¿a título de qué deberíamos solicitar que acrediten la inexistencia de alguien que pretenda controvertir su título? Si ese alguien existiera, tiene todo el derecho de trabar las medidas cautelares que considere convenientes, las cuales se verán plasmadas en el Registro de la Propiedad Inmueble, pero lo que no es aceptable –aunque lo aceptemos– es que alguien tenga que hacer un proceso judicial para demostrar la inexistencia de alguien con mejor derecho sobre sus bienes. Menos aún cuando ese proceso ni siquiera sirve para demostrar eso.

5. La declaratoria de herederos y la cuestión registral

Hemos dicho al principio de estas líneas que los argumentos desarrollados por la doctrina dominante para intentar socavar los procedimientos notariales "a la velezana" son infinitos, pero son nada más que eso: vanas argumentaciones. Lo que importa, en definitiva, es cuáles son los obstáculos legales a los actos realizados por los herederos en ausencia de una declaratoria. Afortunadamente, para quienes creemos firmemente en la inutilidad de los procesos sucesorios, el CCCN ha tenido a bien clarificar el punto, recalcando que la declaratoria solo es imprescindible para la transferencia de los bienes registrables y

al solo efecto de cumplimentar el tracto abreviado establecido en la legislación registral (art. 2337 CCCN y los fundamentos del anteproyecto):

> Se prevé que los herederos designados en el testamento aprobado o en la declaratoria tienen la libre disposición de los bienes de la herencia, pero que, a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos, a los fines del cumplimiento del tracto abreviado en la legislación registral.[31]

A nuestro entender, esta solución está basada en los razonamientos de Zannoni que ya hemos tenido oportunidad de criticar desde nuestra ponencia en el XIV Congreso Nacional de Derecho Registral (Villa Carlos Paz, 2006).[32] Zannoni dice algo muy importante a lo que poca consideración y aplicación se da: "los acuerdos sobre la partición pueden concluirse entre los herederos, incluso con anterioridad a la declaratoria de herederos";[33] aunque a continuación afirma: "sin perjuicio de que su oponibilidad exija, por razones de publicidad registral, el reconocimiento posterior del carácter hereditario".[34] Y amplía esta contraposición afirmando:

> Decíamos […] que los herederos que gozan de la posesión hereditaria de pleno derecho, no necesitaban estrictamente esa declaratoria. Ocurre, reiteramos, que antes de ella, los regímenes de publicidad registral no permiten inscribir, es decir, registrar, la adquisición del dominio u otros derechos reales sin un previo control de legalidad y en su caso de mérito, judicial. La declaratoria de herederos ha venido a constituirse así mediante las normas de publicidad registral, en el título requerido para acreditar, frente a terceros, la adquisición de los derechos registrables.[35]

Se advierte claramente cómo entre la contradicción entre el derecho civil y un derecho meramente adjetivo como es el registral, el autor –como ahora el mismo legislador– le dan preeminencia al segundo.

Sin embargo, el criterio jurídicamente correcto es exactamente el inverso. Así lo explica Falbo:

> 3º Toda otra reglamentación que no sea necesaria para ejecutar la ley 17.801 no debe alterar su espíritu, procurando que el Registro sea el reflejo fiel e inmediato de la realidad extrarregistralmente constituida, facilitando y simplificando el trámite de la registración y ampliando, aún en caso de duda, los supuestos en que ella ha de considerarse procedente.
> 4º **En ningún caso una reglamentación puede restringir, limitar o condicionar la inscripción del documento, con exigencias no requeridas por la legislación de fondo, que impliquen la necesidad de modificar o ampliar las declaraciones de sus otorgantes**. El sistema registral, y más aún su reglamentación, deben estar al servicio de la relación negocial, y no a la inversa.[36]

31. Lorenzetti, Ricardo L. y otros [comisión creada por Decreto PEN 191/2011], "Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, [s. e.], 2012, p. 219.

32. Picasso, Esteban M., "La partición de bienes hereditarios por acto notarial y su inscripción registral (art. 3462 del Código Civil, art. 16 de la ley 17.801). ¿Es posible prescindir de la declaratoria de herederos?", La Plata, Universidad Notarial Argentina, 2006.

33. Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 669.

34. Ibídem.

35. Ídem, p. 464.

36. Falbo, Marcelo N., "Principio de irrestrición", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Nº 786, 1982, pp. 1653-1656 (el destacado es nuestro). [*N. del E.*: ver en http://bit.ly/RDN786-irrestriccion].

Y también indican el camino interpretativo correcto Moisset de Espanés y Ventura:

> Las normas registrales deben considerarse una herramienta al servicio de las prerrogativas sustanciales generadas por las leyes que regulan la constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Por ello, una interpretación armónica del sistema jurídico positivo, no puede hacerlas aparecer como obstáculo para la plena realización de dichas prerrogativas […] En consecuencia con lo antedicho debe prevalecer la idea de que en cualquier supuesto en que las normas sustanciales confieren facultades dispositivas a los titulares de derechos, éstos tendrán también legitimación registral para realizarlos, caso contrario las normas registrales serían un obstáculo para su ejercicio y, como expresáramos, no es esa la función que deben cumplir en un sistema jurídico.[37]

Pero justamente la función de la imposición de una declaratoria de herederos en la parte final del artículo 2337 CCCN es culminar un proceso de convertir a las normas registrables en un obstáculo difuso, más psicológico que real, para el ejercicio de derechos sustanciales que, en teoría, permanecen incólumes, ya que la declaratoria solo juega para inhibir la registración de los actos de disposición de los herederos y no para su realización. Así, por ejemplo, seguirá siendo de aplicación el artículo 20 de la Ley 17801:

> Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado. En caso contrario, quedarán sujetos a las responsabilidades civiles y sanciones penales que pudieran corresponder.

6. Conclusión

Corolario de todo lo expuesto es que el único obstáculo legal que existe para una activa intervención de los escribanos en los procedimientos sucesorios son las distintas normas registrales. Por eso, lo único que habría que solicitarle a la comisión reformadora es la modificación de la frase final del artículo 2337 del Código Civil y Comercial:

> *Investidura de pleno derecho*. Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Puede ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían al causante. **Los registros de bienes no podrán solicitar una orden judicial para que los herederos dispongan de los bienes que fueran del causante.**

Con una sencilla redacción se cortan de cuajo todas las pretensiones registrales para oponerse a la plena vigencia de la posesión –hoy investidura– de pleno derecho y se recobran todas las incumbencias notariales hoy perdidas.

Al explicar el tracto abreviado, dice el maestro Falbo:

> … el acto o negocio dispositivo puede realizarse extrarregistralmente por quien se encuentre legitimado para otorgarlo, aunque no sea el titular registral pero, para que proceda la inscripción del documento en el Registro, será necesario justificar plenamente el enlace o

37. Moisset de Espanés, Luis y Ventura, Gabriel B., "Aplicación amplia del tracto sucesivo abreviado" [ponencia presentada en el XIV Congreso Nacional de Derecho Registral {Villa Carlos Paz, 2006}], [s. e.], 2006.

> conexión del derecho del disponente con el que tenía el titular inscripto. Dicho enlace o conexión del derecho puede resultar […] de un mismo documento, si él expresa el eslabonamiento de tales causas transmisivas a partir del titular inscripto, en cuyo caso procede la inscripción sin necesidad de ninguna espera.[38]

En la escritura de partición que esbozamos páginas atrás surge perfectamente el encadenamiento entre el titular registral y los sujetos disponentes.

Nada más necesita la técnica registral para proceder a la inscripción.

Nada más necesita el notariado para recuperar incumbencias abandonadas.

7. Bibliografía

[Anónimo], en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 204, 1911, p. 2125 [sección "Correspondencia, Preguntas, Pedidos y Contestaciones"].

— "La herencia de padres a hijos. El artículo 3410 del Código Civil", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 120, 1904.

Baldana, Juan, *Teoría y práctica notarial*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1913.

— *Tratado de derecho notarial argentino*, Buenos Aires, Compañía General Fabril Financiera, 1946.

Belluscio, Augusto C., "La reforma del derecho sucesorio en Francia", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2002-A, p. 1359, cita online AR/DOC/15324/2001.

Bibiloni, Juan A., *Anteproyecto de reforma al Código Civil*, Buenos Aires, [editorial?], 1940.

Calvo, Juan L., *Actas de notoriedad, notariales y extraprotocolares*, La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1969.

Castillo, José, *Estudio teórico práctico para el oficio de escribano público*, Buenos Aires, Pedro Igon y Cía. Editores, 1893.

Cortés, Gerónimo, *Vistas fiscales expedidas en el carácter de fiscal de la Cámara de Apelaciones de la Capital*, t. 1, Buenos Aires, Imprenta Europea, 1887.

Falbo, Marcelo N., "Principio de irrestrición", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Nº 786, 1982.

Falbo, Miguel N., "Doctrina general del tracto sucesivo en el derecho inmobiliario registral argentino", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 854, 1981.

Gil, Antonio L., "Posesión hereditaria. ¿Requiere actos materiales ó basta el título legal?", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, 1898, Nº 5.

Giménez, Eusebio G., "Partición de herencia entre herederos mayores de edad", en *Revista del Notariado*, Nº 327-328, 1926.

González, Leandro M., "Miscelánea I. Pueden liquidarse sucesiones intestadas sin establecer el título hereditario", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, Nº 32, 1900.

González, J., "Divisiones de herencia", en *Revista Notarial*, La Plata, Nº 169, 1908.

Insúa, José, "Declaratoria de herederos" en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 85, 1901.

— "Partición de herencia por escritura pública", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, Nº 308, 1924.

Jonas, E. R., "Herencias. Partición extrajudicial", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio Nacional de Escribanos, Nº 83, 1904.

Llerena, Baldomero, en *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, t. 9, Buenos Aires, Peuser, 1902, 2ª ed.

Lorenzetti, Ricardo L. y otros [comisión creada por Decreto PEN 191/2011], "Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, [s. e.], 2012.

Machado, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. 8, Buenos Aires, Lajouane, 1901.

Maffía, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1980.

Moisset de Espanés, Luis y Ventura, Gabriel B., "Aplicación amplia del tracto sucesivo abreviado" [ponencia presentada en el XIV Congreso Nacional de Derecho Registral {Villa Carlos Paz, 2006}], [s. e.], 2006.

38. Falbo, Miguel N., "Doctrina general del tracto sucesivo en el derecho inmobiliario registral argentino", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 854, 1981, p. 79.

Picasso, Esteban M., "La partición de bienes hereditarios por acto notarial y su inscripción registral (art. 3462 del Código Civil, art. 16 de la ley 17.801). ¿Es posible prescindir de la declaratoria de herederos?", La Plata, Universidad Notarial Argentina, 2006.

Pondé, Eduardo B., "Posesión hereditaria y declaratoria de herederos en el supuesto del artículo 3410 del Código Civil", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 759, 1965.

Rodríguez, Jacinto F., "División de bienes hereditarios entre ascendientes o descendientes legítimos, mayores de edad", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 205, 1911.

T. L. y P. [seudónimo], "Partición extrajudicial. Requisitos de validez", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 206, 1911.

Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1983.

La causa, los considerandos y la fuerza vinculante del contrato*

Alfredo L. Rovira**

RdN 933

RESUMEN

El CCCN le ha dado a la causa un peculiar protagonismo y trascendencia, no solo al tiempo de la génesis del acto sino durante toda su vigencia. Se habla en forma indiscriminada de causa del contrato y de causa de la obligación, pues es requisito de validez del contrato que se concreta en que exista causa lícita de la obligación. La cuestión está íntimamente ligada a la licitud para no admitir la validez de los contratos ilícitos o inmorales remontándose a las fuentes del ordenamiento civil. La palabra causa ha sido utilizada tanto con relación al acto jurídico como al contrato con tres diferentes significados: (a) con sentido ontológico, como "causa-fuente", como el antecedente u origen de la obligación; (b) con sentido teleológico, como "causa-fin", aludiendo a la finalidad inmediata, a los objetivos concretos perseguidos por los contratantes al tiempo de concluir su acuerdo y formando parte de la estructura del contrato, debiendo ser conocida de antemano por ambos contrayentes; (c) como "causa-motivo", ocasional o impulsiva, dada por la representación *in mente* de los efectos económicos de quien celebra el acto jurídico y que no se detiene al tiempo de la contratación ni se circunscribe a la estructura del negocio sino que llega a comprender todo lo que constituye los fines mediatos perseguidos por las partes. La existencia de causa es esencial para que el acto subsista y parte de la presunción de que toda obligación reconoce una causa legítima, con tal repercusión que la falta de causa podrá dar lugar a la nulidad, adecuación o extinción del contrato. Así, en el CCCN no solo la causa fuente es vital para el acto jurídico en tanto causa fuente obligacional sino que también la causa fin es un elemento esencial y, como tal, debe existir al tiempo de la negociación, celebración y durante toda la ejecución del contrato. Pero la causa-motivo requiere exteriorización si se los desea incorporar a la causa fin del negocio, y el modo de hacerlo es exponiéndolos en los considerandos contractuales.

PALABRAS CLAVE

Derecho mercantil; contratos; causa fin; fuerza vinculante; considerandos; teoría dualista; interpretación; frustración del contrato.

Fechas de recepción y aceptación
17/8/2018 - 16/10/2018

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *La causa.* ***3.*** *La trascendencia que el CCCN asigna a la causa ha dado relevancia a los "considerandos" de los contratos.* ***4.*** *La fuerza vinculante del contrato y la autonomía de la voluntad.* ***5.*** *El análisis de las*

* Ver online en http://bit.ly/RDN933-contratos.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-Rovira.

circunstancias en que se produce la contratación, la causa y sus efectos. ***6.*** *La causa y su frustración como causal de resolución.* ***7.*** *Bibliografía.*

1. Introducción

El derecho de los contratos ha sufrido una conmoción por la moderna visión del ordenamiento civil que ha receptado principios y dogmas propios del derecho mercantil permitiendo que ellos influyan en la regulación, particularmente en el ámbito del derecho patrimonial. Tal evolución del derecho de contenido patrimonial se tradujo en una simbiosis entre la concepción tradicional del derecho civil y las nociones pletóricas de influencia de la sociedad en la que le cabe desenvolverse, que son características propias del derecho mercantil. Este último, como "derecho vivo",[1] mutante y flexible, ha influido fuertemente, tiñendo con principios y dogmas propios del mercantilismo al derecho civil, forzando a los civilistas, reacios a reconocer la impronta mercantil por su nombre, a hablar de un "derecho civil patrimonial". Dichas circunstancias han constituido el punto de partida que cimentó la convicción de las bondades de hacer un tratamiento unificado de las normas de obligaciones y contratos que sentaron las bases para la tendencia unificadora de los derechos civil y comercial, fenómeno que se ha venido dando ininterrumpidamente a partir de los inicios del siglo XX.

Tal verificación de la realidad no es más que la constatación de una verdad histórica que reconoce que el derecho mercantil nació para satisfacer las exigencias del tráfico y, más modernamente, del tráfico en masa y no a los simples actos aislados de comercio.[2] Ello es así por cuanto el comerciante procura la difusión y propagación del comercio y de todos los actos que lo constituyen o con los que se manifiesta a la mayor cantidad de personas. Así, lo que el siglo XX demostró con transparencia es que el fruto de la revolución industrial, la producción en masa, no podía más que derivar en el derecho del consumo y de los actos de adhesión. De tal modo, se hizo apremiante buscar criterios novedosos para que se adaptasen a esa nueva modalidad de la actividad, siempre en la búsqueda de la seguridad jurídica y ponderando también la necesidad de que el tráfico goce de una cierta estabilidad de sus normas, sin perder el objetivo de adecuarlas a las nuevas prácticas y costumbres, que siempre han sido la esencia del derecho mercantil como factor dinamizante de la economía en general. La primera gran transformación consistió en relativizar la autonomía de la voluntad, pero lo que en estas líneas habremos de reflexionar gira en torno a la otra gran modificación de los tradicionales postulados del capitalismo liberal: la relativización de la máxima "*pacta sunt servanda*".

En mérito a ello, no debe sorprender que el nuevo Código de fondo que nos rige desde el 1 de agosto de 2015 se enrole en la más moderna visión del contrato y que se hayan incorporado al ordenamiento positivo unificado nuevos institutos o fortalecido los existentes bajo la noción tradicional del derecho privado. Así, concluimos que el Código

1. Garrigues manifiesta cómo el derecho mercantil en España fue evolucionando de modo de abandonar la concepción del derecho mercantil en favor del concepto económico del comercio, a causa, principalmente, de la constante ampliación del número de hechos y relaciones sociales sujetas a las normas jurídicas mercantiles que obligó a determinar la noción de derecho mercantil a partir de un método que hizo énfasis en la observación de la realidad económica como la razón de ser del derecho mercantil. De esta manera, justifica cómo el derecho mercantil deja de ser la regulación de los actos aislados para pasar a ser el derecho de los actos en masa, con fuerte influencia del derecho germánico (v. Garrigues, Joaquín, *Temas de derecho vivo*, Madrid, Tecnos, 1978, pp. 58 y ss.).

2. Ídem, p. 60.

Civil y Comercial de la Nación (en adelante, "CCCN") es una cabal demostración de la recepción de normas aptas para reflejar en sus disposiciones los cambios socioeconómicos producidos, particularmente, a partir de la segunda mitad del siglo XX.

En línea con lo antes expuesto, vale recalcar que el proceso de unificación del derecho civil y comercial es el reflejo de nuevas manifestaciones sociológicas que expresan la dinámica de la sociedad moderna, recogiéndolas a partir de la premisa de que el derecho civil se mantiene como "derecho común", esencia del ordenamiento jurídico privado, pero reconociendo la necesidad de subsistencia del derecho mercantil. Se confirma así el augurio de los maestros del derecho comercial clásico, que visualizaban que a la larga, en la modernidad, la columna vertebral del derecho mercantil iba a triunfar y que ello daría como consecuencia descartar la visión arcaica del derecho mercantil concebido como un derecho de excepción del derecho civil para no solo integrarse con el derecho civil sino, además, influirlo en forma significativa reconociéndose la autonomía de los postulados propios del derecho comercial.

Con este preámbulo, no debe sorprender que nuestro CCCN, lejos de reconocer la muerte del derecho mercantil lo reafirme, no solo al mantener su referencia en el título sino en su contenido, por cuanto lo hace en forma clara y manifiesta, recibiendo los influjos del derecho mercantil en todo el ámbito del derecho obligacional y de los contratos. Al así hacerlo, también recoge la moderna concepción del derecho de los contratos que parte de distinguir el vocablo acuerdo de la voz contrato, concibiendo al primero como un simple acuerdo de voluntades o, como decía el artículo 1137 del Código Civil derogado (en adelante, "CCIV"), "acuerdo de voluntades destinado a reglar derechos", para pasar a concebir al contrato como "el acto jurídico mediante el cual dos o más personas manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales" (art. 957, CCCN).

En ese entorno, un elemento esencial del acto jurídico y por tanto del contrato, como es la causa, ha recibido en la normativa del CCCN un impulso particular, adquiriendo peculiar protagonismo y una importante trascendencia no solo al tiempo de la génesis del acto sino durante toda su vigencia. De esta forma, uno de los clásicos temas controvertidos del derecho civil adquirió especial relevancia. Ello motiva estos pensamientos que, a renglón seguido, exponemos con proyección no solo académica sino también práctica.

2. La causa

En la evolución de los sistemas jurídicos con inspiración europea continental, la cuestión de la causa pasó de ser una mera cuestión doctrinaria a considerárselo tema de debate esencial, para explicar su reconocimiento normativo. Así, desde el origen del planteo, el Código Civil francés requería la causa lícita y se sostenía que no hay obligación sin causa. Pero en tal cuerpo legal no se define lo que se entiende o debe entenderse por causa del contrato y se deja este punto a la elaboración doctrinal y jurisprudencial.

En un contexto confuso se habla en forma indiscriminada de causa del contrato y de causa de la obligación, pues si por una parte la causa es requisito de validez del contrato, ese requisito se concreta en que exista causa lícita de la obligación. La cuestión está íntimamente ligada a la licitud para no admitir la validez de los contratos ilícitos o inmorales y, como veremos más adelante, la controversia se remonta a las fuentes de nuestro ordenamiento civil.

Genéricamente el vocablo *causa* es utilizado con diversos significados. Tal como explica Escriche, una primera acepción alude a la causa como "el título en virtud del cual adquirimos algún derecho; como la venta, cesión, donación, sucesión, etc.". También se alude a la causa para hacer referencia a una "contienda judicial entre partes o todo asunto que se ventila contradictoriamente y se juzga en un tribunal, y aun el cuerpo mismo de los autos".[3] En el derecho privado, la palabra *causa* ha sido utilizada tanto con relación al acto jurídico como al contrato y se lo ha hecho con tres diferentes significados: (a) con sentido ontológico, como "causa-fuente", esto es como el antecedente u origen de la obligación; (b) con sentido teleológico, como "causa-fin", aludiendo a la finalidad inmediata, a los objetivos concretos perseguidos por los contratantes al tiempo de concluir su acuerdo y por ello formando parte de la estructura del contrato, debiendo ser conocida de antemano por ambos contrayentes. De tal modo, en los contratos onerosos, la causa fin la constituye la respectiva contraprestación de la otra parte (v. gr. en la compraventa la cosa prometida a entregar por el vendedor es la causa fin del comprador y el pago del precio estipulado a pagar por el comprador es la causa fin del vendedor). Y, finalmente, la tercera acepción de causa es (c) la de "causa-motivo", ocasional o impulsiva, dada por la representación *in mente* de los efectos económicos que ha de acarrearle a quien celebra el acto jurídico y que no se detiene al tiempo de la contratación ni se circunscribe a la estructura del negocio sino que va más allá en cuanto a los propósitos perseguidos por las partes, hasta llegar a comprender todo lo que ellas han tenido como motivo razonable en atención al cual contrajeron la obligación. Son los propios fines mediatos perseguidos por las partes, como ser, la casa adquirida para vivir en ella o darla en locación o para instalar un hotel, etc.

Como anticipamos, la primera cuestión planteada en torno a este elemento del acto jurídico ha sido si se refiere a la causa de la obligación o a la causa del contrato. Las fuentes del CCIV, tanto el derecho español como el francés, no fueron suficientemente esclarecedoras.[4] Durante la vigencia del CCIV, la cuestión de la causa dio origen a un rico debate, discutiéndose si las disposiciones de los artículos 500-502 se referían a la causa-fuente o a la causa-fin. Tal controversia se generó por la confusión planteada por el CCIV, que siguió al Código Francés en gran medida, aunque no en esta parte, respecto de si se estaba hablando de la causa de las obligaciones o de la causa de los contratos. En tal sentido, una importante corriente doctrinaria se inclinó por considerar los artículos 499-501 CCIV como exponentes de causa-fuente para comprender a cualquiera de los supuestos antes enunciados. La controversia partió de la crítica que Vélez Sarsfield hizo al Código Civil Francés por haber confundido la causa de las obligaciones con la causa de los contratos, siendo para Vélez causas (fuentes) de las obligaciones las del artículo 499. En la nota al artículo 499, se precisa que son fuentes de las obligaciones no solo los

3. Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería de Garnier Hermanos, 1869, pp. 435-436.

4. Navarro Mendizábal compara los arts. 1261 y 1274 del Código Civil español con los arts. 1131 y 1133 del Código Civil francés, y concluye que ambas normas introducen factores de confusión e incertidumbre aunque coinciden en reconocer la causa como de la esencia de la obligación y, por tanto, del contrato en tanto fuente obligacional, al punto tal que el art. 1131 francés sienta el principio de que una obligación sin causa o con causa falsa o ilícita no puede producir efecto alguno: "*L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*" (v. Navarro Mendizábal, Iñigo A., *Derecho de obligaciones y contratos*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2013, [2ª ed.], p. 344). (Cabe mencionar que el art. 1131 resultó modificado en 2016 [por la Ordonnance Nº 2016-131, en vigor desde el 1/10/2016] al punto tal que la cuestión de la causa quedó superada, de conformidad con la redacción actual, que dice: "*Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat*").

contratos sino también los cuasicontratos, los delitos, cuasidelitos y también la ley, resultando inadmisible que, después de tan acertada distinción y crítica al Código francés, Vélez hubiese incurrido en el mismo error que había censurado, confundiendo ambos conceptos y tomando como causa de las obligaciones a la causa fin, que solo puede corresponder a los contratos. Esta corriente, sin embargo, consideraba al artículo 502 –al referirse solo a obligaciones de origen contractual– como una disposición mal ubicada aunque admitía la posibilidad de que también se refiriera a la causa fuente.

Es que, como vimos más arriba, desde la antigüedad la noción de causa dio siempre lugar a confusión y debate. Ya Escriche apuntaba a esta situación confusa no solo cuando enumera las diversas nociones del vocablo sino, también, cuando reconoce a la causa como una palabra que puede significar o aludir a la "causa final" entendida como "el fin con que se hace alguna cosa" aludiendo al tiempo venidero, distinguiéndola de la "causa impulsiva o motiva" entendida como "la razón o motivo que nos inclina a hacer alguna cosa" y que se refiere siempre al tiempo pasado.[5] Es que sobre la noción de causa se han manifestado diversas corrientes.

El CCCN sigue la postura de la llamada doctrina o posición neocausalista,[6] desarrollada en nuestro derecho por Videla Escalada y seguida por Borda, López Olaciregui y Cifuentes, entre otros. Para Videla Escalada, el concepto más exacto de la causa, como elemento esencial de los actos, es la finalidad o razón de ser del negocio jurídico, entendida en el doble sentido de causa uniforme y repetida, incluyendo los motivos psicológicos relevantes que impulsaron a las partes a concluir el acto. Pero, a pesar de ello, el CCCN no abandona la tradicional distinción de causa fuente y causa fin. Si bien es cierto que cuando trata de los elementos del acto jurídico, al referirse a la causa en el artículo 281 la caracteriza como "el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico determinante de la voluntad", al tratar las obligaciones, en el artículo 726, precisa que no hay obligación sin causa y así se refiere a la causa fuente como el hecho generador del acto o de las obligaciones o de los presupuestos de hecho de los cuales derivan obligaciones legales. Concretamente en tal disposición precisa: "No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico".

El contrato es una fuente de obligaciones y, por ende, con esa concepción genérica de "hecho" el codificador comprende en la causa fuente, hechos o actos jurídicos. Recuérdese la distinción que formulan los artículos 257 y 259 CCCN. El primero caracteriza al hecho jurídico como "el acontecimiento que, conforme el ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas", mientras

5. "La causa final suele llamarse «modo» y así se dice en materia de legados: «*Modus est ratio legandi in futurum tempus collata*»". Y más adelante agrega, aludiendo a la "causa motiva": "La causa tomada en ese sentido se suele llamar simplemente causa y se refiere siempre al tiempo pasado; y así en materia de legados se dice: «*Causa est ratio legandi in praeteritum tempus collata*»" (Escriche, J., ob. cit. [cfr. nota 3], p. 436.

6. Ver Benavente, María I., [comentario al art. 281], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 96-102. Tobías, José W., [comentario al art. 281], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 2, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2015, pp. 96-102, llama a esta posición "la tesis dualista o sincrética", porque combina el aspecto objetivo y subjetivo de la causa. El aspecto objetivo es el fin jurídico, inmediato y tipificante procurado por las partes. Es un propósito recíproco y común de obtener el cumplimiento íntegro de los planes de prestación supuestos desde la celebración del negocio mientras que el aspecto subjetivo se configura por los móviles o motivos determinantes de la voluntad jurídica que, para "causalizarse" deben ser esenciales, exteriorizarse y ser al menos conocidos por la otra parte si el negocio es doblemente atributivo. La distinción radica en que el aspecto objetivo debe siempre estar presente mientras que el subjetivo puede no estar.

que el segundo define al acto jurídico como "el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas". Para evitar toda confusión posible respecto a la presunción de que toda obligación presupone la existencia de una causa, tanto el artículo 282 lo recuerda al regular los actos jurídicos como el artículo 1013 deja ello en claro cuando enfatiza que la causa debe existir en la formación tanto del acto jurídico (y el contrato lo es) como en la celebración pero, además, también debe subsistir durante la ejecución.

Ya hemos visto que la causa fuente se presume y debe existir en todo acto jurídico, pero se ha discutido en doctrina si la causa fin es también elemento esencial del acto jurídico. Quienes niegan el valor de la causa como elemento esencial la han subsumido en el concepto de objeto o confundido con la intención perseguida por las partes; es la doctrina anticausalista que ha quedado desacreditada.

El codificador alude a la causa fin al tratar de los actos jurídicos y, por serlo, también alude a la causa fin al regular el contrato (art. 281, al que se remite cuando trata la causa del contrato en el art. 1012) y alude al fin que las partes se propusieron lograr al celebrar el acto o el "fin inmediato" y propio del negocio jurídico. Surge así nítido como el codificador de 2015 adopta la tesis de Videla Escalada reconociendo a la causa como una noción que expresa "la finalidad o razón de ser del negocio jurídico". Asimismo, debe recordarse que la fuente originaria de nuestro derecho civil, el derecho francés, concebía no solo a la causa como un elemento esencial sino que, sancionaba al acto como produciendo "ningún efecto" cuando careciese de causa. Pero el interrogante que se planteaba es si tal recaudo aludía a la causa fuente o también a la causa fin. La respuesta surge de la interpretación del artículo 1013 CCCN.

No solo la noción básica de que la existencia de causa es esencial para el acto subsiste y se subsume con la presunción de que toda obligación presume la existencia de una causa legítima, sino que se amplía. En efecto, tal noción subsiste, pero, por las circunstancias expuestas en el preámbulo de estas notas, expande sus efectos. Ello se advierte en el artículo 1013 CCCN cuando establece que la falta de causa es considerado elemento tan esencial que, según los casos, podrá dar lugar a la nulidad, adecuación o extinción del contrato. La única excepción a la regla general se da en el acto abstracto (art. 283).

En nuestra opinión, tal como está redactado hoy nuestro CCCN, no hay duda que no solo la causa fuente es vital para el acto jurídico en tanto causa fuente obligacional sino que también la causa fin es un elemento esencial del mismo y, como tal, debe existir al tiempo de la negociación, celebración y durante toda la ejecución del contrato. Pero, teniendo en cuenta la forma acotada con que –en principio– el codificador enuncia la causa fin, su caracterización merece especiales disquisiciones. Al respecto, cabe analizar la causa fin objetiva y distinguirla de la causa fin subjetiva.

Como vimos, todo contrato cuenta con una causa fin objetiva que consiste en el propósito recíproco y común de los agentes de obtener el cumplimiento íntegro de las prestaciones.[7] Tal es la conclusión que se desprende del artículo 282 CCCN, que establece que "aunque la causa no esté expresada en el acto se presume existe mientras no se pruebe lo contrario". Esta norma sigue al artículo 502 CCIV, pero bajo dicho Código la discusión era si la norma se refería a la causa fuente o eficiente (Llambías) o si, en cambio, se refería a la causa fin (Borda). Los intérpretes del artículo 282 CCCN sostienen que no

7. Según De Lorenzo, citado por Benavente, María I., ob. cit. (cfr. nota 6), p. 100.

hay duda que se refiera a la causa fin objetiva, que, además, aparece como un elemento fundamental del contrato sobre todo al tiempo de analizar las posibilidades de modificación o extinción, y, para nosotros, tampoco afecta concluir que la presunción de causa debe entenderse en sentido lato y genérico sin distinguir si se trata de la causa fuente o la fin, pues tal distinción apunta a tiempos diversos del acto jurídico. La presunción de causa es presupuesto de reconocimiento de la existencia del acto y de la obligación que el mismo crea y, por otro lado, todo acto persigue un fin o finalidad y lo que trasciende es que tal finalidad debe persistir durante la vigencia de la relación jurídica creada.

Para entender la lógica racional que subyace de la conclusión anterior vale recordar que, a partir del Código Napoleónico, se desarrolló una línea de pensamiento tradicional que consideró no solo a la causa presente en los contratos onerosos sino también en los gratuitos, y, de tal modo, como ejemplo, concibió a la causa de los contratos gratuitos en la liberalidad del donante mientras que en los contratos sinalagmáticos la obligación de cada contratante encuentra su causa en la obligación a ser ejecutada por el otro. De ahí la necesidad de un equilibrio en las prestaciones. La jurisprudencia francesa asimiló así la causa con el propósito específico o intención que guía a las partes a celebrar el negocio jurídico. Esta teoría es la que concluye que la causa es el motivo determinante de la obligación. Pero esa teoría, llamada la teoría subjetivista de la causa, fue considerada insuficiente para explicar todas las posibilidades de la actuación del sujeto y surgió así otra posición que postuló la combinación de la teoría objetiva y subjetiva, que es la que finalmente adoptó nuestro codificador, al enrolarse en la teoría neo-causalista liderada por Videla Escalada.

De acá se desprende otra consecuencia. Existe indudablemente una relación entre la causa y la buena fe, hoy principio general del derecho, conforme lo establece el artículo 9 CCCN. Al respecto, Ordoqui Castilla nos dice:

> El ensanchamiento de las funciones de la buena fe en la relación contractual ha determinado que cierto sector de la doctrina llegara a sostener que, en definitiva, lo que está ocurriendo es que la buena fe viene sustituyendo o consustanciándose con la misma noción de causa…[8]

En verdad, el CCCN parece confirmar tal aseveración, ya que el artículo 1014, al referirse a la causa ilícita, establece:

> El contrato es nulo cuando a) su causa es contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; y b) ambas partes lo han concluido por un motivo ilícito o inmoral común; y si sólo una de ellas ha obrado por un motivo ilícito o inmoral, no tiene derecho a invocar el contrato frente a la otra, pero ésta puede reclamar lo que ha dado, sin obligación de cumplir lo que ha ofrecido.

Es que el principio general de la buena fe en muchos casos permite identificar conductas prohibidas más allá de las disposiciones legales. Hay una especie de identidad entre las buenas costumbres, la moral y la regla de la buena fe, pues todas derivan de un tronco ético común.

8. Ordoqui Castilla, Gustavo, *Buena fe en los contratos*, Bogotá-Buenos Aires-Madrid-México, Temis-Zavalía-Reus-Ubijus (colección "Biblioteca Iberoamericana de Derecho"), 2011, p. 85.

3. La trascendencia que el CCCN asigna a la causa ha dado relevancia a los "considerandos" de los contratos

Debemos iniciar esta parte del análisis volviendo sobre la distinción entre la causa fin objetiva y la causa fin subjetiva con un breve relato de la evolución doctrinaria de carácter histórico. Con Betti, en Italia, se desarrolló una línea doctrinaria en virtud de la cual la causa es la razón del negocio, es su función económico-social. Así la causa, como razón o justificación objetiva del negocio, se encuentra en su función y así se vinculan la noción de causa con la de finalidad. Tal concepción tuvo acogida en la redacción del Código Civil italiano de 1942 donde se concluyó que la causa no es el fin subjetivo perseguido por el contratante sino la función económico social que el derecho reconoce como relevante para sus fines y justifica la tutela jurídica de la autonomía privada. Esta teoría, denominada la teoría objetiva de la causa, ha sido criticada porque la función económicosocial no actúa como causa, haciéndose necesario valorar las motivaciones comunes a ambas partes en donde la causa es de la esencia para tildar de nulo a un negocio inmoral o ilícito.

Como adelantamos, el artículo 281 CCCN adopta una posición en mérito a la cual se recepta como causa no solo el elemento finalidad (objetivo) sino también los motivos que indujeron a las partes a contratar (elemento subjetivo) pero solo en la medida que estuviesen exteriorizados en el contrato. La causa explica el común propósito de las partes de alcanzar la finalidad práctica tutelada por el ordenamiento jurídico y explica el negocio sin causa (apariencia de negocio), el negocio con causa falsa (negocio que encubre otro distinto o simulación) y la ilicitud que es la disconformidad del resultado o de la intención con la ley y la moral; esto se da cuando el propósito es inmoral o pretende violar la ley. Sin embargo, ya hemos visto que la doctrina ha hecho énfasis en la distinción entre la causa y los móviles. La causa es el fin inmediato que determinó la celebración del acto, los motivos son los móviles indirectos que no necesariamente se vinculan con la finalidad.

Como vimos, para el CCCN la causa es tanto el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad como así también los motivos. Pero el CCCN no apunta o enfatiza en los fines de tales móviles. El análisis parte de reconocer los móviles como integrantes de la causa solo en la medida que fuesen exteriorizados y solo cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa. También deben considerarse determinantes de la voluntad aunque resulten tácitamente, si son esenciales para ambas partes.[9] Resulta entonces fundamental para que los motivos puedan considerarse incorporados a la causa fin del negocio que los motivos sean exteriorizados, y el modo de hacerlo es, naturalmente, exponiéndolos en los considerandos contractuales. Pero en ese particular, también debe tenerse presente que de los considerandos debe resultar claro que tales motivos deben ser relevantes o esenciales para ambas partes ya sea por una referencia a los mismos indirecta o en forma expresa. Dado que desde el punto de vista interpretativo la demostración de los motivos tácitamente existentes será de difícil acreditación, de ahí resulta la trascendencia de su exteriorización en forma expresa por vía de los considerandos contractuales.[10]

9. Para el derecho español, Navarro Mendizábal sostiene en líneas generales que "los motivos internos que mueven al contratante creo que no tienen ninguna trascendencia jurídica salvo los supuestos de vicios del consentimiento" (Navarro Mendizábal, Iñigo A., ob. cit. [cfr. nota 4], p. 345). Esa conclusión no resulta aplicable en nuestro derecho.

10. Tobías, José W., ob. cit. (cfr. nota 6), pp. 351-352.

Como derivación de lo antedicho, puede concluirse que los móviles son subjetivos y jurídicamente intrascendentes porque los motivos son individuales y no integran el acuerdo de voluntades, aunque ello no priva la posibilidad de que los motivos puedan ser elevados por las partes a la categoría de causa fin.

El artículo 281 CCCN, al caracterizar la causa fin, agrega que

> También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente, pero en este último caso solo si son esenciales para ambas partes.

El lugar sugerido para contemplar tal situación es el capítulo de "considerandos" del contrato. De tal forma, los considerandos de los contratos adquirieren relevancia por cuanto es el lugar y medio idóneo para que cada una de las partes explicite no solo la finalidad inmediata sino también los móviles que, para cada una de las partes (o ambas) los indujo a contratar englobándolos en la noción de causa que debe permanecer durante toda la contratación hasta su conclusión.

Al manifestarse en modo expreso tales móviles, los mismos alcanzan la relevancia de la causa fin y complementan el cuadro de elementos esenciales causales. Recalco, la causa fin debe ser esencial para ambas partes y exteriorizada en el acto de modo expreso o tácita [11], mientras que los móviles pueden ser solo de una de las partes, pero aun así pueden tener relevancia y operan con toda su fuerza al tiempo de la interpretación de la convención si los mismos fueron explícitamente expuestos en los considerandos del contrato (pues normalmente no sería lógico exponerlos en la parte dispositiva del mismo). Además, utilizado de tal modo los considerandos de los contratos pasan a jugar un rol preponderante, no solo a los fines de la existencia del acto jurídico sino también al tiempo de su interpretación. Expresar en forma clara la intención determinante de la conducta de los contratantes ayuda a la recta interpretación de la voluntad de las partes subsumiendo el criterio de interpretación en función de las palabras (regla gramatical) con la regla de indagación de la voluntad y, por tanto, coadyuva también para aclarar su contenido.

Como corolario, podemos decir que la doctrina moderna, sin duda seguida por el CCCN, destacó que el concepto de causa-fin es propio de los contratos y más ampliamente de los actos jurídicos, en tanto que la causa de las obligaciones no puede ser otra que su fuente pues no se puede hablar de causa final de una obligación sino solamente de su causa eficiente o más precisamente de la fuente de la obligación. Ello parece desprenderse de la lectura del artículo 726 CCCN, que dice: "No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico". Por ende, el CCCN elimina esa discusión pues sin duda trata de la causa fin del acto jurídico en los artículos 281 a 283 y considera al contrato como una especie de acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (art. 957). El encuadre es ratificado por los artículos 1012 y 1013 del CCCN cuando se remite a lo normado sobre la causa de los actos jurídicos (art. 1012) y se insiste en la necesidad de que la causa exista en todo momento de vigencia del contrato, claramente aludiendo a la causa-fin o causa-motivo (art. 1013).

11. Benavente, María I., ob. cit. (cfr. nota 6), pp. 99-101.

4. La fuerza vinculante del contrato y la autonomía de la voluntad

Claramente compatibles con los principios del derecho mercantil son, por un lado, la afirmación de la libertad de contratación y, por el otro, el efecto vinculante del contrato, que lleva como apéndice el corolario de que los jueces, como regla general, no deben inmiscuirse en cuestiones propias del tráfico y por lo tanto no les es dable alterar lo acordado por las partes contratantes. Esta conclusión fue incorporada al CCCN que, en su artículo 960, establece:

> Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

Pero estos principios no son absolutos y a lo largo de la evolución histórica se ha ido demostrando cómo el necesario equilibrio entre los intereses individuales con los colectivos que propugnan una mejor y más justa y equitativa estructura social generan situaciones propicias para que la fuerza vinculante del contrato no sea necia a la realidad socioeconómica y admita, en caso de controversias, su revisión por un tercero neutral como es el juez.

Cierto es que las ideas que predominaron en el siglo XIX requirieron una adaptación a la realidad social que la sucedió. De ahí que los principios considerados básicos de toda relación jurídica, como es el respeto por lo acordado y a limitar la intervención de terceros entre las partes (incluyendo al juez) fue evolucionando al compás de los cambios sociales, pero también influido por las ideas políticas.

Del temor a la interferencia del Estado en los contratos surge también el temor a la intervención judicial en el ámbito contractual y la necesidad de enfatizar que ello solo puede ocurrir en puntuales circunstancias. Como dice el artículo 960, cuando sea a pedido de alguna de las partes en los supuestos que la ley lo autorice o cuando de un modo manifiesto se afecte el orden público (lo que, por definición, debería ocurrir en mínimas y puntuales ocasiones).

No estamos en los tiempos modernos frente a la disyuntiva de reconocer la plenitud de la fuerza contractual o la incertidumbre derivada de la interferencia judicial[12] sino que se trata de encuadrar adecuadamente el necesario y deseado equilibrio entre el valor de lo pactado y la preservación de otro valor ínsito en todo contrato, el del equilibrio entre las prestaciones debidas mutuamente por las partes.

Por otra parte, compartimos la conclusión de Mosset Iturraspe y Piedecasas de que el contrato es una obra compartida, fruto de las partes y la normativa legal,[13] pues si bien es cierto que el contrato es un acto jurídico resultante de la libre voluntad de las partes, la misma tiene el acotamiento del sistema jurídico en el que tal voluntad es expresada. Se trata del límite que imponen las normas imperativas a la autonomía de la voluntad. Como se advierte, también desde esta perspectiva, la noción de causa adquiere relevancia y ello se acentúa aún más cuando se aborda esta cuestión en el campo de los contratos bilaterales y conmutativos.

12. Mosset Iturraspe y Piedecasas recuerdan las controversias en torno a este tema planteadas por Bibilioni y Risolía y respondidas por Dalmiro Alsina Atienza y Eduardo Busso, entre otros, al sancionarse la reforma de la Ley 17711 del año 1968 al CCIV (v. Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel A, *La revisión del contrato*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008).

13. Ídem, p. 24.

No es cierto que los principios que inspiraron la legislación europea del siglo XIX –tildada de liberal e individualista– propusieran los dogmas de moralidad, libertad y seguridad como factores ajenos a la realidad socioeconómica[14] y mucho menos a las circunstancias propias de cada una de las partes contratantes. Los dogmas antes referidos son valores inmanentes y parten del reconocimiento de un derecho natural que propende a lo justo y equitativo.

Ya vimos también cómo en la doctrina jurídica la exégesis del derecho ha evolucionado al compás de los cambios socioeconómicos. Más aún, varios principios liminares del derecho de los contratos como la noción de distribución del riesgo y el equilibrio de las prestaciones se vio necesario revisarlos en tiempos de desestabilización económica, sea que ello fuese el fruto de situaciones bélicas –como las guerras mundiales– o de catástrofes económicas –como fue la crisis argentina del año 2001–.

Como adelanto, debemos tomar conciencia de que nos adentramos al análisis de uno de los elementos esenciales del contrato (la causa) en su proyección posterior a la celebración del contrato cuando el acto sinalagmático es puesto en situación de crisis. Con la visión moderna que inspira el derecho de los contratos, la causa no solo es elemento esencial del acto jurídico sino que también pasa a jugar un rol predominante al tiempo de querer poner en crisis al aforismo "*pacta sunt servanda*".

Con la incorporación de las disposiciones sobre la causa se consolida una noción de contrato que toma en cuenta los fines tenidos en mira por los celebrantes a la hora de contratar, modificación que fue denominada "espiritualización" de la noción de contrato,[15] y mi recomendación es concretar tal noción doctrinaria o teórica con su exposición práctica mediante la explicación de la causa contractual en el cuerpo preliminar del contrato o "considerandos" del mismo. Ello permite no solo facilitar la interpretación sino convertirse en útil herramienta llegado el momento de que alguna de las partes desee revisar la fuerza vinculante del contrato pues, cuando se desvanecen los móviles o directamente son frustrados por circunstancias ajenas a la voluntad de quien los tuviese y fueran compartidos o aceptados por la otra parte, se abre pie a la posibilidad de replantear la obligatoriedad del vínculo convencionalmente creado. El CCCN lo contempla en forma expresa en el artículo 1090.

La fuerza vinculante del contrato se pone a prueba en un momento crucial de su propia vida: cuando alguna de las partes acusa a la otra de incumplimiento o cuando el cumplimiento implica una real inequidad y, en tal momento, deviene esencial el análisis de la causa, sobre todo si está bien expresada en el contrato.

5. El análisis de las circunstancias en que se produce la contratación, la causa y sus efectos

El artículo 1090 establece:

> La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva

14. Ídem, pp. 11-16.

15. Ver Ariza, Ariel, [comentario al art. 1012], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 5, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 755.

> a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

El instituto no existía en el CCIV y tampoco en el Código de Comercio, y fue admitido por la jurisprudencia y doctrina como una consecuencia de la elaboración y profundización de la teoría de la causa fin elaborada a partir de los artículos 500, 501 y 502 CCIV, hoy expresamente previstos en los artículos 281-283 CCCN, que la regulan como elemento del acto jurídico, complementados por los artículos 1013 y 1014, que la contemplan específicamente para los contratos. De esta forma, el CCCN siguió la línea propiciada por los Proyectos de Reforma de 1987 y 1998.[16]

La frustración del fin del contrato es un modo de resolver los desajustes que se producen en una relación jurídica por afectarse a la causa fin y puede constituirse así en un modo no previsto originalmente de terminación de la relación contractual. De tal modo, el CCCN siguió la postura de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991), en donde se consideró –*de lege lata*– que

> La frustración del fin del contrato es capítulo inherente a la causa; entendida ésta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio.

Así, se ha abierto la posibilidad a revisar la obligatoriedad de las prestaciones comprometidas por las partes por alguna contingencia sobrevenida que prive de razón de ser al contrato, por afectar su causa, dando pie a la parte afectada a hacer valer la repercusión de tal circunstancia como afectación causal y permitirá que sobre esa base se justifique la incidencia de los mecanismos de resolución. La trascendencia práctica de esta postura surge no solo del hecho de haberse elevado a norma de derecho positivo la teoría de la frustración de la finalidad, sino que refuerza la reflexión en torno a la relevancia del elemento causal al tiempo de celebrarse el acto jurídico y redactarse en un instrumento la voluntad de las partes del mismo.

Ya vimos que la causa es, pues, el fin que las partes se han propuesto, lo cual posibilita analizar su intención y admitir o rechazar la validez del acto.[17] El CCCN, en el artículo 281, lo cataloga como elemento esencial de los actos jurídicos –y por lo tanto del contrato–, encuadrando el concepto en la noción de causa-fin, diciendo que es el fin inmediato que autoriza la ley y determina la voluntad de los sujetos.[18]

Por otra parte, el CCCN también ratifica el principio de fidelidad al contrato cuando en el artículo 959 establece: "Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé". Y tal principio es ratificado por la norma siguiente, pues el artículo 960, referido a las facultades de los jueces, dice: "Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público".

16. Ver Leiva Fernández, Luis F. P., [comentario al art. 1090], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 5, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2015, pp. 710 y ss. La doctrina reconoce origen en los casos de la coronación (Ídem, pp. 712-715).

17. Ver Trigo Represas, Félix A, [comentario a los arts. 501 y 502], en Compagnucci de Caso, R. H. y otros (dirs.), *Código Civil de la República Argentina explicado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, pp. 309-310.

18. Ver Compagnucci de Caso, Rubén H., [análisis del art. 281], en Bueres, A. J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pp. 252-253.

El inspirador de la teoría de la frustración de la finalidad fue Larenz, quien desarrolló su teoría partiendo del análisis de la relación jurídica vinculando la base del negocio jurídico con su causa. Ello tuvo lugar en tiempos en que los intérpretes del Código Civil alemán también consideraban que el problema sobre cuál era la causa de la prestación era una cuestión sumamente controvertida. Pero la discusión llegó a su apogeo cuando, como fruto de la Primera Guerra Mundial, se produjo un serio desbarajuste en las relaciones jurídicas establecidas y se tornó un clamor encontrar una solución jurídica equitativa. Locher intentó apoyar legalmente la falta o desaparición de la base del negocio en la *condictio* del derecho romano, por entender que en tales supuestos se daba la "no realización del resultado perseguido" por una prestación. Es más, Oertmann consideraba posible la teoría de la base del negocio y su vinculación con la *condictio* solamente en los negocios de prestación, pero aclarando que no resultaba aplicable a los negocios constitutivos de obligaciones porque estos solo excepcionalmente se consideran una prestación.[19]

Partiendo de la premisa que la afectación esencial de la causa conduce a la extinción del contrato, las antedichas elaboraciones llevaron a Larenz a distinguir la falta o posterior desaparición de la causa de aquel otro supuesto donde lo que se analiza es la no realización del resultado perseguido. Larenz considera que por causa no puede entenderse, de ningún modo, o por lo menos en primer lugar, ni un motivo, ni una presuposición unilateral o incluso bilateral, ni tampoco la base del negocio en sentido subjetivo. En tales supuestos, como el planteo lleva a la resolución por pérdida de la causa, el fundamento determinante de la repetición no es que el que realiza la prestación hubiese incurrido en un error sobre la causa de la misma, aunque en caso de prestación por una deuda inexistente puede oponerse a la repetición la circunstancia de que se conociese la inexistencia de la deuda y por consiguiente no estuviese obligado. En su posición, el fundamento de la repetición es que el destinatario de la prestación ha obtenido algo con la que se ha enriquecido injustamente. La causa de una adquisición realizada mediante una prestación de cualquier otro modo es, por tanto, un requisito objetivo de su subsistencia jurídica pero no una base del negocio subjetiva atribuida por medio de las representaciones de las partes al negocio de prestación. El magistral jurista sostenía que si alguien paga una deuda parte del supuesto que esta deuda existe y que esa representación constituye para él la base de su voluntad negocial, pero este no es en modo alguno el motivo, por lo menos principal, por el que la ley, si la deuda no existe, le concede la repetición de la prestación. En tal caso, la ley le concede la repetición porque no quiere conservar un desplazamiento patrimonial que objetivamente carece de causa.

Para Larenz, la causa no es la finalidad inmediata de la prestación (causa *solvendi*, *donandi* o *credendi*) sino la relación jurídica, en la que la prestación se basa objetivamente y que representa el fundamento reconocido por el ordenamiento jurídico.

6. La causa y su frustración como causal de resolución

Como anticipamos párrafos arriba, el CCCN recepta el instituto de la frustración del fin contractual, siguiendo las ideas arraigadas en la doctrina y continuando la inspiración de Larenz[20] desde el análisis de las bases circunstanciales del negocio jurídico y desarro-

19. Ver el prólogo de Carlos Fernández Rodríguez en Larenz, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, (trad. de Carlos Fernández Rodríguez).

20. Ídem.

llada en nuestro derecho por Atilio Alterini e importante doctrina nacional, recogiendo también experiencias del derecho comparado. La premisa para incorporar este instituto es que la cuestión se relaciona también al contrato bilateral en el cual cada parte se obliga frente a la otra a una prestación, haciéndolo para obtener la contraprestación fijada en el contrato.

Siguiendo esa línea de razonamiento, esa contraprestación es, a juicio de cada parte, el exacto equivalente de su propia prestación conforme su propia y subjetiva valoración. Se sigue la doctrina de que el contrato implica un reparto de riesgos. Por ello no es de la esencia en el contrato bilateral que la equivalencia de ambas prestaciones sea medida con una escala objetiva y general, pues puede ocurrir que, en mérito a las circunstancias tenidas en cuenta por cada parte, tales prestaciones y contraprestación, respectivamente pueden no ser objetivamente equivalentes. Pero esa cuestión no es relevante para el instituto de la frustración de la finalidad si no se afecta la causa.

En el ámbito del contrato, la equivalencia está dada por lo que cada parte esté dispuesta a recibir y entregar y que la voluntad de ambas partes tenga por objeto una prestación a cambio de una contraprestación. La equivalencia resulta entonces fruto de un análisis subjetivo e individual, esto es lo que hace a la esencia del contrato bilateral. Por tanto, un contrato celebrado como bilateral pierde su sentido y carácter originarios cuando, a consecuencia de una transformación de las circunstancias, la relación de equivalencia se modifica tanto que no puede hablarse de contraprestación, o de un equivalente que pueda considerarse como tal por razón de haberse alterado la base del contrato. En tal supuesto será más apropiado aplicar la teoría de la imprevisión que la de la frustración de la finalidad.

Ya apuntamos que el artículo 1090 CCCN, al regular la posibilidad de que la parte perjudicada del contrato pueda declarar su resolución cuando se produzca la frustración definitiva de la finalidad del contrato constituye una innovación que resalta el valor y efecto de la causa del contrato que, como también comentamos más arriba, fue materia de arduos debates, y finalmente consensos, habidos en el país en los últimos años a partir de la XIII edición de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991), en donde se propició por primera vez en Argentina su incorporación legislativa.[21] Si bien hay similitud con el instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente, la principal distinción radica en que este instituto (el de la frustración de la finalidad) se estructura en torno a la afectación de la causa del contrato, mientras que en la excesiva onerosidad solo se afecta la magnitud de la prestación, se pierde la proporción entre el valor que se esperaba pagar o recibir y el que se pretende recibir o pagar.

Durante la vigencia del CCIV hubo un intenso debate sobre la posibilidad de revisión de un contrato ya celebrado. La doctrina y jurisprudencia evolucionaron introduciendo al derecho positivo el instituto de la lesión y el de la excesiva onerosidad sobreviniente. La incorporación del artículo 1090 es un tercer paso en línea con la relativización del concepto de que "los contratos están para ser cumplidos".[22] En rigor, el artículo 1090 es una de las excepciones contemplada por el artículo 959 CCCN y abre la discusión si tal norma también autoriza a que esa parte perjudicada plantee al tribunal el ejercicio de la facultad de modificar lo estipulado contractualmente conforme lo que autoriza el ar-

21. Leiva Fernández, Luis F. P., ob. cit. (cfr. nota 16), p. 717.

22. Ver Mosset Iturraspe, Jorge, "La excesiva onerosidad sobreviniente y la acción autónoma de revisión", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 7/2/2006 (t. 2006-A, cita online AR/DOC/103/2006); interesante comentario crítico al fallo CNCom., 1/9/2005, "Inversora Azucarera SA c/ Cía. Swift de La Plata SAF y otros s/ ordinario".

tículo 960 CCCN o, si simplemente su opción es continuar el contrato o resolverlo, pero no está facultado a pedir la adecuación a las nuevas circunstancias. Cuando se frustra la finalidad el contrato puede cumplirse pero la prestación resulta inútil mientras que en la excesiva onerosidad sobreviniente la prestación es útil pero de cumplimiento muy gravoso porque la esencia radica en la afectación del equilibrio de las prestaciones, se afectan los valores económicos y por eso puede inhibirse la resolución readecuando los valores, lo que no es posible en la frustración porque la causa se frustra, desaparece y, por tanto, no es posible que el acto jurídico subsista.[23] Resumiendo, la respuesta a tal interrogante es que el artículo 1090 solo autoriza a pedir la resolución. Sin embargo, ello no es óbice para que, por voluntad conjunta de las partes, se modifique el contrato y, de tal modo, las partes acuerden impedir la efectiva resolución.[24] Será materia de consenso pero no de decisión judicial que, en el mejor de los casos sólo se hará presente para homologar el nuevo acuerdo.

La cuestión a mi juicio plantea una interesante disyuntiva. ¿Debe el artículo 1090 interpretarse a la luz de la doctrina de la causa-fin del contrato que es un campo que la doctrina calificó como un concepto reducido, estrecho, oscuro e impreciso?[25] ¿O debe buscarse su explicación en otro instituto? Como resulta de la explicación que sigue, en mi opinión no hay duda de que la resolución del interrogante se encuentra a través de la indagación de la causa fin.

Por otra parte, el encuadre del artículo 1090 claramente se conecta con los principios enunciados por el artículo 1732 CCCN, que trata de la imposibilidad de cumplimiento, pues, si bien la frustración de la finalidad no es asimilable a la frustración del contrato por incumplimiento, está íntimamente ligada a ese supuesto aunque se trate de situaciones distintas.[26] En ambos supuestos, la parte afectada puede liberarse del vínculo sin penalidad o deber de resarcimiento.

Pero la novedad de la norma y del enfoque en el que se funda fuerza una tarea interpretativa del contrato en el que se la pretenda utilizar. Es entonces cuando los Considerandos del contrato en tanto exponentes, no solo de la causa fin objetiva sino de los motivos subjetivos que llevaron a las partes a contratar, permitirán a las partes y al juez reconocer las circunstancias bajo las cuales se contrató y, eventualmente, abrir la puerta a la posibilidad de reconocer los términos de tal contratación pero traídos a las nuevas circunstancias que se hubiesen dado que afectaran la causa fin integralmente considerada, esto es, no solo la causa fin objetiva sino también la subjetiva.

La cuestión tiene, asimismo, íntima relación con el instituto considerado, pues la interpretación de un contrato no depende exclusivamente de las palabras usadas y de su significación para las partes sino también de las circunstancias en las que fue celebrado y a las que aquellas se ajustaron. Tales circunstancias –entonces– devienen de algún modo en un elemento complementario de la causa y ayuda entonces su exposición en los considerandos contractuales. Si luego de la celebración se hubiese operado una transformación fundamental de las circunstancias tenidas en miras al tiempo de contratar,

23. Leiva Fernández, Luis F. P.,, ob. cit. (cfr. nota 16), p. 720.

24. Ver Hernández, Carlos A., [comentario al art. 1090], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 6, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 218.

25. Ver Trigo Represas, Félix A, ob. cit. (cfr. nota 17), p. 316.

26. El profesor Bueres parece compartir este criterio pues señala que la norma del art. 1090 solo se refiere a la frustración del fin del contrato y no a la frustración del contrato (ver Kitainik, Nicolás, en Bueres, A. J., [dir.], *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 623).

coyuntura que las partes no habían pensado al ponderar sus intereses y acordar la distribución de los riesgos propios de la contratación, no hay duda que la fuerza vinculante del contrato se pone en crisis.

Puede ocurrir que, de ejecutarse el contrato conforme lo acordado, esto es prescindiendo de las circunstancias imperantes al tiempo de la ejecución, pierda por completo el sentido originario y tenga consecuencias totalmente distintas de las que las partes habían imaginado o debieron razonablemente prever.[27] Es este supuesto al que el artículo 1090 está dirigido y para poder plantearlo es menester revisar la causa fin del contrato como se hubiese considerado y, eventualmente, expuesto. De ahí que una práctica que en nuestro derecho no tuvo demasiada acogida, como es la de relatar los antecedentes o considerandos tenidos en cuenta para celebrar la contratación, bajo la vigencia del nuevo CCCN se torna una cuestión que hace a la diligencia debida al tiempo de la redacción e instrumentación del acto jurídico.

7. Bibliografía

AA.VV., [conclusiones de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Buenos Aires, 1991}].

Ariza, Ariel, [comentario al art. 1012], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 5, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Benavente, María I., [comentario al art. 281], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Compagnucci de Caso, Rubén H., [análisis del art. 281], en Bueres, A. J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería de Garnier Hermanos, 1869.

Garrigues, Joaquín, *Temas de derecho vivo*, Madrid, Tecnos, 1978.

Hernández, Carlos A., [comentario al art. 1090], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 6, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Kitainik, Nicolás, [análisis del art. 1090], en Bueres, A. J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

Larenz, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1956, (trad. de Carlos Fernández Rodríguez).

Leiva Fernández, Luis F. P., [comentario al art. 1090], en Alterini, J. H. (dir.gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 5, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2015.

Mosset Iturraspe, Jorge, "La excesiva onerosidad sobreviniente y la acción autónoma de revisión", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 7/2/2006 (t. 2006-A, cita online AR/DOC/103/2006).

Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel A, *La revisión del contrato*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

Navarro Mendizábal, Iñigo A., *Derecho de obligaciones y contratos*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2013, (2ª ed.).

Ordoqui Castilla, Gustavo, *Buena fe en los contratos*, Bogotá-Buenos Aires-Madrid-México, Temis-Zavalía-Reus-Ubijus (colección "Biblioteca Iberoamericana de Derecho"), 2011.

Tobías, José W., [comentario al art. 281], en Alterini, J. H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 2, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2015.

Trigo Represas, Félix A, [comentario a los arts. 501 y 502], en Compagnucci de Caso, R. H. y otros (dirs.), *Código Civil de la República Argentina explicado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011.

27. La idea está tomada y es un desarrollo de lo expuesto por Larenz, con cita de Jagusch, en Larenz, Karl, ob. cit. (cfr. nota 19), pp. 97-98.

El cousufructo en acción*

Pedro F. Sáenz**

RdN 934

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.[1] 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.[2] Esto pone en evidencia que la figura

* Ver online en http://bit.ly/RDN934-usufructo.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-Saenz.

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

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.[3]

2.1. Concepto y caracteres

El artículo 2129 del Código Civil y Comercial (en adelante, "CCCN") reza:

> *Concepto.* Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia.

---

celebrar el contrato de constitución de usufructo entre ellos, pero sí creemos que, conforme a la terminante letra 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 ateniente a objeto, legitimados, modos de constitución o demás tópicos vinculados a la estructura estática de este derecho real.

> 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.[4] 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 domino, 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 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

4. El art. 16 CCCN reitera el criterio que en materia de bienes y cosas consagrara el art. 2311 CCIV.

individualidad –materia y forma– no cambiar su destino".[5] 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.[6]

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.[7] 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).[8] 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 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.[9]

5. Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, t. 2, Buenos Aires, Zavalía, 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 substituirla 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 pudiere 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.

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,

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.[10]

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;[11] 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:

> *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

---

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.

en la doctrina y la jurisprudencia vedaba la posibilidad de transmitir el derecho real propiamente dicho.[12] 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.[13]

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.[14]

Por nuestra parte, abonando la posición sostenida por Urbaneja,[15] 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 personales 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.[16]

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.

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

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.[17]

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.[18]

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.

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.[19]

---

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, Nº 92, 2015, p. 195).

17. Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015): comisión Nº 5 "Derechos reales. Usufructo" > subtema V "Transmisibilidad" > a) *De lege lata* > 2) Cláusulas de inenajenabilidad.

18. Urbaneja, Marcelo E., ob. cit. (cfr. nota 15), p. 387.

19. Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015): comisión Nº 5 "Derechos reales. Usufructo" > subtema IV "Facultades del usufructuario" > a) *De lege lata* > 1. Afectación al régimen de protección de la vivienda.

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.[20]

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 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.[21]

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.

20. Adviértase que decimos que "pueden" generarse estas obligaciones porque, como se verá, solo se dan excepcionalmente.

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).

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 substancia 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).[22]

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.

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.[23]

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

22. Kiper, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 1), t. 2, p. 100.

23. Ver Urbaneja, Marcelo E., ob. cit. (cfr. nota 15), p. 400.

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,[24] 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:

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),

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".

en el supuesto de que el usufructuario no ejecutara alguna de su 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.[25]

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.[26]

3. El cousufructo

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 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).[27] No obstante esta proscripción de usufructos sucesivos, adviértase que, en caso de pacto expreso entre el nudo propietario y los cousufructuarios, 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 cousufructo, que no es más ni menos que una especie de comunidad, entendiendo 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".[28]

Es importante tener presente que cuando el usufructo sobre una cosa o bien es establecido conjunta y simultáneamente a favor de varias personas (cousufructo), es distinto del supuesto de que se constituyan diversos usufructos sobre distintas partes de la misma cosa (este supuesto no constituirá cousufructo sino usufructos independientes).[29]

Hechas las aclaraciones preliminares, emprenderemos ahora el abordaje de la faz dinámica de la figura del cousufructo. 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.

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.

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 (ibídem, 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.

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 acudirse 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… [30]

3.2. Facultades del cousufructuario 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 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 cousufructo, exige tener en cuenta que, 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 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. [31]

3.3. Facultades respecto del objeto común

Siguiendo los lineamientos del artículo 1986 CCCN, cada cousufructuario, 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.

30. Cossari, Nelson G. A., "El concepto de comunidad de derechos", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 6/5/2008 (t. 2008-C).

31. Ver Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, ob. cit. (cfr. nota 5), t. 1, p. 202.

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 aprovechamientos 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 cousufructuarios.[32]

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 cousufructo.[33]

Ahora bien, 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 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, lo restantes cousufructuarios 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.[34]

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 cosufructuarios 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 lo cousufructuarios 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 cousufructuarios, urgencia de la cuestión, etc.)

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, Nº 965, 2010, pp. 459 y ss.

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.

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.[35] 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 cousufructuario ostentara una cuota parte equivalente al 51% o más, podrá imponer su voluntad al resto. Finamente, 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.[36] 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 cousufructo 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 cousufructuario (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.

35. Esto marca una clara diferencia práctica con la comunidad hereditaria, donde las decisiones de este tipo exigen unanimidad (art. 2325 CCCN)

36. Ver Kiper, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 1), t. 1, p. 482.

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 cousufructuario hubiere abonado en exceso con relación a su parte, los otros deben reembolsarle. Como lógica derivación de ello, el cousufructuario que solventó los gastos puede reclamar los intereses desde el día del pago. Por último, el cousufructuario 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 comunidad, procurando equiparar los desequilibrios. Asimismo, debe tenerse en cuenta que si se trata de mejoras útiles introducidas por uno de los cousufructuarios, estas deben ser soportadas por el comunero que decidió realizarlas, no pudiendo reclamarles reintegro a los restantes (marca una excepción al art. 1938 CCCN).[37]

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 cousufructuario 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 cousufructuarios 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 cousufructuario en tal proporción.

Por todo lo precedentemente expuesto, si, por ejemplo, un cousufructuario 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 cousufructuarios para que le reembolsen lo que exceda de su parte indivisa.

3.6. Extinción y partición en el cousufructo

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 cousufructuarios ha incurrido en uso abusivo comprobado judicialmente, solo se extinguirá el derecho de ese infractor. En caso de muerte de un cousufructuario, 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 cousufructuarios 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

37. Ver ídem, p. 475.

cuales se adjudican derechos exclusivos.[38] 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.

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, entrañando, además, una violación a la primaria obligación de conservar la sustancia.[39]

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 comu-

38. Ver Borda, Guillermo A., *Manual de sucesiones*, Buenos Aires, LexisNexis-AbeledoPerrot, 2004, p. 185.

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.

nitaria 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.

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 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.

El anatocismo en el régimen del Código Civil y Comercial*

Fulvio G. Santarelli**

RdN 931

RESUMEN

Análisis de la figura del anatocismo. Distinción entre anatocismo como procedimiento de devengamiento de intereses y lo que habitualmente se denomina acumulación. Breve evolución histórica de la figura, desde el derecho romano, pasando por el derecho francés y el Código de Napoleón, hasta la regulación en la Argentina. Su régimen legal actual, en el marco del nuevo Código Civil y Comercial.

PALABRAS CLAVE

Anatocismo; intereses; devengamiento; capitalización; liquidación de deuda.

Fechas de recepción y aceptación
18/4/2018 - 20/4/2018

Sumario: ***1.*** *Una idea preliminar.* ***2.*** *Una breve evolución del anatocismo.* ***3.*** *El anatocismo en el Código Civil y Comercial.* ***3.1.*** *Del pacto de anatocismo.* ***3.2.*** *El anatocismo de fuente legal.* ***3.3.*** *Carácter del artículo 770 del Código Civil y Comercial.* ***3.4.*** *¿Qué tipo de intereses son capitalizables?* ***4.*** *Bibliografía.*

1. Una idea preliminar

El anatocismo se vincula con el interés; más concretamente, se trata de un modo de devengamiento del interés y su anexión o incorporación al capital con potencialidad de generar nuevos intereses sobre la suma. Conviene distinguir al anatocismo como procedimiento de devengamiento de intereses, que periódicamente se va incorporando al capital para constituir la base de cálculo de otros nuevos intereses, de lo que habitualmente se denomina acumulación, que tiene que ver con la posibilidad de adicionar distintos tipos de intereses, siendo la más común la referida a los retributivos o compensatorios con los moratorios.[1] Es sabido que la cuestión de los intereses suscita un histórico control de su medida; en lo sucesivo, el foco se pondrá en el anatocismo y su régimen legal actual.

La raíz de las miradas restrictivas a la procedencia del anatocismo proviene de un concepto básico: el interés es el precio que se paga por el uso del capital ajeno. Es el fruto civil por excelencia. De permitirse su acumulación al capital, se estaría posibilitando

* Ver online en http://bit.ly/RDN931-anatocismo.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-Santarelli.

1. Ver arts. 767 y 768 CCCN. Dicho sea de paso, la acumulabilidad de ambas fuentes de intereses es procedente, sin perjuicio del eventual control judicial sobre su medida.

"el precio del precio", habría una generación de renta sobre la renta misma, y ya no del capital –de hecho, *anatocismo* en griego significa "sobre el fruto"–; metodológicamente se estaría potenciando un exceso en el precio del capital. De allí que el punto de partida de las legislaciones decimonónicas civiles haya sido su prohibición, admitiendo excepciones. He aquí un aspecto de la cuestión.

De otro lado, la modernidad por la que transitó el siglo XX y la posmodernidad que recorre la actual centuria refieren a la aceleración de los tiempos, y el capital está estrechamente vinculado. La tasa, como medida del interés, se compone de capital y tiempo –lo manda la lógica matemática–, el reintegro del capital permite nuevos giros, la circulación genera efectos multiplicativos. En este entorno, la autorización a la capitalización de los intereses es funcional a la circulación del capital, lo que explica que la veda se haya flexibilizado al punto de poner en duda si es un principio o excepción.

2. Una breve evolución del anatocismo

Se relata que en Roma, durante los tres primeros siglos, no existió regulación alguna acerca de la tasa de interés (usura[2]), cuestión que se volvió relevante habida cuenta de los elevados intereses que se pactaban y que llegó a provocar una sedición en el año 260.[3] Como consecuencia de ello, se pasó de prohibir el interés a limitarlo en su tasa.[4] Empero lo relevante aquí es que fue Cicerón quien permitió el sistema de uso griego de devengamiento mensual del interés,[5] para el que se utilizaba el sistema de las "calendas griegas", de modo tal que la práctica de unir periódicamente el interés al capital se extendió.

El anatocismo primero fue limitado y luego prohibido. Para tal tesitura se conjugaron dos razones: por un lado, el resultado ruinoso que arroja el método de capitalización; por otro, la elegancia jurídica, que parecía chocar con la idea de que un accesorio, como lo es el interés, origine otro "*accesio accesionis non datur*".[6] La primera limitación del anatocismo consistió en que solo precedía la capitalización al año de la deuda, *anatocismus anniversarius* de los intereses impagos. El anatocismo siguió la zigzagueante trayectoria del interés en la legislación. Lo cierto es que estas ideas se arrimaron a la codificación napoleónica en términos precavidos:

> Si es necesario que el dinero tenga un precio, también es necesario que este precio sea poco considerable. El interés moderado del dinero alienta todas las empresas útiles…[7]

2. En la actualidad, *usura* significa, según el diccionario de la Real Academia Española: "1. f. Interés excesivo en un préstamo. 2. f. Ganancia, fruto, utilidad o aumento que se saca de algo, especialmente cuando es excesivo. 3. f. Interés ilícito que se llevaba por el dinero o el género en el contrato de mutuo o préstamo. 4. f. Deterioro o desgaste. *Mostraba las huellas de la usura del tiempo*". Sin embargo, en Roma, *usura* es el nombre del precio por el uso, sin aludir necesariamente al componente excesivo o ilícito. Es más, el nombre de *interés* aparece con posterioridad (s. XIII), cuando la Iglesia Católica aceptó las creces dinerarias a los préstamos bajo la idea de que venían a enjugar el daño por la privación temporal de la cantidad prestada. Ver D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa, 2014, p. 480.

3. Ver Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano* (trad. José Fernández González), Buenos Aires, Albatros, 1961, § 351, p. 469.

4. Ibídem.

5. Ibídem.

6. Polacco, Vittorio, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1915, p. 662.

7. Portalis, Jean-Étienne-Marie, *Discurso preliminar Código Civil francés* (trad.: Silvia de la Canal, estudio introd.: Jorge H. Alterini), Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA-La Ley, 2004, p. 36.

De modo tal que, respecto del anatocismo, el artículo 1154 del *Code* permitió la capitalización por demanda judicial, o por convención especial, en la medida que se trate de intereses adeudados por un año entero.

Vélez Sarsfield, tributario de estas ideas, estableció la regla en el artículo 623 del Código Civil (en adelante, "CCIV"): "No se deben intereses de intereses sino por obligación posterior". Es decir, la prohibición recaía sobre la capitalización de intereses futuros aún no devengados.[8] No obstante, la prohibición no era absoluta: i) se permitía la capitalización dispuesta por convención posterior al devengamiento de los intereses; ii) la capitalización resultante de la condena judicial y la mora subsiguiente; iii) en materia comercial, existían supuestos de autorización legal del anatocismo (en la cuenta corriente bancaria, el art. 795 CCIV; en la cuenta corriente mercantil, el art. 788 CCIV), entre otros. La regla era categorizada como de orden público, idónea para sustentar una nulidad absoluta, no obstante de índole parcial, habida cuenta del carácter accesorio de los intereses.[9]

El texto original de la norma recibió, a partir del artículo 11 de la Ley 23928, una nueva redacción que flexibilizó la prohibición. El texto quedó redactado en estos términos, quedando inalterados los supuestos del Código de Comercio (en adelante, "CCOM"):

> No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa, que autorice su acumulación al capital, con la periodicidad que acuerden las partes, o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza.

La reciente reforma al Código Civil francés mantiene básicamente la regla del Código de Napoleón, ahora contenida en el artículo 1343-2, según la cual los intereses pueden capitalizarse pero no automáticamente, lo que puede ocurrir por fuente convencional o judicial; en ambos casos, a condición de que se trate de intereses devengados por el plazo de un año.[10]

3. El anatocismo en el Código Civil y Comercial

Se encuentra regulado en el artículo 770, que sienta la regla y seguidamente sus excepciones en estos términos:

> *Anatocismo*. No se deben intereses de los intereses, excepto que:
> a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses; b) la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda; c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; d) otras disposiciones legales prevean la acumulación.

8. Ver Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, § 931, p. 179.

9. Ver Alterini, Aníbal A., Ameal, Oscar J., López Cabana, Roberto M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, Buenos Aires, LexisNexis-AbeledoPerrot, 2006, § 1112.

10. "*Les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, produisent intérêt si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise*".

Además, para la cuenta corriente bancaria se registra el artículo 1398 del Código Civil y Comercial (en adelante, "CCCN"):

> *Intereses*. El saldo deudor de la cuenta corriente genera intereses, que se capitalizan trimestralmente, excepto que lo contrario resulte de la reglamentación, de la convención o de los usos. Las partes pueden convenir que el saldo acreedor de la cuenta corriente genere intereses capitalizables en los períodos y a la tasa que libremente pacten.

Para la cuenta corriente mercantil, el artículo 1433 CCCN establece:

> *Intereses, comisiones y gastos*. Excepto pacto en contrario, se entiende que: […] b) el saldo se considera capital productivo de intereses, aplicándose la tasa según el inciso a); c) las partes pueden convenir la capitalización de intereses en plazos inferiores al de un período…

De las normas relacionadas, surge que el anatocismo puede ser de fuente convencional o voluntaria, y de fuente legal. En efecto, el inciso a del artículo 770 previene la posibilidad del pacto de capitalización de intereses, mientras los demás incisos constituyen fuente legal de tal modo de incorporación del interés al capital.[11]

3.1. Del pacto de anatocismo

Se permite el pacto de capitalización de intereses, liberándolo de toda restricción respecto de su oportunidad en relación al nacimiento de la obligación, es decir, puede ocurrir antes o después de nacida la obligación. No obstante, se fija un límite, la periodicidad de acumulación no puede ser de un período menor de seis meses.[12]
El pacto no requiere formalidad alguna, mientras que su antecesor, el artículo 623 CCIV, exigía "convención expresa". En este punto, es menester subrayar que en el marco de los contratos de consumo, el acuerdo de capitalización debe estar debidamente informado (art. 4, Ley 24240); y, en los contratos bancarios a los que se refiere al mandato de transparencia de esta clase de contratos (arts. 1378-1383 CCCN) es exigida la forma escrita, como señala el artículo 1380: "Los contratos deben instrumentarse por escrito, conforme a los medios regulados por este Código. El cliente tiene derecho a que se le entregue un ejemplar".

3.2. El anatocismo de fuente legal

La interpretación de estos incisos resulta problemática. En efecto, el inciso b) faculta la capitalización de los intereses desde el momento de la notificación de la demanda, toman-

11. La posibilidad de diseñar el pacto de intereses es amplia, las partes pueden seleccionar las clases de intereses a que someten sus créditos, sean compensatorios, moratorios o punitorios, e incluso su régimen de devengamiento, con el límite semestral. Ello no quita la existencia de los sistemas de control ya conocidos para los intereses excesivos, tal como lo previene el artículo 771 CCCN: "*Facultades judiciales*. Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos". Asimismo, se le suma la cláusula abusiva en el conjunto de los contratos celebrados por adhesión, conforme arts. 984 y ss.; en particular, ver arts. 988 y 989 CCCN.

12. Repárese que en los supuestos de los saldos deudores de la cuenta corriente bancaria, el plazo de capitalización sugerido por la ley es de tres meses, lo que se explica por el carácter del servicio de caja que involucra a tal contrato; es decir, desincentiva el uso del saldo deudor como medio de financiación permanente por parte del cuentacorrentista.

do la solución que antiguamente preveía el artículo 569 CCOM respecto del mutuo.[13] La norma no exige más detalle para autorizar el anatocismo.

Por su parte, el inciso c) del artículo 770 CCCN prevé que "la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo", que no hace más que recoger el supuesto que ya traía el artículo 623 CCIV.

3.2.1. ¿Procede el anatocismo en ambas oportunidades o bien una descarta a la otra?

En opinión de Pizarro,

> … a partir del momento en que se notifica la demanda, opera la capitalización de intereses. De allí en adelante no hay más capitalización de intereses […] hasta el momento en que se produzca la liquidación judicial de la deuda que pasamos a tratar […] Cuando la deuda dineraria o de valor se liquide judicialmente, la capitalización de intereses procede a partir del momento en que el juez manda a pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo…[14]

Lo expuesto parece sugerir que se trata de dos momentos en que se autoriza la capitalización de los intereses.

En similar dirección se ha expedido Alferillo:

> … el monto original demandado puede sufrir al menos dos capitalizaciones: la primera, al notificar la demanda; la segunda, cuando se liquida la condena y el deudor, debidamente intimado no abona.[15]

En apoyo de las opiniones expuestas, podría adunarse que los incisos b) y c) del artículo 770 CCCN distinguen dos eventos inherentes al derrotero judicial del crédito, y reconocen su fuente en el artículo 721 del proyecto de reformas al Código Civil del año 1998, que en el segundo apartado del inciso a) decía:

> En defecto de convención, si se deduce pretensión ante un tribunal, desde la fecha de notificación de la demanda, de una medida cautelar, o del pedido de mediación obligatoria, la que sea anterior; Y una vez dictada sentencia y liquidada la deuda con sus intereses, desde la aprobación de la liquidación.

Proyecto que resulta evidente que pretendía amalgamar dos soluciones preexistentes: la del artículo 569 CCOM, que para el contrato de mutuo decía:

> Los intereses vencidos pueden producir intereses, por demanda judicial o por una convención especial. En el caso de demanda, es necesario que los intereses se adeuden a los menos por un año…

Y en el 623 CCIV, respecto de la liquidación de deuda intimada y retraso en el pago.

13. Art. 569 CCOM: "Los intereses vencidos pueden producir intereses, por demanda judicial o por una convención especial. En el caso de demanda, es necesario que los intereses se adeuden a lo menos por 1 año. Producen igualmente intereses los saldos líquidos de las negociaciones concluidas al fin de cada año".

14. Pizarro, Ramón D., "Los intereses en el Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, Nº 143, 31/7/2017 (t. 2017-D, cita online: AR/DOC/1878/2017). El párrafo se reitera textual en Pizarro, Ramón y Vallespinos, Daniel, *Tratado de obligaciones*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 530.

15. Alferillo, Pascual E., "Obligaciones", en Sánchez Herrero, Andrés (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 118.

Así las cosas, se trataría de dos situaciones que, que como se dijo, permiten la acumulación de intereses y que serían independientes entre sí. Y ello en virtud de que no debe perderse de vista que se está ante un deudor no solo moroso, sino que es demandado, el derecho del acreedor es reconocido, intimado a pagar una deuda liquidada en una sentencia, y mantiene su contumacia. En tal sentido, cabe computar el precedente del artículo 569 CCOM, respecto del cual la doctrina advertía que debía interpretarse con el artículo 570, que establecía que "intentada la demanda judicial por el capital y réditos, no puede hacerse acumulación de los que se vayan devengando, para formar aumento de capital que produzca réditos". Es decir que la incorporación de intereses al capital a la que se refería el 569, en oportunidad de la demanda judicial, se refería a los intereses ya devengados, adeudados, a lo menos por un año.[16] Teniendo esto presente, sería más razonable que en las oportunidades de que se trata se puedan capitalizar los intereses devengados hasta esos eventos. Coopera en sustentar esta postura el hecho de que estamos ante un código que reúne al derecho privado patrimonial en un plexo único, de tal modo que avanza en un proceso que se puso de manifiesto en la oportunidad de la reforma de la Ley 17711, que se refería como la "comercialización del derecho civil".[17]

Sin embargo, la norma vigente se refiere en ambos casos a la procedencia de la capitalización "desde" el evento que menciona en cada caso, lo que conduce a pensar que, a partir de allí, se comienzan a capitalizar los intereses que se siguen devengando. Pero, como bien se ha observado, en ese caso falta la cadencia de la capitalización, es decir, cada qué periodo de tiempo es capitalizable. Se ha propuesto recurrir al inciso a) analógicamente,[18] de modo tal que, a partir de los supuestos indicados en los incisos b) y c), se capitalizarían semestralmente. De ser así, ambos supuestos se presentan como alternativa y no acumulativamente, porque si comienzan a involucrarse al capital desde la notificación de la demanda, carece de sentido la segunda oportunidad. Tal vez haya sido este el fundamento de una de las conclusiones de la comisión Nº 3 de las XXVI Jornadas Nacionales de Derechos Civil (La Plata, 2017), dedicada al tema de anatocismo: "12. No se pueden aplicar por acumulación las excepciones previstas por la ley que autorizan el anatocismo; solo cabe aplicar una de ellas".

En definitiva, las interpretaciones expuestas presentan todas un tropiezo con la literalidad de la norma[19] en razón de que si se trata de dos eventos para capitalizar intereses devengados "hasta" allí, el artículo refiere a "desde" allí. Y a su turno, esta interpretación literal choca con: i) la sinrazón de dos oportunidades, en la cual una supone a la otra (no habrá intimación de deuda líquida sin notificación de demanda previa), y la capitalización correrá desde la notificación de la demanda subsumiendo al supuesto del inciso c); y ii) para esta tesitura, falta la mención a la periodicidad de la capitalización.

3.2.2. Requisitos de la liquidación de deuda

En el supuesto del inciso c), son aplicables los requerimientos ya exigidos por la mejor doctrina: i) existencia de liquidación de deuda aprobada judicialmente; ii) intimación

16. Ver Zavala Rodríguez, Carlos J., [comentario al art. 569], en *Código de Comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados*, t. 3, Buenos Aires, Depalma, 1959, § 79, p. 70.

17. López Cabana, Roberto M., *La demora en el derecho privado*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1989, pp. 31 y ss.

18. Ver Pizarro, Ramón D., ob. cit. (cfr. nota 14).

19. Sería oportuno que la comisión designada en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Decreto PEN 182/2018) para reformar el CCCN tenga presente las cuestiones que presenta el texto en análisis, para otorgarle una redacción certera.

judicial de pago de la suma resultante de la liquidación; iii) renuencia al cumplimiento de la condena.[20]

3.2.3. ¿Puede replicarse durante el proceso en más de una oportunidad el supuesto del 770 inciso c)?

La cuestión ya se discutía con el artículo 623 CCIV, que establecía como excepción al principio que vedaba el anatocismo: "cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo". Ya entonces se preguntaban los autores si los intereses posteriores a esta intimación se podían acumular. En tal sentido, Busso señalaba, con aquel texto legal, que la liquidación de deuda intimada judicialmente se practicaba con posterioridad a la sentencia que reconocía el crédito, y que era la última y única oportunidad de incorporar los intereses al capital; luego, los intereses se devengarían en forma simple.[21] Llambías no compartía tal limitación, dejando a salvo la posibilidad de la reiteración del procedimiento de capitalización de los intereses devengados con posterioridad.

Ya con el nuevo texto legal, se han pronunciado a favor de la posibilidad de la reiteración de la capitalización en tanto se mantenga la contumacia del deudor, empero se ha señalado la posibilidad de llevar a resultados abusivos, por lo cual se propone, ante el silencio de la ley, aplicar análogamente la pauta del artículo 770 inciso a).[22] Sin embargo, cabe sustentar la veda a la reiteración del proceso acumulativo de intereses al capital, y ello así por razón de que o bien se está ante un insolvente, o bien el acreedor no es diligente al momento de ejecutar su crédito, con lo cual en la mayoría de los casos carece de sentido permitir mecanismos de engrosamiento de deudas sin utilidad. Ello sin perjuicio de lo expuesto a continuación.

3.3. Carácter del artículo 770 del Código Civil y Comercial

Las precisiones contenidas en la norma están imbuidas del orden público.[23] Ello no solo atañe al pacto y sus limitaciones ya referidas, sino al modo en que opera el anatocismo en los casos de los incisos b) y c). Ello descarta que entre las oportunidades procesales previstas de acumulación intermedien otros acontecimientos con virtualidad acumulativa del interés al capital, o cualquier otra alternativa que subvierta el margen dado por las precisiones de la norma. La nulidad es, pues, absoluta y parcial, habida cuenta el carácter accesorio de la obligación de intereses.

3.4. ¿Qué tipo de intereses son capitalizables?

Todo aquel que esté devengando la obligación, reparándose en que el CCCN ha ampliado el catálogo de relaciones jurídicas patrimoniales con entidad generadora de intereses

20. Ver Llambías, Jorge J., ob. cit. (cfr. nota 8), § 936, p. 182.

21. Ver Busso, Eduardo B. (colabs.: Acuña Anzorena, Guillermo *et al.*), [comentario al art. 623], en *Código Civil anotado*, t. 4, Buenos Aires, Ediar, 1951, § 71, p. 333.

22. Ver Ossola, Federico A., *Obligaciones* (colección "Derecho Civil y Comercial"; dirs.: Julio C. Rivera y Graciela Medina, v. 3), Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017, p. 338; y Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Daniel, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 532.

23. En igual sentido, ver Calvo Costa, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 2017 (2ª ed.), p. 280.

compensatorios, tales como el mutuo, que se presume oneroso (art. 1527), el crédito del fiador contra el deudor principal (art. 1592), o el crédito emergente de la colación (art. 2400). En todos estos casos será capitalizable el compensatorio, y el moratorio, en casos que proceda, en las oportunidades antes mencionadas.

4. Bibliografía

Alferillo, Pascual E., "Obligaciones", en Sánchez Herrero, Andrés (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2016.

Alterini, Aníbal A., Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, Buenos Aires, LexisNexis-AbeledoPerrot, 2006

Busso, Eduardo B. (colabs.: Acuña Anzorena, Guillermo *et al.*], [comentario al art. 623], en *Código Civil anotado*, t. 4, Buenos Aires, Ediar, 1951.

Calvo Costa, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 2017 (2ª ed.).

D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, Eunsa, 2014.

Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012

López Cabana, Roberto M., *La demora en el derecho privado*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1989

Ossola, Federico A., "Obligaciones", en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela (dirs.), *Derecho civil y comercial*, t. 4, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017.

Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano* (trad. José Fernández González), Buenos Aires, Albatros, 1961.

Pizarro, Ramón D., "Los intereses en el Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, Nº 143, 31/7/2017 (t. 2017-D, cita online: AR/DOC/1878/2017)

Pizarro, Ramón y Vallespinos, Daniel, *Tratado de obligaciones*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017.

Polacco, Vittorio, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1915.

Portalis, Jean-Étienne-Marie, *Discurso preliminar Código Civil francés* (trad.: Silvia de la Canal, estudio introd.: Jorge H. Alterini), Buenos Aires, Facultad de Derecho UBA-La Ley, 2004.

Zavala Rodríguez, Carlos J., [comentario al art. 569], en *Código de Comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados*, t. 3, Buenos Aires, Depalma, 1959.

El derecho de autoprotección y la eutanasia

El mensaje del papa Francisco de fecha 17 de noviembre de 2017*

Nelly A. Taiana de Brandi**

RdN 931

RESUMEN

El "acto de autoprotección" es aquel en el que cualquier persona con discernimiento dispone válida y eficazmente en cuestiones personales, incluso de salud, y/o patrimoniales, para el supuesto de que en un futuro eventual, joven o mayor, le sobrevenga una discapacidad o un estado de capacidad restringida (en el plano jurídico) o una incompetencia (en el plano bioética) que lo prive total o parcialmente del discernimiento o le impida comunicar su voluntad, sea la carencia definitiva o temporaria. El ejercicio de los derechos personalísimos exige la existencia de la persona titular de ellos. Mi rechazo a la eutanasia se fundamenta no en argumentos religiosos sino en la imposibilidad de "utilizar" un derecho para destruir el soporte mismo de este, o sea, la persona humana.

PALABRAS CLAVE

Autoprotección; derechos personalísimos; eutanasia; ortotanasia; distanasia; asesoramiento notarial.

Fechas de recepción y aceptación
25/1/2018 - 8/2/2018

Sumario: ***1.*** *Emplazamiento de la materia. Su alcance.* ***2.*** *Concepto y contenido del acto de autoprotección.* ***3.*** *Distinción entre el acto de autoprotección y la eutanasia.* ***4.*** *Mensaje del papa Francisco.* ***5.*** *Propósito de este comentario.* ***6.*** *El opus notarial.* ***7.*** *Otras dificultades en el otorgamiento de estos actos.* ***8.*** *Bibliografía.*

Siempre necesité sentirme segura en el caminar por la vida y para ello debí actuar conforme mis certezas, la verdad que, en su aspecto subjetivo, crea en cada uno la convicción, motor de nuestro accionar.

* Ver online en http://bit.ly/RDN931-eutanasia.

** Información de la autora en http://bit.ly/RDN-Taiana.

1. Emplazamiento de la materia. Su alcance

En la segunda centuria de nuestra era, el emperador Marco Aurelio, apodado "el Sabio" o "el Filósofo", ya nos planteaba la duda respecto de si "nuestra inteligencia nos acompañará hasta el final", convencido de que ella "tiene aun una vida más corta" que la existencia física.[1] Desde 1994, a instancias del maestro escribano Eduardo Pondé, con el colega Luis Rogelio Llorens nos abocamos a encontrar el *molde jurídico* suficiente, el "traje a medida" en el que volcar disposiciones y estipulaciones vinculantes para los terceros –familiares, jueces, Ministerio Público, médicos–, tendientes a prever el "cómo vivir" ante la futura, eventual discapacidad o falta de discernimiento, o incompetencia para los bioéticos, que nos impida, jóvenes o mayores, disponer válidamente sobre la propia persona y/o patrimonio, en forma temporaria o definitiva, evitando de ese modo un tránsito angustioso al disponente y a su entorno.

Es el "acto unilateral de voluntad" creador de derechos en cabeza del disponente del que habla el jurista Eduardo Zannoni (en el prólogo a nuestro libro *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*,[2] que vio la luz en 1996), al que las VIII Jornadas Notariales Iberoamericanas (Veracruz, 1998) bautizaron como "actos de autoprotección", en respuesta a una ponencia de la delegación española, encabezada por el notario Juan José Rivas Martínez, la que con tanto entusiasmo acompañó nuestra iniciativa. Dijo en esa oportunidad, "los notarios debemos dar respuesta a las inquietudes que vive la sociedad. Rehusarnos es un gesto de cobardía que la historia no nos perdonará".

El profesor Ricardo Rabinovich Berkman, doctor en derecho y pionero en el desarrollo de la bioética, designó a estos actos declaraciones previas, por cuanto entendió redundante y vacío su encuadramiento como derecho de autoprotección, "en razón que gran parte de las soluciones jurídicas tienden a la autoprotección".[3] Los países anglosajones, que han legislado de modo dispar, los individualizan como *living will* y *trust* según su contenido de cuestiones de salud o de índole patrimonial. Parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, además del Código Civil y Comercial (en adelante, "CCCN"), los designa directivas anticipadas.

Frente al avance tecnológico que ya entonces intentaban esgrimir los grupos económicos y financieros para desmerecer el desempeño del notariado en la conformación e instrumentación de las relaciones intersubjetivas de contenido económico, logramos demostrar la necesidad de la intervención profesional personal y directa de los operadores del derecho y aun la conveniencia de la actuación notarial preventiva y creativa en aras del andamiento de los actos autorreferenciales, los que hacen al ejercicio de los derechos personalísimos de los que toda persona humana es titular por el solo hecho de serlo, inscriptos en su ser, anteriores a todo ordenamiento jurídico. En un caminar lento pero progresivo, en el que cada paso nos llevaba hacia una meta convocante señalada por nuevos paradigmas, tomamos conciencia en un primer estadio de la mezquindad y estrechez del derecho positivo para acompañar el avance que vivía el conocimiento, en especial la ciencia médica, la farmacología, la ingeniería, las políticas sanitarias, las

1. Vázquez Ortiz, Alejandro, "Metafísica y política en Marco Aurelio. Una reintroducción a la lectura de las meditaciones" [online], en *Cuaderno de Materiales*, Nº 23, 2005-2011.

2. Llorens, Luis R. y Taiana de Brandi, Nelly A., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1997.

3. Rabinovich Berkman, Ricardo, "Un importante aporte al reconocimiento de la autonomía de la voluntad a través de las directivas anticipadas", 2010; fuente: http://www.aabioetica.org/.

nuevas prácticas destinadas a mejorar las condiciones físicas, enfrentado a la necesidad de dar respuesta a una nueva realidad: la prolongación de la vida humana y la posibilidad de lograrla en forma artificial, independientemente de la calidad.

Conscientes de que la ley no cambia la realidad, nos abocamos, con el auxilio de otras disciplinas de reciente desarrollo (verbigracia, la bioética), a bucear soluciones tendientes a mejorarla en beneficio del hombre, sujeto fin, último y único destinatario de los verdaderos **derechos humanos**, entendiéndolos libres de todo enfoque parcial o sesgadamente interesado. Entendiendo la vigencia del derecho esencial de cada ser humano a programar su vida, nos impusimos el deber de superar la mera descripción de los hechos para colaborar en un hacer responsable, interdisciplinario, creativo, con tantos otros estudiosos y profesionales, con quienes tuvimos el privilegio de compartir iguales inquietudes y que nos facilitaron el camino con su generosa solvencia.

Ya en el año 2001, trabajando con los profesionales de la salud, pudimos comprobar cuán ligadas están la actividad notarial y la médica. En ejercicio de un verdadero ministerio, superador de lo meramente profesional, coincidimos en poner la ciencia, la común aptitud al servicio de una mejor vida de la gente. De ahí la importancia de la entrevista personal, la consulta y la audiencia notarial, y el valor superador de acompañar, escuchar, reconfortar, cuidar, y contener al requirente/paciente y su entorno.

Pudimos, a su vez, enriquecer nuestras experiencias merced a lecturas específicas, correspondencia mantenida vía postal en ese entonces, fallos señeros y encuentros con académicos de la medicina y el derecho, argentinos y extranjeros. Así, contamos con el esclarecido juicio del filósofo, jurista y juez Pedro Federico Hooft, siempre preocupado por el futuro del hombre, quien escribía en 1999:

> Frente a las modernas tecno-ciencias, que encuentran su máxima expresión en el "imperativo tecnológico", quiero apelar a una filosofía de la esperanza […] crítica sustentada en un sentido de responsabilidad solidaria.[4]

Para ello, nuestro autor se detiene en la actual relación entre bioética y derecho, "fruto de la tensión permanente entre tecnificación y humanización", en la que prioriza "las doctrinas orientadas hacia el bienestar de la persona",[5] en las que "la salud será reconocida (en el sentido del derecho a la atención sanitaria) como un derecho humano fundamental".[6] Este es el enfoque que informan sus fallos, que han logrado dar vigencia cotidiana y concreta protección a los derechos humanos fundamentales desde 1991 y, puntualmente, al derecho de autoprotección, en sentencia del 25 de julio de 2005.

Cuánto significaron para el desarrollo y esclarecimiento de la temática y, precisamente, para la valoración de la intervención notarial los encuentros convocados por el Instituto de Bioética y Bioderecho de la Universidad del Museo Social Argentino, bajo la dirección del doctor en derecho Ricardo Rabinovich Berkman, puntal en la investigación de todos los temas referidos al respeto de la vida, la dignidad y la libertad. Junto a él tuvimos el honor de asesorar a legisladores en la preparación y tratamiento de un proyecto de ley regulatoria del trasplante y donación de órganos, así como de dialogar con juristas y médicos de gran prestigio dedicados al estudio de la materia: Eduardo Sambrizzi, Eduardo Luis Tinant, José María Tau, José Alberto Mainetti, entre otros.

4. Hooft, Pedro F., "Derechos humanos. Un puente entre la bioética y el derecho", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento "Actualidad", Nº 67, 8/4/1999.

5. Ídem.

6. Juzg. Crim. Correc. de Transición Nº 1, Mar del Plata, 25/7/2005, "M.".

2. Concepto y contenido del acto de autoprotección

Me parece oportuno detenernos en el concepto analítico del acto de autoprotección. En su correcta extensión, más allá de limitaciones doctrinarias y normativas, es el acto por el cual una persona con discernimiento dispone, válida y eficazmente, en cuestiones personales y/o patrimoniales, para el supuesto futuro y eventual que, joven o mayor, le sobrevenga una discapacidad (en el plano jurídico) o una incompetencia (en el plano bioético) que lo prive total o parcialmente del discernimiento o le impida comunicar su voluntad, sea la carencia definitiva o temporaria.

Como lo demostramos en nuestros trabajos desde entonces, estos actos, estas manifestaciones de voluntad pueden alcanzar a todas las cuestiones que resulten de interés para el disponente, de carácter personal y/o patrimonial, tendientes a permitir el desarrollo y consecución de su proyecto de vida y a asegurar su discurrir con calidad mientras subsista su calidad de persona, o sea, hasta su muerte (art 103 CCIV, art. 93 CCCN), más allá de los deterioros o debilitamientos que pueda sufrir su discernimiento o su aptitud física, entendiendo que la posible decrepitud, la agonía y la muerte son etapas en el proceso vital. Entre los intereses resultan primordiales pero no excluyentes las disposiciones referidas a la salud.

Una conceptuación teleológica del instituto no permite esgrimir razón valedera para acotar los alcances en cuanto a la materia propia del acto de autoprotección.

3. Distinción entre el acto de autoprotección y la eutanasia

Siempre preocupados por el correcto empleo del lenguaje, convencidos de que la forma es, a la postre, contenido, coincidimos desde el inicio[7] en la preocupación por distinguir la problemática que nos ocupaba de otras materias que pueden presentarse cercanas pero que son distintas desde una perspectiva ética –más allá de posturas religiosas–. Asumimos con responsabilidad la necesidad de distinguir la ortotanasia como muerte natural, a su debido tiempo, de la distanasia, que en la práctica se traduce en el encarnizamiento terapéutico o mantenimiento irrazonable de la vida del que hablaré más adelante, y de la eutanasia.

En el acto de autoprotección, la persona antepone el *valor vida* como fundamental y dispone cómo vivir, conforme a su libertad y dignidad, su identidad única, en ejercicio de las calidades que la distinguen de los restantes seres vivos, consciente de su finitud física y de la condición humana. En la eutanasia, la persona, en actitud arrogante, se autoproclama dueña de su vida y, por ende, habilitada para disponer de ella, incluso destruirla. Así, en nuestra investigación acudimos, según nuestras respectivas experiencias de vida y convicciones vitales, a fundamentaciones filosóficas y bioéticas, que incluyeron, en el caso del coautor, creencias religiosas y la correcta "*aggiornada*" relectura del juramento hipocrático, que en todo momento indica al médico su deber de actuar para el bien del enfermo. Puntualmente nos apoyamos expresamente en:

a) La Declaración sobre la Eutanasia emitida en 1980 por la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica en Roma, con la aprobación de Juan Pablo II, que se pronuncia por la licitud de "tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir […] las curas normales".

7. Ver Llorens, Luis R. y Taiana de Brandi, Nelly A., ob. cit. (cfr. nota 2).

b) La Encíclica "*Evangelium Vitae*", publicada por Juan Pablo II en 1995, en cuanto distingue entre los dos institutos –eutanasia y muerte digna–, para lo que recurre al criterio de proporcionalidad y rescata el carácter inviolable de la vida humana. En esta meditación sobre la vida, se reconoce la dificultad del ser humano para percibir la distancia entre el bien y el mal en lo referente al valor mismo de la vida humana.
c) La declaración del Consejo Permanente de la Conferencia Episcopal de Francia de 1994, que se pronuncia sobre la necesidad de evitar la priorización de los actos médicos de alta tecnicidad sobre la suerte reservada a los enfermos incurables y las personas que han llegado a la vejez. "Este espléndido desarrollo (de la medicina) no se produce, evidentemente, sin comportar sombras".

Creo que, en ese entonces, la distinción abismal entre los dos institutos se me impuso como una certeza fruto de la intuición, anterior a toda conclusión resultante de un estudio deductivo que realicé muy posteriormente. Siempre tuve para mí que no hay estudio científico sistemático, verificable, objetivo, sin una aproximación intuitiva previa.

Para la tradición judeocristiana, la vida es santa. Dios la confiere y solo él la quita; la muerte es el paso necesario para lograr la felicidad eterna. El judeocristiano no concibe la vida sin la existencia de Dios. A partir de esa creencia, el creyente rechaza la eutanasia.

El regreso a la lectura de la filosofía y la ética, la relectura de Kant, me demostró que es imposible hablar del ejercicio de un derecho si ello importa, a la vez, la destrucción del sujeto soporte de aquel. Es como pretender enunciar una oración sin sujeto. Esta requiere del sujeto para ser tal, sea expreso o tácito. El ejercicio de los derechos personalísimos exige la existencia de la persona titular de ellos. Sin vida, no hay derechos posibles. La persona, que supone libertad y dignidad, es el antecedente necesario e implícito para la existencia de los derechos.

Afirmaba Kant que

> … el hombre no es libre para decidir sobre su propia vida porque no puede utilizar un principio como fundamento de la destrucción del mismo. Así, por ejemplo, un hombre no puede utilizar su libertad decisoria para abdicar de ella y convertirse voluntariamente en esclavo, pues, al hacerlo, dejaría de ser libre y, por consiguiente, no podría hacer uso del fundamento capital por el que disponía de su persona. Del mismo modo, la autonomía personal no justifica que renunciemos voluntariamente a la vida, pues dicha elección implicaría la destrucción de nuestra autonomía.[8]

Para quienes abrevamos en la filosofía que venimos exponiendo, la indisponibilidad de la vida es consecuencia directa de la imposibilidad de utilizar un principio como fundamento de la destrucción del mismo, porque cuando la libertad suprime la vida, es una libertad que se suprime a sí misma.[9] Quien resuelve quitarse la vida no está renunciando al derecho a la vida, sino a la vida misma y, con ello, a la libertad que ya no puede ser ejercida por quien tomó esa resolución y la ejecutó.

Entre el "no sé" propio de mi postura deísta frente a los misterios de la vida y la imposibilidad personal de acudir a un argumento religioso, no hallé por mucho tiempo el discurso sencillo que explicara mi rechazo de la eutanasia. Una vez alcanzada la respuesta

8. De Prada, Juan M., "No se puede utilizar un principio como fundamento para la destrucción del mismo", en *El Semanal*, 31/10/2004 (fuente: https://es.catholic.net/op/articulos/17425/cat/608/no-se-puede-utilizar-un-principio-como-fundamento-para-la-destruccion-del-mismo.html).

9. Ídem.

a la medida de mi finito entendimiento, encontré en la filósofa Diana Cohen Agrest el desarrollo docente de la explicación que mejor traduce mi convicción:

> La eutanasia voluntaria elimina el soporte personal de quien ejerce la libertad […] La libertad de autodeterminarnos, decidiendo todo aquello que concierne a nuestra propia vida, no puede extenderse hasta llegar a remover la condición primera del ejercicio de la libertad. la vida misma en su calidad de soporte corporal de dicho ejercicio. Si se admite la eutanasia voluntaria amparándonos en la libertad de elección, suprimimos en el mismo acto a la persona misma, sujeto de dicha elección.[10]

Estamos en condiciones de conceptualizar el derecho de autoprotección como aquel en el que cualquier persona, con discernimiento, dispone, válida y eficazmente, en cuestiones personales, incluso de salud, y/o patrimoniales, para el supuesto de que en un futuro eventual, joven o mayor, le sobrevenga una discapacidad o un estado de capacidad restringida (en el plano jurídico) o una incompetencia (en el plano bioética) que lo prive total o parcialmente del discernimiento, o le impida comunicar su voluntad, sea la carencia definitiva o temporaria.

4. Mensaje del papa Francisco

El papa Francisco dirigió un mensaje al presidente de la Pontificia Academia para la Vida con motivo del Encuentro Regional Europeo de la World Medical Association (Vaticano, 16-17 de noviembre de 2017), que tiene a su cargo analizar el sentido de la vida y, puntualmente, los problemas que plantea el acceso igualitario a la salud y la distribución equitativa de los recursos sanitarios.[11] Para tal mensaje, el papa se ha apoyado en los escritos de Pío XII y en las previsiones del Catecismo. En sus textos, Pío XII aseveraba que no es obligatorio emplear todos los medios terapéuticos disponibles y que, en casos determinados, es lícito abstenerse de usarlos cuando su empleo no corresponde a un criterio ético y humanitario.[12]

Según las enseñanzas del Catecismo, no es lícito acortar la vida pero sí aceptar que no se puede impedir la muerte y asumir responsablemente los límites que impone la condición humana mortal en el momento en que se torna incontrastable impedirla sin acudir a medidas extraordinarias; las decisiones deben ser adoptadas por el paciente competente y con capacidad; los cuidados ordinarios no pueden ser legítimamente interrumpidos; los cuidados paliativos constituyen una forma privilegiada de la caridad.

En cuanto al contenido del mensaje, nos parece muy importante destacar que ratifica la ilicitud de la eutanasia como interrupción deliberada de la vida tendiente a procurar la muerte. Afirma que es "moralmente lícito" renunciar a extender la vida cuando la persona, asumiendo responsablemente el límite de la condición humana mortal, "acepta no poder impedir" la muerte y renuncia a la aplicación de medios terapéuticos o decide suspenderlos cuando resultan extraordinarios. A su vez, ratifica la preocupación de la Iglesia por "el bien integral de la persona", objetivo que justifica el rechazo del "ensañamiento terapéutico" que acompaña la gran evolución actual de la medicina. Distingue

10. Cohen Agrest, Diana, *¿Qué piensan los que no piensan como yo?*, Buenos Aires, Debate, 2008, p. 160.

11. Mensaje del santo padre al presidente de la Academia Pontificia para la Vida con motivo del Encuentro Regional Europeo de la "World Medical Association" (Vaticano, 16-17 de noviembre de 2017).

12. Ídem (se cita a Pío XII, en *Acta Apostolicae Sedis*, Vaticano, Nº XLIX, 25/1/1957, "Allocutiones", §V, pp. 1027-1033).

entre "promover la salud" y beneficiar "el bien integral de la persona" y la justificación médica hacia "intervenciones sobre el cuerpo humano (que) son cada vez más eficaces pero no siempre son resolutivas". Al respecto, hace marcado hincapié en el concepto de "proporcionalidad", que debe primar en la prestación del acto médico. Se opone a la enunciación de una "regla general" tendiente a normar "una cuestión tan sensible" y se pronuncia por una solución particular y personalizada ante cada caso concreto. Rescata el rol principal del paciente y el respeto hacia sus decisiones tomadas con competencia y capacidad. Sin referirse a él en forma expresa, reconoce el "consentimiento informado", valora la importancia de los cuidados paliativos desde una nueva perspectiva, no paternalista, de la relación médico-paciente, en la que el primero debe intervenir para combatir el sufrimiento, el dolor y la soledad del enfermo. Reivindica la misión asistencial del médico que debe estar dirigida a "cuidar siempre de la persona viviente, sin acortar su vida, pero sin ensañarse inútilmente contra su muerte". Critica la desigualdad terapéutica "presente en los países más ricos donde el acceso a las curas corre el riesgo de depender más de la disponibilidad económica de las personas que de las efectivas exigencias de la curación". No alude al "testamento biológico", nuestro "acto de autoprotección" que reclama la comunidad jurídica italiana.

5. Propósito de este comentario

Vuelvo sobre la materia que me es tan querida, con el deseo de invitar a los colegas a repensar la responsabilidad que nos cabe en la atención y estudio de esta incumbencia cuyo oportuno desarrollo logró, en su momento, la regulación normativa del instituto en las legislaciones italiana y española, países para los que nuestras consideraciones resultaron pioneras y convocantes. Soy consciente de los problemas y aun los dilemas de orden práctico y moral que provocan la configuración instrumental de estos actos y el andamiento del actual ordenamiento normativo; principalmente: la Ley 26061 de Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005) y su decreto reglamentario; la Ley 26657 de Salud Mental (2010) y su decreto reglamentario; la Ley 26529 de Derechos del Paciente (2009), su modificatoria, la Ley 26742 de Muerte Digna, y sus decretos reglamentarios; y los artículos 59 y 60 del CCCN.

La Ley de Derechos del Paciente reconoce el derecho a rechazar terapias y procedimientos médicos, sin o con manifestación de causa, y a revocar sus decisiones y, en el supuesto de enfermedades irreversibles o crónicas, admite su derecho a rechazar tratamientos quirúrgicos desproporcionados y la reanimación artificial y a exigir el retiro de soportes vitales. A su vez, siempre que no se interrumpan los cuidados paliativos, el paciente puede rechazar la hidratación y la alimentación.

Si bien el artículo 60 del CCCN dispone que "las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas", nos preguntamos hasta qué punto estas pretensiones no importan la solicitud de prácticas eutanásicas. Estimamos que en este estadio asiste al colega el derecho a negarse a prestar su ministerio, invocando el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia que le reconoce nuestro derecho positivo en la Constitución Nacional, en el preámbulo y en los artículos 14, 19, 33 y 75 inciso 22, que al consagrar lo que denominamos el bloque constitucional, nos remite al artículo 3 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, Colombia, 1948), al artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, Francia, 1948) y a los incisos 1 y 3 del artículo 12 de la Convención Americana

de los Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 1969; aprobada en la Argentina por la Ley 23054). Se salva así el conflicto entre el cumplimiento de un precepto legal y valores que el escribano tiene derecho a defender, y hasta anteponer, como persona fundada en creencias religiosas y/o ponderaciones ético-axiológicas.

En lo personal, cuando he debido autorizar un acto con tales previsiones no he tenido dudas en tomarlas, ya que su andamiento dependerá oportunamente de la decisión del juez, quien deberá contrastarlas con la ley vigente, la opinión del médico y la del comité de bioética que se desempeñe en el respectivo nosocomio. Recuerdo que, en una ocasión, una médica previó la administración a su persona de expresas medidas eutanásicas si en su oportunidad ellas resultasen legales.

En todos los requerimientos, como notarios autorizantes, debemos asegurarnos y comprobar que se está dando cumplimiento al citado artículo 59 del CCCN y que el otorgante cuenta con la información profesional y no profesional adecuada, amplia, oportuna, prudente, suficientemente inteligible para su entendimiento, de tal manera que se encuentre en condiciones de consentir o rechazar ese acto médico y prestar el consentimiento que exige la ley y la medicina.

Otro problema que podrá tener que resolver el colega puede estar dado por el requerimiento que le haga un menor de edad –sea de dieciocho o de dieciséis años, según la medida de que se trate–. En ese caso, titubeará frente a la disposición terminante del artículo 60 CCCN, que exige la capacidad plena del disponente para el otorgamiento de las directivas anticipadas de salud. Sin embargo, estimo que, como en definitiva se trata de una manifestación de voluntad, esencialmente revocable, hemos de tomarla, siempre que el requirente tenga, a nuestro juicio, discernimiento, dé muestras de madurez suficiente, es decir –citando a Cifuentes–, "la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias".[13]

Tengamos presente que, en el CCCN la edad, como hecho biológico, es solo una pauta. En el otorgamiento de un acto notarial, el escribano no se pronuncia sobre el estado general de capacidad específica para el acto a otorgar. Por eso lamentamos que la reforma al Código velezano no haya avanzado ni se haya animado a reemplazar el instituto de la capacidad por el del discernimiento.

6. El opus notarial

Insistimos, como lo hemos hecho a lo largo del ejercicio profesional personal, en la importancia fundamental de la redacción escrituraria, que, en la materia que nos ocupa, es de gran relevancia. En estas escrituras es aconsejable que el disponente se exprese en forma directa y que el notario recoja en su texto las expresiones del otorgante en primera persona. A su vez, ha de merecer especial atención la misión del notario de invitar, y aun incentivar, al disponente para que exprese las motivaciones del otorgamiento, sus vivencias, los valores y directrices que han guiado su historia de vida y sus convicciones, bagaje que, en su momento, servirán de orientación al juez que deba intervenir.

Por otra parte, entre las disposiciones, es importante consignar la o las personas que el otorgante rechaza para desenvolverse en el cuidado de su persona y/o de sus bienes

13. Citado por Llorens, Luis R., "La falta o disminución del discernimiento, ¿constituye una incapacidad?", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 14/9/2007, t. 2007, cita online AR/DOC/2720/2007 (fuente: Brandi Taiana, Maritel M., "Los eslabones perdidos de la capacidad" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 920, 2016, http://bit.ly/RDN920-capacidad).

y, en lo posible, enumerar los motivos de su rechazo, así como su expreso pedido al juez, en caso de que deba intervenir, para que omita su designación.

7. Otras dificultades en el otorgamiento de estos actos

Coincidimos con Brandi Taiana en las dificultades y angustias que ha de atravesar el requirente cuando decide otorgar estos actos, no solo por la dificultad de prever situaciones médicas de hecho y anímicas futuras inimaginables, sino por la incertidumbre con respecto a progresos científicos seguros pero imprevisibles. De ahí que hago mías sus palabras cuando aconseja el poder preventivo como el instituto más aconsejable para vehiculizar el acto de autoprotección:

> La designación de ese apoderado en sí misma es una decisión propia del otorgante de las directivas que le permite que su voluntad sea cumplida en el momento oportuno por una persona que conoce sus principios, creencias y deseos y deberá hacerlos cumplir. Este es propiamente el ejercicio del derecho de autoprotección. **Poder y no contrato de mandato** porque se trata de dos institutos profundamente diferentes. El poder, como vehículo, tiene causa, en este caso puntual, en el derecho de autoprotección que no constituye un negocio jurídico patrimonial y que, por lo tanto, se rige por sus propias reglas, diferentes del contrato de mandato. El poder, a diferencia del contrato de mandato, no se extingue de acuerdo al Código Civil y Comercial por la incapacidad sobrevenida. De hecho, el nuevo Código, evidentemente, ha querido darle una regulación independiente al poder y al contrato de mandato […] La capacidad que se exige para el otorgamiento de los poderes preventivos es la de la persona al momento de disponer sus directivas anticipadas y designar apoderado…[14]

Siempre ha de resultar más consolador equivocarnos por una mala elección propia que atenernos al maltrato o trato indiferente de la persona designada por la ley o por un juez ajeno a nuestra historia de vida.

A modo de justificación de estas líneas y de las razonables dudas de los colegas que comprendo y valoro, anoto las del poeta alemán Johann Wolfgang von Goethe, quien ya en el siglo XVIII supo decir: "Pensar es fácil. Actuar es difícil. Actuar siguiendo el pensamiento propio es lo más difícil del mundo".

En lo personal, aspiro a morir a mi debido tiempo con una sonrisa en los labios, encaminada hacia el encuentro con los seres queridos que me han precedido, y continuar en este mundo mientras tenga deseos de dibujar proyectos y conjugar los verbos, no ya en futuro, sino en presente continuo.

8. Bibliografía

Brandi Taiana, Maritel M., "Los eslabones perdidos de la capacidad" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 920, 2016, http://bit.ly/RDN920-capacidad.

— "Directivas anticipadas, poder preventivo y discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, [s.e.], 2016 (trabajo presentado en la XXXII Jornada Notarial Argentina [Buenos Aires, 2016]).

Cohen Agrest, Diana, *¿Qué piensan los que no piensan como yo?*, Buenos Aires, Debate, 2008.

14. Brandi Taiana, Maritel M., "Directivas anticipadas, poder preventivo y discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, [s.e.], 2016 (trabajo presentado en la XXXII Jornada Notarial Argentina [Buenos Aires, 2016]), pp. 13-14.

De Prada, Juan M., "No se puede utilizar un principio como fundamento para la destrucción del mismo", en *El Semanal*, 31/10/2004.

Francisco (papa), [mensaje del santo padre al presidente de la Academia Pontificia para la Vida con motivo del Encuentro Regional Europeo de la "World Medical Association"], Vaticano, 16/11/2017.

Hooft, Pedro F., "Derechos humanos. Un puente entre la bioética y el derecho", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento "Actualidad", Nº 67, 8/4/1999.

Llorens, Luis R. y Taiana de Brandi, Nelly A., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Buenos Aires, Astrea, 1997.

Rabinovich Berkman, Ricardo, "Un importante aporte al reconocimiento de la autonomía de la voluntad a través de las directivas anticipadas", 2010.

Vázquez Ortiz, Alejandro, "Metafísica y política en Marco Aurelio. Una reintroducción a la lectura de las Meditaciones" [online], en *Cuaderno de Materiales*, Nº 23, 2005-2011.

Cuestiones sobre la calificación de bienes en el régimen patrimonial del matrimonio*

Natalia E. Torres Santomé**

RdN 932

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda la problemática referida a la calificación de bienes en el régimen patrimonial del matrimonio. El tema se proyecta tanto en la relación de los cónyuges entre sí, como respecto a la relación entre cada uno de los cónyuges y los terceros, y responde a la pregunta acerca de a qué patrimonio deberán incorporarse los bienes que ingresan durante la comunidad. El régimen patrimonial de comunidad de ganancias presenta en el Código Civil y Comercial algunas innovaciones respecto del cuerpo normativo anterior, por ello se analizan los lineamientos clásicos y algunos supuestos específicos que en virtud de su complejidad requieren un análisis detallado. En ese sentido se abordan los casos de bienes adquiridos con dinero ganancial y con dinero propio, la cuestión referida a la adquisición de partes indivisas y lo relativo a las indemnizaciones.

PALABRAS CLAVE

Régimen de bienes; comunidad de ganancias; calificación de bienes; matrimonio; régimen patrimonial.

Fechas de recepción y aceptación
30/5/2018 - 25/6/2018

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Los lineamientos tradicionales.* ***3.*** *La presunción de ganancialidad. El problema de la conformidad.* ***4.*** *El ámbito de aplicación de los artículos 464 y 465.* ***5.*** *Tres supuestos específicos: mayores aportes, partes indivisas, indemnizaciones.* ***6.*** *A modo de conclusión.* ***7.*** *Bibliografía.*

1. Introducción

El régimen patrimonial del matrimonio hace referencia a dos grandes universos de relaciones. Por un lado las relaciones de los cónyuges entre sí y, por otro, las relaciones de los cónyuges con los terceros.

En nuestro ordenamiento, cuando hacemos referencia a la cuestión de la calificación, inevitablemente estamos en el ámbito del régimen de comunidad –o que antes llamábamos "sociedad conyugal"– y ello es así ya que es el único régimen donde los bienes

* Ver online en http://bit.ly/RDN932-matrimonio.

** Información de la autora en http://bit.ly/RDN-TorresS.

podrán tener calificaciones diferentes. En efecto, recordando que nuestro Código solo admite dos regímenes patrimoniales –el de comunidad y el de separación de bienes–, la calificación solo opera respecto del primero, ya que en el segundo todos los bienes serán de carácter personal.

Lo referente a la calificación de los bienes incorporados durante la vigencia de la comunidad afecta a su vez a ambos universos, el interno y el externo. Afecta al ámbito interno, es decir, las relaciones entre los cónyuges, ya que traerá como consecuencias qué bienes se integran a la masa a liquidar a la finalización de la comunidad, y cuáles quedan afuera, abriendo además las puertas a las cuentas de las recompensas.

Respecto del ámbito externo, la calificación de bienes determinará el ingreso o no del bien al patrimonio del cónyuge deudor y, con ello, la ampliación (o no) de la masa sobre la que el acreedor puede cobrarse.

Durante la vigencia del matrimonio, la calificación del bien resultará trascendente respecto de los cónyuges pero no trascenderá hacia los terceros, frente a los que cada cónyuge responderá con los bienes de su titularidad, sean estos propios o gananciales. Ello en virtud del principio de responsabilidad separada del artículo 467 con su excepción. Decimos que afectará en el ámbito interno, ya que durante la vigencia de la comunidad, la calificación determinará, respecto de los cónyuges, la administración y disposición del bien, y, asimismo, conformará la masa de garantía común de los acreedores del cónyuge titular.

La calificación de los bienes, al igual que todo lo referido a la regulación del régimen patrimonial del matrimonio es de orden público.[1] Es decir, no importa la voluntad de los cónyuges para integrar o no el bien a la masa de gananciales o propios; la calificación del mismo dependerá de lo establecido por la ley en los artículos 464, 465 y 466 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, "CCCN").

En este trabajo, abordaremos lo referente a los lineamientos tradicionales para determinar la calificación, a la presunción de ganancialidad, a los ámbitos de aplicación de los artículos 464 y 465 CCCN, y a algunos de los supuestos novedosos incorporados por el nuevo cuerpo legal.

2. Los lineamientos tradicionales

Cuando nos referimos a calificar bienes dentro de un régimen patrimonial matrimonial, partimos de tres lineamientos básicos, que nos permiten, en la mayoría de los casos, determinar *a priori* si un bien se califica como propio o como ganancial. Los lineamientos deben entrecruzarse a los fines de analizar la situación específica. Estos lineamientos pueden resumirse en tres:

a) La fecha de adquisición
b) el carácter de la adquisición
c) el carácter de los fondos

El primero de ellos refiere al momento temporal en que el bien fue adquirido. Ello significa que los bienes adquiridos antes del inicio de la comunidad, o una vez finalizada

1. Ver Torres Santomé, Natalia E., "El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial" [online y versión descargable], en DPI Cuántico. Derecho para innovar [portal web], sección "Diario Civil y Obligaciones", edición Nº 97, 7/12/2016, http://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-civil-y-obligaciones-nro-97-12-12-2016/. (Última consulta: 23/11/2018).

la misma son, a priori, propios; en tanto que los bienes adquiridos durante la vigencia de la comunidad son, también a priori, gananciales.

El segundo lineamiento refiere al carácter de la adquisición, esto es si la misma fue realizada de forma gratuita u onerosa. La adquisición gratuita es aquella que nace de una herencia, de un legado o de una donación u otro acto a título gratuito. Ello implica que aun cuando el bien fuera incorporado durante la vigencia de la comunidad –lo que por imperio del primer lineamiento sería ganancial–, si esta incorporación fue gratuita, el bien reviste el carácter de propio.

El tercero y último refiere al carácter de los fondos, y a la situación de la inversión o reinversión de fondos. Para determinar el carácter de un bien, es necesario determinar si el mismo fue adquirido utilizando fondos propios o gananciales. Esto significa que aun dentro de la comunidad puede darse el supuesto de la adquisición onerosa de un bien, que aun así sea propio, o que un bien adquirido luego de extinguida la comunidad deba calificarse como ganancial.

Con estos tres parámetros es posible resolver buena parte de los supuestos. Sin embargo, existen situaciones que no pueden ser resueltas por su intermedio. Algunas, porque la propia ley las califica de manera expresa y otras por las circunstancias dudosas que puede presentar la adquisición. Para el primer supuesto, el CCCN incorpora dos artículos en particular, el 464 y el 465. Para el segundo supuesto, se mantiene vigente la presunción de ganancialidad. Empecemos por esta última.

3. La presunción de ganancialidad. El problema de la conformidad

El artículo 466 CCCN establece:

> Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Respecto de terceros, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges.
> Para que sea oponible a terceros, el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. En caso de no podérsela obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.

La presunción de ganancialidad implica que al momento de finalizar la comunidad se asumirán como gananciales todos aquellos bienes de los que no se puede acreditar el carácter de propios. El CCCN titula este artículo como "prueba del carácter propio o ganancial", lo que mantiene la calidad de presunción en materia exclusivamente probatoria.

Ello ya había sido señalado por la doctrina desde antaño, que, en referencia al artículo 1271 del Código Civil anterior (en adelante, "CCIV"), sostenía:

> Probada fehacientemente la manera en que fue adquirido el bien, la presunción del 1271 cesa de producir efectos, ya que ha sido reemplazada por otros medios de prueba. Y se tratará, atento a los que estos arrojen, de determinar qué dispositivo legal es aplicable para calificar el bien. Agregaremos entonces que es un sustituto de la prueba, cuando de ésta

> no resulte que se trata de un bien propio o ganancial. En el supuesto la presunción legal lo agrupa entre los gananciales.[2]

Ocurre entonces que la manifestación o declaración del carácter del bien realizada por los cónyuges puede operar en términos de prueba respecto de la relación interna, y siempre y cuando se corresponda con lo establecido por el ordenamiento. Como señala Kemelmajer, el reconocimiento espontáneo respecto de las circunstancias de tiempo y lugar existentes al momento de adquirir un bien –y con ello la calificación que él mismo reciba– pueden ser admitidas en tanto no se advierta falsedad en los dichos ni intención de perjudicar a un tercero.[3]

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe[4] señaló que

> Cuando lo que se pretende es la recalificación de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, debe estarse a la realidad de los fondos aportados para la adquisición del inmueble, con independencia de lo afirmado por las partes, ya que así lo exige el orden público comprometido en el régimen patrimonial matrimonial, insusceptible de verse modificado por convenciones entre los cónyuges.[5]

Ya en la primera mitad del siglo pasado, la jurisprudencia sostenía que la confesión de los cónyuges respecto del carácter del bien solo conservaba su valor cuando se trataba de litigios entre ellos.[6] Por otra parte, la ineficacia de la confesión cuando podía perjudicar a terceros, surgía en el CCIV expresamente en el artículo 1260.[7]

Todo ello da cuenta del imperio del orden público respecto a la calificación de los bienes, sin perjuicio de lo que puede ocurrir respecto de la prueba del carácter de un bien determinado. El CCCN no alteró esta situación,[8] sino que la reguló de manera particular. En efecto, las manifestaciones respecto del carácter del bien al momento de la adquisición, tanto por parte del cónyuge adquirente como por parte del no adquirente fueron específicamente previstas en el CCCN, determinando qué ocurre respecto de la confesión y también cuáles son los requisitos para que esas manifestaciones sean oponibles a terceros.

Ya durante la vigencia del CCIV, la cuestión de la manifestación del carácter propio del bien en la escritura de adquisición traía algunas dificultades.[9] La doctrina, con algunas diferencias de criterios en lo particular, acordaba en lo general que

2. Ver Bossert, Gustavo A. y Fassi, Santiago C., *Sociedad conyugal*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1977, p. 329.

3. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* [online], Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], 2014, p. 30, http://bit.ly/2MciWLD. (Última consulta: 27/11/2018).

4. SC Santa Fe, 5/9/2006, "Cocca, Rubén Eduardo c/ Ajo, María Delia –incidente de liquidación sociedad conyugal– s/ recurso de inconstitucionalidad" (expte. 95/2015).

5. Del sumario en *AbeledoPerrot*, cita online: 70035088 (ver también en *Doctrina Judicial*, t. 2007-1, p. 914).

6. Ver C. Civ. 1ª de Capital Federal, 15/11/1944, "García Soage, Saturnino (suc.)" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1945-I, p. 316); C. Civ. y Com. de Rosario, Sala II, 5/5/1966, "P., H. A. c/ F., T." (*El Derecho*, t. 16, p. 71).

7. Art. 1260 CCIV: "La mujer puede probar el crédito que tenga contra los bienes del marido o de la sociedad conyugal, por todos los medios que pueden hacerlo los terceros acreedores personales, con excepción de la confesión del marido cuando concurran otros acreedores".

8. Ver Cám. Civ. y Com. de Mercedes, Sala II, 6/5/2015, "Díaz, Alejandra Ángela E. c/ Chanfalloni, Sergio Oscar y otros s/ nulidad de escritura pública" (*El Derecho*, t. 264, p. 109; cita online Thomson Reuters: AR/JUR/29304/2015): "Las manifestaciones de los cónyuges no pueden desvirtuar el carácter propio o ganancial de los bienes, que surge de la ley y no de la voluntad de las partes" (citado por Solari, Néstor, *Derecho de las familias*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 180).

9. Ver SC de Buenos Aires, 24/6/1986, "Bernabé, Eduardo H. c/ Ambrosetto, Edda A. s/ calificación de un bien como ganancial" (Ac. 36111) (*Acuerdos y Sentencias*, t. 1986-II, pp. 126-129.

> … puede abrigarse un criterio más amplio o más restringido en cuanto a los alcances que debe tener la manifestación escrituraria […] Se trata de una *justificación* que permita rodear la declaración de una cierta seriedad que motive la inversión de la carga de la prueba. La declaración debe ser completa y suficiente… [10]

Respecto de la manifestación del cónyuge no adquirente se señalaba que la misma no resultaba exigible, aunque sí recomendable, a los fines de invertir la carga de la prueba.

El artículo 466 del CCCN determina que, respecto de terceros, no resulta suficiente la manifestación de los cónyuges. Para que sea oponible, se establece en primer lugar la obligatoriedad de acreditar el origen de los fondos al momento de la adquisición. Esto facilita en gran medida la cuestión y alcanzaría para dar cuenta de la calificación del bien. Sin embargo, la normativa da un paso más y exige que se acompañe de la conformidad del cónyuge no adquirente.

El CCCN comentado por el equipo de Lorenzetti sostiene:

> Resulta altamente auspicioso que el CCyC haya especificado, en forma completa y en una sola norma, los recaudos legales que debe contener el instrumento de adquisición de un bien propio por subrogación para quedar excluido de la presunción de ganancialidad, incluyéndose entre ellos la conformidad del cónyuge no adquirente, así como el mecanismo para obtenerla. [11]

Sin embargo, atento al imperio del orden público en la materia y el carácter *iuris tantum* de la presunción, no parece tener sustento la exigencia de una conformidad prestada por quien en ninguna otra circunstancia –salvando el supuesto de la vivienda familiar– deberá dar conformidad, asentimiento o consentimiento alguno al momento de disponer ese bien. Pero además, esta conformidad solicitada, que no es asentimiento ni consentimiento, no se reduce a una "buena práctica" o alguna recomendación. Es exigida con tal firmeza que si la misma faltara debe suplírsela con una declaración judicial.

La sanción impuesta ante la ausencia es que el carácter alegado no será oponible a los terceros. Sin embargo, si se prueba efectivamente el carácter de propio, esta calificación surgirá del orden público y no de la conformidad del otro cónyuge. Por el contrario, si aun existiendo la conformidad el acreedor demuestra que el bien es ganancial, por imperio del orden público se impone su pertenencia a la masa de la comunidad. Lo contrario implicaría que la conformidad transformara la presunción en *iure et de iure*.

No obstante, la redacción del artículo ha ido incluso un poco más lejos al establecer que, ante la ausencia o la negativa de la conformidad en el acto, debe suplirse con una declaración judicial. Ello también resulta un tanto excesivo y en ese sentido se expidió el fallo "Pugliese", [12] apenas el CCCN entró en vigencia. En efecto, la petición judicial, que se hizo en virtud de no haber incorporado oportunamente la conformidad, tramitó por vía de acción declarativa. Las acciones meramente declarativas o declarativas de certeza

10. Sabene, Sebastián, "Reflexiones civiles y notariales de la reinversión de dinero propio en el régimen patrimonial del matrimonio", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, t. 2013-IV, p. 169 (cita online AP/DOC/1453/2013).

11. Herrera, Marisa, [comentario al art. 466], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 114.

12. Juzg. Nac. Civ. Cap. Fed. Nº 63, 22/12/2015, "Pugliese, Rosana s/ acción declarativa (Art. 322 CPCC)" (expte. 89310/2015). Es para destacar que la cita que hace el juzgador refiere a la posibilidad de redireccionar el trámite por el camino más adecuado, pero en referencia al artículo 555 (legitimados respecto del derecho de comunicación personal).

son un instituto proveniente del derecho procesal tendientes a, tal como señala el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

> … hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor, y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

Efectivamente, el camino procesal incoado era el correcto, ya que la ausencia de la conformidad señalaba un estado de incertidumbre sobre el alcance de una relación jurídica. Sin embargo, la acción fue rechazada *in limine*, sosteniéndose que

> … nada impide que ambos cónyuges efectúen una declaración notarial complementaria del acto escriturario en cuestión […] y su consecuente inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Esta posibilidad constituye, en sí misma, un serio valladar para la procedencia de la vía elegida.[13]

En definitiva, la exigencia de la conformidad del cónyuge no adquirente y, ante su negativa o ausencia, la realización de una declaración judicial, no aparecen como la solución a la que se aspiraba.

4. El ámbito de aplicación de los artículos 464 y 465

La sistematización en materia de bienes del CCCN se destaca como un aporte sustancial y clarificador, en particular en la comparación con el cuerpo codificado anterior. La redacción y el orden del articulado permiten abordar el tema de forma clara y sencilla. En efecto, la segunda sección correspondiente al capítulo del régimen de comunidad refiere puntualmente a la situación de los bienes en el mismo y está compuesta por tres artículos. El primero (464) refiere a los bienes propios de los cónyuges; el segundo (465) refiere a los gananciales y el tercero, como ya hemos visto, a la presunción de ganancialidad (466).

Cuando comenzamos el trabajo señalamos los tres lineamientos básicos que permiten calificar los bienes en una gran cantidad de casos. Estos lineamientos surgían en el CCIV de los artículos 1266 (subrogación real), 1267 (adquisición anterior) y 1271 (adquisición a título gratuito), y fueron incorporados al CCCN en los incisos c), a) y b) del artículo 464 y en los incisos f) y a) del 465.

Para abordar la cuestión, podemos plantearla en estos términos: si en el artículo 464 están enumerados los bienes propios, y en virtud de la propia comunidad y de la presunción de ganancialidad, los bienes que no sean propios serán gananciales. Entonces, ¿por qué es necesaria la enumeración del artículo 465? La respuesta a esta pregunta surge del ámbito de aplicación en la línea temporal de cada uno de estos artículos.

Imaginemos una línea de tiempo que se extiende desde antes de la comunidad y hasta luego de extinguida. Esta línea se dividirá en tres tramos: el primero, anterior a la comunidad; el segundo se extenderá durante la vigencia de la misma, y el tercero, ocupará el período que va desde la extinción y hasta la partición. Durante el primer tramo, claramente todos los bienes serán propios, ya que no existe la comunidad que obligue a la calificación, de forma tal que carece de importancia cualquier circunstancia relativa a la adquisición del bien. Este tramo solo cobrará relevancia respecto a la calificación

13. Ídem, p. 2.

de los bienes, cuando refiramos a la fecha de adquisición del bien o el inicio del derecho sobre el mismo. En el segundo tramo –la vigencia de la comunidad– aparece con todo su poderío la presunción de ganancialidad.

Como ya hemos explicado, la incorporación de bienes se asume dentro de la masa de gananciales, excepto que se acredite alguna de las circunstancias que permitan abstraerlos de esta masa. Es allí donde el artículo 464 adquiere toda su virtualidad. En tanto un bien responda a algunos de los incisos del artículo 464, será propio, aun siendo adquirido durante la vigencia de la comunidad. Asimismo, el artículo 465 operará respecto de supuestos específicos, a los que la propia ley califica de gananciales, por ejemplo los adquiridos por hechos de azar. El 465 en este período refiere a aquellos bienes "sobre los cuales los esposos tienen un derecho en expectativa al momento de la extinción".[14]

El último tramo está conformado por el período de tiempo que va desde la extinción de la comunidad hasta la efectiva partición. Aquí no opera la presunción de ganancialidad en tanto ya no existe la comunidad. El principio general que rige en este período es que los bienes que ingresan al patrimonio de cada uno de los cónyuges que conformaron esa comunidad son propios. Sin embargo, este principio tiene excepciones ya que puede ocurrir que aun luego de extinguida la comunidad, ingresen al patrimonio bienes que le pertenezcan. Es aquí donde el artículo 465 aparece para regular estos supuestos. Si el bien fue incorporado luego de la extinción de la comunidad, de todas formas será ganancial en tanto responda a alguno de los supuestos del artículo 465.

Identificar el ámbito de aplicación de cada uno de estos artículos en la línea temporal permite abordar la cuestión de la calificación de forma sencilla, algo que no ocurría en el CCIV.

5. Tres supuestos específicos: mayores aportes, partes indivisas, indemnizaciones

En la enumeración realizada en los artículos 464 y 465 se han incorporado algunos supuestos específicos, que ya se habían presentado en jurisprudencia durante la vigencia del CCIV y que generaban debates y posturas encontradas. Abordaremos tres de ellos: el supuesto de adquisición de un bien, realizado con aportes propios y gananciales; el supuesto de adquisición de partes indivisas y en tercer lugar, lo referido a las indemnizaciones.

5.1. Los mayores aportes

No resulta extraño a la vida cotidiana matrimonial que un bien se adquiera por la inversión conjunta de fondos propios y gananciales. Resultaba entonces necesario clarificar qué calificación tendría ese bien ya que el CCIV no lo preveía de manera expresa.

El artículo 464 en el inciso c), y el artículo 465 en el inciso f), abordan específicamente estos supuestos, conjuntamente con el concepto de subrogación. En ambos, luego de determinar el carácter del bien de acuerdo al origen de los fondos con que fue adquirido, se agrega un párrafo especial que sostiene, *mutatis mutandi*, "Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad".

14. Herrera, Marisa, [comentario al art. 465], en Lorenzetti, R. L. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 11), p. 96.

Frente a estos supuestos durante la vigencia del CCIV, Solari sostenía:

> En la hipótesis que nos ocupa –subrogación real– se toma como elemento determinante el origen de los fondos empleados para la adquisición del bien. En cambio, no es decisivo que para la subrogación real los precios sean exactamente iguales o la exacta equivalencia entre lo recibido en la enajenación del bien propio y lo empleado en la nueva adquisición. En realidad, el mayor valor de los fondos –gananciales o propios– determinará si estamos en presencia de una subrogación real. Así, cuando un inmueble es adquirido en parte con dinero propio y en parte con ganancial, el bien será propio o ganancial según quien sea el que haya integrado el importe mayor; todo ello, sin perjuicio del derecho de crédito por los fondos gananciales que se hubiere utilizado.[15]

En igual sentido se expedía la jurisprudencia.[16] Por ejemplo, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo en 2007 que, habiéndose acreditado que el actor había comprado un bien empleando dinero en parte propio y en parte ganancial, y siendo la proporción del capital propio muy superior al ganancial, correspondía calificar dicho bien como propio del actor, sin perjuicio de la recompensa que la contraria pudiera reclamar en la oportunidad de liquidarse los bienes de la sociedad conyugal.[17]

El problema que se genera respecto de esta solución se presenta cuando el bien es adquirido en igual proporción con bienes propios y gananciales. Frente a este supuesto, aparecen dos respuestas posibles. Por un lado, aquella que entiende que, durante la vigencia de la comunidad, se impone la presunción de ganancialidad, en tanto no puede acreditarse un mayor aporte del patrimonio propio. En segundo lugar, encontramos la postura que sostiene que de la redacción del inciso c) del artículo 464 se desprende la preeminencia del carácter propio del nuevo bien adquirido.[18] Aún no existe una tendencia judicial sostenida que nos permita visualizar cuál será la solución adoptada.

5.2. Las partes indivisas

Las nuevas partes indivisas adquiridas sobre un bien del cual alguno de los cónyuges era propietario previamente, ya fuera en carácter propio o ganancial, revisten la misma calificación que revistiera la adquisición originaria. La solución prevista en el inc. k) del artículo 464 y en el inc. n) del artículo 465 continúa la solución adoptada por la Cámara Nacional Civil en el plenario "Sanz".[19] El fallo que dio lugar al plenario se originó ante el requerimiento por parte del Registro de la Propiedad Inmueble acerca de que el cónyuge del vendedor prestara su asentimiento –en ese entonces en virtud del artículo 1277 CCIV– para disponer de la transmisión de una porción indivisa a la que entendía, le correspondía el carácter de ganancial.

15. Solari, Néstor, "Calificación de un bien adquirido con fondos propios y fondos gananciales", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 20/4/2007 (t. 2007-B, p.785, cita online AR/DOC/1517/2007).

16. Ver CNCiv., Sala B, 28/4/1981, "Talotti, Ángel G." (*La Ley*, t. 1981-D, p. 412, cita online AR/JUR/3488/1981); Sala D, 23/12/1981, "D., B. J. (suc.)" (*El Derecho*, 100-175); CNCiv., Sala E, 28/4/1961 (*El Derecho*, 2-790); CNCiv., Sala E, 28/12/1962, , "G. de D., C. c/ D., J." (*El Derecho*, 4-33; *La Ley*, 110-465); SC Buenos Aires, 7/3/1994, "R. de E., M. A. c/ E., O. A." (*La Ley Buenos Aires*, 1995-488). Jurisprudencia citada por Solari, Néstor, ob. cit. (cfr. nota 15).

17. CNCiv., Sala I, 23/11/2006, "S., R. A. c/ L. A., C.", (*La Ley*, 13/2/2007 y 20/4/2007 [t. 2007-A, p. 477 y t. 2007-B, p. 785, con nota: Solari, Néstor, ob. cit. {cfr. nota 15}; cita online AR/JUR/8126/2006]).

18. Solari, Néstor, ob. cit. (cfr. nota 15), p. 183.

19. CNCiv., en pleno, 15/7/1992, "Sanz, Gregorio O." (*La Ley*, 1992-D-260).

El plenario contó con muy fuertes argumentos, tanto en la mayoría como en la minoría, y dio lugar al debate acerca de la existencia o inexistencia de bienes duales en nuestro régimen. La postura mayoritaria entendió que la adquisición de porciones indivisas en diferentes circunstancias temporales no modificaba el carácter de la adquisición original, en tanto en derecho de condominio lleva ontológicamente incorporada la vocación al todo.

Si bien los supuestos fácticos del plenario no son exactamente los mismos que los presupuestos de la norma actual, la solución resulta idéntica, con base en el carácter declarativo de la partición. Este carácter declarativo da cuenta que la cuota parte originaria no constituye el objeto de la relación jurídica, sino que constituye la medida de un derecho que se ejerce sobre la universalidad, es decir sobre la totalidad de la cosa –con las limitaciones propias del condominio– de forma tal que las adquisiciones posteriores solo varían la extensión del derecho, pero no su origen o título.[20] Ello, claramente sin perjuicio del derecho de recompensa debido al patrimonio que aportara los fondos subsiguientes.

5.3. Las indemnizaciones

Mazzinghi[21] señalaba, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1266 CCIV, que el principio de la subrogación real si bien no estaba establecido con una formulación especialmente clara, permitía generalizar el criterio que inspiraba los supuestos contemplados y aplicarlos a otros casos. Si bien se partía del término "real", el concepto era amplio y extensivo a derechos y créditos. Borda[22] aplicaba esta idea a las indemnizaciones por daños sufridos en un bien propio y a las indemnizaciones por expropiación.

El artículo 464 CCCN, en el inciso n), mantiene esta tesitura, refiriendo específicamente a las indemnizaciones "por consecuencias no patrimoniales y por daño físico". El mismo inciso excluye de manera expresa el rubro del lucro cesante cuando correspondiere a ingresos que hubieran sido gananciales. Por su parte, el inciso g) del artículo 465 refiere que son gananciales los créditos e indemnizaciones que subrogan a un bien ganancial. Es decir que para saber la calificación de una indemnización será necesario determinar qué carácter tenía el bien que está siendo indemnizado. Esta situación aparece como equitativa y responde a los lineamientos planteados por la doctrina y jurisprudencia anterior al nuevo cuerpo legal.

La particularidad que presenta en la práctica esta calificación es que la indemnización podrá presentar en la liquidación rubros que sean de carácter propio y rubros que sean de carácter ganancial. Un ejemplo al respecto es el caso de una indemnización por despido discriminatorio. Los rubros correspondientes al lucro cesante tendrán el carácter ganancial, en tanto que el rubro correspondiente al daño moral será de carácter propio.

Algo similar ocurre con los intereses devengados, ya que solo serán gananciales aquellos que nazcan durante la vigencia de la comunidad, y solo hasta su extinción. Es que tanto el lucro cesante como los intereses presentan el carácter de frutos, de forma tal que serán gananciales o propios en virtud de su circunstancia temporal.

20. Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 472.

21. Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 182.

22. Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 235.

La jurisprudencia actual ha dicho al respecto:

> Este precepto mantiene una redacción semejante a la del quinto párrafo del art. 1272 del CCIV, del cual parte el criterio mayoritariamente aceptado, que establece que la indemnización por despido injustificado es ganancial si el distrato se produjo con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, y que es un bien propio si se produjo con posterioridad, porque el perjuicio de la falta de trabajo recaerá solamente sobre el cónyuge despedido.[23]

Un supuesto especial está previsto en el artículo 465 *in fine*:

> No son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio, en este caso, de la recompensa debida a la comunidad por las primas pagadas con dinero de ésta.

Las indemnizaciones por muerte de unos de los cónyuges ingresan al patrimonio del supérstite como propias. Ello permite una protección mayor del viudo o viuda, en virtud de las concurrencias sucesorias. Estas indemnizaciones no formarán parte de la comunidad hereditaria del causante, ya que son propios del supérstite.

El carácter de la indemnización no suplanta ni cancela la recompensa debida a la comunidad ganancial por las primas aportadas por esta en el caso de las indemnizaciones que se derivan de un contrato de seguro. En este supuesto la comunidad ganancial –que debe liquidarse entre el supérstite y los herederos del causante– deberá recibir la recompensa que, entonces, formará parte del acervo de la comunidad hereditaria.

A lo largo del articulado del CCCN se puede observar que si bien se aleja indefectiblemente de la postura que propugnaba la existencia de bienes duales en el ordenamiento, dentro del ítem indemnizaciones podemos encontrar cierta dualidad.

6. A modo de conclusión

La regulación del régimen matrimonial de comunidad en el Código Civil y Comercial ha traído respuestas a muchos de los conflictos que hasta su sanción requerían soluciones pretorianas. No obstante ello, presenta también algunas regulaciones que parecen complejizar aún más algunos supuestos.

Actualmente, la jurisprudencia aún se presenta muy limitada en la materia, lo que no permite inferir una línea clara acerca de cómo se interpretarán o cargarán de contenido estas normas.

La conformidad del cónyuge no adquirente en el instrumento de adquisición de un bien propio resulta pasible de una mirada crítica, en tanto la regulación de los supuestos de mayores aportes y de partes indivisas se presentan como clarificadores y oportunos.

El régimen patrimonial matrimonial mantiene en el nuevo cuerpo legal el imperio casi absoluto del orden público, limitando la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la elección de alguno de los dos regímenes propuestos. Una vez optado por uno de ellos, el mismo será regido por las normas que lo regulan, y la autonomía de la voluntad solo tendrá la extensión que el ordenamiento expresamente le acuerde. En el régimen de comunidad, esto aparece de forma aún más palmaria.

23. Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala III, 12/11/2015, "B., A. N. c/ A., G. E. s/ medidas precautorias (cuadernillo art. 250 CPCC)" (*El Derecho*, t. 266, p. 567; *La Ley Buenos Aires*, diciembre 2015, p. 1242 y marzo 2016, p. 221; *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, abril 2016, p. 63; cita online AR/JUR/48785/2015; disponible completo aquí; fuente: web Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; última consulta: 27/11/2018).

La calificación de los bienes es uno de los supuestos donde este imperio se observa en todo su esplendor.

7. Bibliografía

Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

Bossert, Gustavo A. y Fassi, Santiago C., *Sociedad conyugal*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1977.

Herrera, Marisa, [comentario a los arts. 465 y 466], en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Kemelmajer de Carlucci, Aída R., "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* [online], Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], 2014.

Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, t. 2, Buenos Aires, Ábaco, 1996.

Sabene, Sebastián, "Reflexiones civiles y notariales de la reinversión de dinero propio en el régimen patrimonial del matrimonio", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, t. 2013-IV (cita online AP/DOC/1453/2013).

Solari, Néstor, "Calificación de un bien adquirido con fondos propios y fondos gananciales", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 20/4/2007 (t. 2007-B; cita online AR/DOC/1517/2007).

— *Derecho de las familias*, Buenos Aires, La Ley, 2017.

Torres Santomé, Natalia E., "El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial" [online y versión descargable], en DPI Cuántico. Derecho para innovar [portal web], sección "Diario Civil y Obligaciones", edición Nº 97, 7/12/2016.

Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 2006.

Formas de la partición de las comunidades*

Marcelo E. Urbaneja**

RdN 934

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[1]. 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.

* Ver online en http://bit.ly/RDN934-particion.

** Información del autor en http://bit.ly/RDN-Urbaneja.

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.

Descarto, no obstante, el amparo de intereses corporativos: en numerosas oportunidades me pronuncié en contra de las tesis que mayoritariamente sostenía el notariado.[2] 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).[3]

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,[4] Medina,[5] Mariani de Vidal y Abella,[6] Iturbide[7] y Azpiri,[8] 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.[9] Hay varias opiniones en contrario.[10]

En las Jornadas de 2017 referidas, presenté una ponencia que reproducía ideas que ya había publicado con anterioridad en dos libros.[11] Luego amplié algunas de esas reflexiones.[12] La conclusión III de la comisión Nº 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:

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, Nº 928, 2017, http://bit.ly/RDN928-temporalidad1.

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, Nº 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, Zavalía, 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.

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).

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.

> 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 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, Lukasewicz, Massicioni, Regis, Urbaneja, Zuvilivia.

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.

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". 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 destaco la autoridad de López de Zavalía,[13] se violaba lo dispuesto por el CCIV.

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".[14] Si bien su carácter local restringía la obligatoriedad del

13. López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos*, t. 1, Buenos Aires, Zavalía, 2003 (4ª ed.), p. 335.

14. 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).

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.[15] 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]), que relevé a propósito de las citadas XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.[16]

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.

15. Núñez Lagos, Rafael, "La fe pública", en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, [s.e.], XVII-XVIII, 1957, pp. 7 y ss.

16. 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, Nº 14285, 11/10/2017 (t. 274).

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.[17] 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.[18]

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 ca-

17. 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, Nº 908, 2012, pp. 141-180, http://bit.ly/RDN908-inexactitudes.

18. 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, 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).

paces, 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:
> 1º Cuando haya menores, aunque estén emancipados, o incapaces, interesados, o ausentes cuya existencia sea incierta.
> 2º Cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que se haga partición privada.
> 3º 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: "2º 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.

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 adqui-

sición 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 tesitura que defiendo, 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 homologación se tenga por partición válida.[19] 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.[20] 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.

19. 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).

20. 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.

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).[21] 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).

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[22] 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.[23] 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).[24] Ello naturalmente podría cumplirse concomitantemente con el acto de transmisión o constitución de un derecho real por el

21. 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, Nº 14498, 26/9/2018 (t. 279).

22. Pérez Lasala, José L., ob. cit. (cfr. nota 4), pp. 696-697.

23. Ver Urbaneja, Marcelo E., ob. cit. (cfr. nota 21).

24. Lo mismo que ocurría antes de 2015 cuando faltaba, *v.gr.*, la intervención judicial (ver López de Zavalía, Fernando J., ob. cit. [cfr. nota 13], p. 335).

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 "subsanatorio") 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).

López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Zavalía, 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, Nº 908, 2012, http://bit.ly/RDN908-inexactitudes.

— "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, Nº 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, Nº 928, 2017, http://bit.ly/RDN928-temporalidad1.

— "Los pactos de indivisión en el condominio, en la comunidad hereditaria y en las sociedades", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Nº 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, Nº 14498, 26/9/2018 (t. 279).

— *Práctica notarial de contratos usuales 1*, Buenos Aires, Astrea, 2017 (2ª ed.).

— *Propiedad horizontal*, Buenos Aires, El Derecho-Universidad Católica Argentina, 2018 (2ª ed.).

Se terminó de imprimir en agosto de 2019
en Adagraf Impresores S.A.
Salmún Feijoó 1035
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Argentina