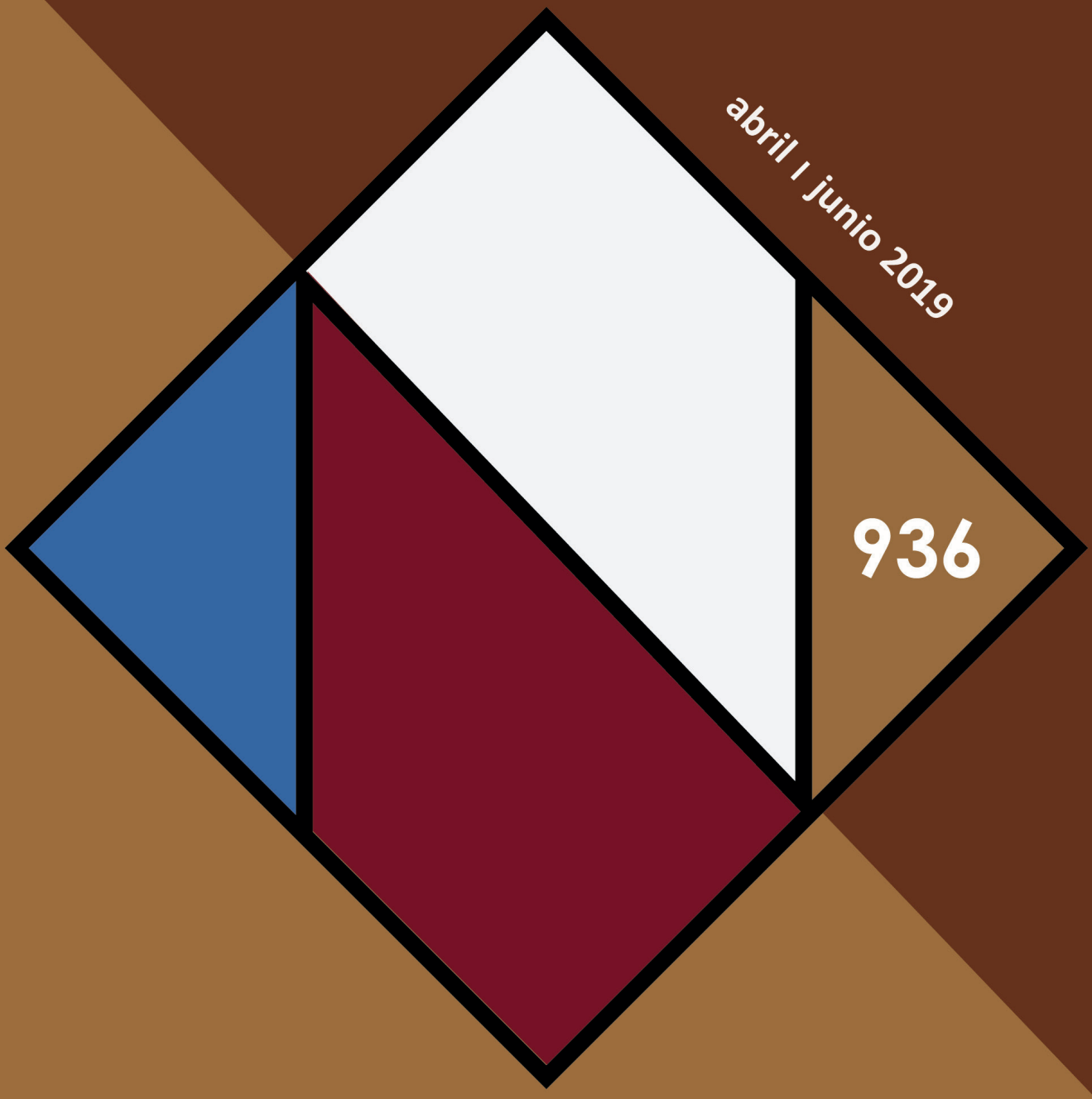


REVISTA DEL NOTARIADO

Director: Diego M. Martí

abril-junio 2019

936

REVISTA DEL NOTARIADO

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

ISSN 2362 6186

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

Propietario: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Director: Diego Maximiliano Martí

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

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Corrección y edición: Agustín Rodríguez

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 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: 5353496
ISSN: 2362-6186
Diseño de tapa: Florencia Cardoso
Diseño de interior: Liliana Chouza
Todos los derechos reservados.

Consejo Directivo

Ejercicio 2017-2019

Presidente	**Claudio Alejandro Gustavo Caputo**
Vicepresidente	**Mariana Claudia Massone**
Secretario	**Antonio Joaquín Cinque**
Secretaria	**María Magdalena Tato**
Prosecretario	**Diego Alberto Paz Vela**
Prosecretaria	**María Alejandra Astuena**
Tesorero	**Carlos Eduardo Medina**
Protesorero	**Ramiro Javier Gutiérrez De Lio**
Vocales titulares	**Alejandra Graciela Vidal Bollini** **Irene Recalde** **Isaac Raúl Molina** **Mauricio Felettii †** **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** **Ricardo Jorge Oks** **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

Editorial | **6**

Doctrina

"Prescripción adquisitiva de servidumbre positiva en el Código Civil y Comercial de la Nación"
por José L. Caliri | **9**

"El documento notarial digital y su aporte frente a cuestionamientos jurídicos del documento electrónico"
por Néstor D. Lamber | **19**

"Uso de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales en la sociedad por acciones simplificada (SAS)"
por Gastón A. Mirkin y Pilar M. Rodríguez Acquarone | **30**

"El régimen jurídico de la convivencia"
por Javier H. Moreyra y Karina V. Salierno | **40**

"Situación jurídica del adquirente de inmueble embargado"
por Pedro F. Sáenz | **74**

Seminario *Abordaje Integral de la Regularización Dominial y Urbanización en la República Argentina* | **91**

"La perspectiva judicial de los procesos de regularización dominial"
por Elena A. Liberatori | **93**

"La agrimensura en el proceso de regularización dominial del barrio Los Piletones (CABA)"
por Rosa I. Pueyo | **106**

Dictámenes

"Poder sin matriz. Subadquirentes de buena fe y justo título"
por Diego M. Mage y Pilar M. Rodríguez Acquarone | **121**

"Aceptación de herencia y derecho de opción. Vigencia de la norma"
por Romina N. Sassone | **132**

Internacional

"La ley de inclusión financiera uruguaya y sus consecuencias en la labor notarial y transnacional"
por Lorena Vizcarret Tessore | **142**

Estimados lectores:

La relación con el Estado, permanente beneficiario tanto del ejercicio concreto de la función notarial como de sus externalidades positivas, ha crecido exponencialmente, habiendo resultado el notariado convocado permanentemente como sucede en materia de legalizaciones internacionales, control de egreso de menores o programas de regularización dominial, entre otras. Quiero en esta oportunidad referirme, en el marco de la función colaborativa del escribano para con los poderes públicos, a las pautas y normas a que damos cumplimiento a través de la Unidad de Información Financiera. Es que, más allá de ser una tarea que todos desarrollamos periódicamente, y sin perjuicio de no albergar dudas en cuanto a la idoneidad del notario para desarrollarla, tal vez no siempre tengamos presente qué es lo que motiva la existencia de estos regímenes de información ni cuál es su utilidad última, así como el hecho de que, en lo que nos toca, recaigan sobre nosotros.

El GAFI

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es una organización intergubernamental creada por iniciativa del G-7 en París, en el año 1989, a fin de fijar estándares y promover la implementación de políticas y medidas legales, regulatorias y operativas para coordinar esfuerzos en la prevención del lavado de activos (tanto en el sistema financiero internacional como en los sistemas financieros nacionales) y el financiamiento del terrorismo. Esta organización emitió inicialmente un plan integral basado en cuarenta recomendaciones para combatir el blanqueo de capitales (BC), que se complementó en 2002 con medidas contra la financiación del terrorismo (FT). Posteriormente, en 2003, una revisión de las recomendaciones buscó el apoyo y la colaboración de los llamados "guardianes", incluyendo ciertas actividades y profesiones entre las que se encuentra el notariado de tipo latino, motivo por el que se han adoptado diferentes enfoques para la regulación de nuestra actividad como sujetos obligados al cumplimento de estas recomendaciones.

En 2018, la Unión Internacional del Notariado (UINL) elaboró el documento denominado *Buenas prácticas de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en el sector notarial*,

> Con objeto de facilitar a los notarios el cumplimiento de las obligaciones establecidas por el GAFI y recogidas a nivel nacional por la mayor parte de los países del mundo a través de normativas específicas…[1]

Por supuesto que la incorporación de las Recomendaciones del GAFI en la legislación de los distintos países miembros puede diferir en algunos aspectos, pero el documento da importantes lineamientos base, adaptables según la realidad normativa local de cada notariado. Allí se abordan

1. AA.VV. (Unión Internacional del Notariado), *Buenas prácticas de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo en el sector notarial*, 2018, p. 3 (ver aquí; fuente: uinl.org; última consulta: 20/2/2020).

> … las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo a las que, de acuerdo a las Recomendaciones de GAFI, están o deberían estar sujetos los notarios, sin perjuicio de las obligaciones adicionales que puedan establecer las normativas locales de PBC/FT.[2]

Como miembro pleno del GAFI (y del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, GAFILAT), nuestro país implementa las aludidas políticas y medidas legales, regulatorias y operativas a traves de la Unidad de Información Financiera (UIF). Este organismo local es el encargado del análisis, tratamiento y transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir los delitos de lavado (o blanqueo) de activos y de financiación del terrorismo (LA/FT).

Entre los sujetos obligados a informar a dicho organismo se encuentran los escribanos. La UIF está facultada para emitir directivas e instrucciones que deben ser implementadas y cumplidadas por los sujetos obligados, en cuyo marco se encuentra la Resolución UIF 21/2011, en la que se establecieron las medidas y procedimientos a observar por el notariado argentino para prevenir, detectar y reportar los hechos, actos, operaciones u omisiones que pudieran constituir delitos de LA/FT.

El documento de la UINL de 2018

Sin perjuicio de las aludidas diferencias en base a la normativa de cada país, se trata de una suerte de guía respecto de las obligaciones de los notarios en el marco de su intervención en determinados negocios o actividades, de acuerdo con la recomendación Nº 22 del GAFI, que detalla así:

- debida diligencia con el cliente;
- mantenimiento de registros;
- identificación de personas expuestas políticamente;
- implantación de medidas de control interno; y
- reporte de operaciones sospechosas.

El cumplimiento de estas obligaciones debe darse siguiendo un enfoque basado en riesgo, lo que implica que debemos identificar, evaluar y entender los riesgos de BC y FT que puedan generarse con nuestra intervención, diseñar las políticas y procedimientos para detectarlos y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente, de manera que se correspondan con los riesgos identificados. Ahora bien, ¿de qué se trata esto del enfoque basado en riesgo?

Lo que se pretende es que las medidas de debida diligencia a adoptar respecto de los clientes lo sean en función del riesgo inherente a la naturaleza de su actividad, a los usos y costumbres de la misma, a su tipo de clientela, al manejo o no de efectivo, al área geográfica donde opera, etc., con relación al BC y el FT; es decir: realizar una evaluación general del riesgo del cliente (por supuesto, cuando un requisito legal exige el reporte de operaciones sospechosas no se efectúa la evaluación de riesgos sino que se genera el reporte).

2. Ibídem.

La correcta identificación del cliente, la determinación del beneficiario final de la operatoria,[3] el origen de los fondos y la coherencia de la operación del cliente con su perfil empresarial y de riesgo son los pilares fundamentales del sistema de prevención.

¿Qué puede aportar el notariado?

El notariado argentino no ha dejado nunca de ser un pilar esencial en el sostenimiento del tejido social de una comunidad que, más allá de matices, en todos los rincones de nuestro país se apoya en él para muchas de sus más importantes decisiones, y no sólo de contenido económico.

Respecto del tópico que venimos tratando, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2018, manifestó sobre los escribanos públicos que

> **Sus conocimientos técnicos y experiencia profesional** los ubica en una posición de privilegio frente al resto de la comunidad a la hora de indagar cuando una transacción tiene indicios de vinculación con el lavado de activos y la financiación del terrorismo.[4]

Aunque debamos seguir bregando por lograr mejoras respecto de la definición de cliente (y distinguir entre cliente y co-contratante) y en cuanto al alcance de nuestra responsabilidad al certificar firmas en instrumentos privados; a pesar de que resulte mejorable la manera de conformar el legajo de identificación de cada requirente y la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos normativos; y más allá de que haya que insistir en que es necesario distinguir por su relevancia (o riesgo) la intervención de una persona expuesta políticamente (PEP) cuando la operatoria no es de contenido patrimonial, y en que sería mucho más útil contar con un órgano de autorregulación (llevado por los colegios notariales); incluso así, en el *statu quo* actual, se trata de poner de relieve el mayor "valor" que nuestro ejercicio profesional reviste frente a su "precio".

Se respira, en ocasiones, preocupación por el futuro del notariado, cuando la realidad es que somos cada vez más necesarios. Se trata de aceptar y asumir las cargas del cargo, lo que resulta ser otra forma de leer lo que dijo del notariado la Corte Suprema, en términos de un Estado en el que cabe la sociedad toda, a la que respondemos como esperaba, sin defraudarla, dando incluso más que lo que se pretendía o se esperaba, por el derrame favorable que genera la intervención notarial… Lo que aludíamos al principio como "externalidades positivas".

Diego Maximiliano Martí

3. Con el fin de determinar quiénes son en definitiva las personas humanas controlantes del cliente.

4. CSJN, 4/9/2018, "Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c/ PEN s/ sumarísimo", FLP 001298/2008/CS001 (*Fallos*, t. 341, p. 1017; ver aquí; ver también reseña y dictamen del MPF; fuente: CSJN; última consulta: 20/2/2020).

Prescripción adquisitiva de servidumbre positiva en el Código Civil y Comercial de la Nación

José Luis Caliri

RESUMEN

Es acertado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto no recepta las clasificaciones de la servidumbre en continua-discontinua y aparente-no aparente, pues, a los efectos prescriptivos, importa analizar la índole de los actos posesorios a la luz de los criterios sentados por el régimen general, instaurado en el artículo 1900 y concordantes. No interesa, a los fines de calibrar la usucapibilidad de la servidumbre, atender a su clase, sino que lo continuo y ostensible debe predicarse siempre –y únicamente– acerca de los actos posesorios que exteriorizan la servidumbre positiva. Es correcto interpretar que –siguiendo el régimen único y general adoptado por el título I, capítulo II del libro IV– también la servidumbre positiva puede adquirirse por prescripción breve, y esto representa un avance legislativo respecto del Código derogado. La servidumbre positiva puede adquirirse por usucapión tanto si la pretensión del prescribiente se apoya en un título insuficiente cuanto si no existe título alguno que dé sustento a la pretensión del prescribiente. A pesar de la literalidad del dispositivo legal, cabría proponer que se interprete el tercer párrafo del artículo 2165 CCCN como sigue: "En caso de duda, la servidumbre se presume personal, salvo que esta fuere adquirida por prescripción breve o larga mediando unión de posesiones".

PALABRAS CLAVE

Servidumbre; servidumbre positiva; servidumbre real; servidumbre personal; posesión; título; prescripción adquisitiva; presunciones.

Fechas de recepción y aceptación

29/7/2019 - 5/10/2019

Sumario: ***1.*** *Servidumbre positiva: ¿derecho real prescriptible?* ***2.*** *Servidumbre por prescripción: ¿es real o personal?* ***3.*** *Conclusiones.* ***4.*** *Bibliografía.*

1. Servidumbre positiva: ¿derecho real prescriptible?

Uno de los grandes interrogantes que se planteó la doctrina frente al nuevo régimen sancionado es si cabía la posibilidad de adquirir el derecho real de servidumbre a través de la usucapión. Esto porque el Código Civil y Comercial (en adelante, "CCCN") no ha recogido la clasificación de las servidumbres en continuas/discontinuas y aparentes/

no aparentes; a más de que oscurece la cuestión el hecho de que el artículo 1891 CCCN expresamente prevé que la servidumbre positiva se ejerce por actos posesorios concretos y determinados sin que el titular dominante ostente la posesión. No obstante, sobre este último punto, la opinión prevalente y que se comparte es que, a pesar del texto legal, la servidumbre *in patiendo* se exterioriza por la posesión a título o con ánimo de servidumbre.

Sobre el particular, y a los fines de aclarar los alcances de la norma, la comisión de reformas al CCCN designada por el Decreto 182/2018 del Poder Ejecutivo Nacional ha propuesto en su anteproyecto la supresión del segundo párrafo del artículo 1891 CCCN, con los siguientes fundamentos:

> El segundo párrafo del art. 1891 contiene un error conceptual, cuando expresa que "*Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión*". El acto posesorio consiste justamente en la huella que deja quien posee, por ello es virtualmente imposible ejercer actos posesorios sin posesión. El concepto de acto posesorio campea en todo proceso que involucra la posesión: usucapión, acciones posesorias, acciones reales, etc. Arrojar semejante imprecisión que siempre ha estado medianamente clara en la doctrina y en la jurisprudencia constituye todo un despropósito. En definitiva los actos posesorios son la prueba de la posesión.[1]

No obstante la claridad de los argumentos –que, por otro lado, son plenamente compartibles–, la derogación del segundo párrafo del artículo en cuestión dista de aventar toda polémica sobre si las servidumbres positivas se ejercen por la posesión o no. En primer lugar, porque la reforma proyectada deja incólume el epígrafe del artículo, que refiere al "ejercicio [de los derechos reales] por la posesión o por actos posesorios"; debió suprimirse la conjunción "o por actos posesorios" para que el texto legal guardase coherencia con los fundamentos que lo sostienen: los actos posesorios son la prueba de la posesión y no configuran un concepto diferente a aquella. En segundo lugar, porque el primer párrafo del artículo 1891, que se mantiene con la misma redacción, excluye a "las servidumbres" de los derechos reales ejercitables por la posesión; así es que quienes sí ven diferencias ontológicas entre el ejercicio por la posesión y por actos posesorios seguirán teniendo argumentos sólidos para aseverar que las servidumbres positivas no se ejercen por la posesión. Y, para más, el texto –de aprobarse la derogación proyectada– alude a las servidumbres en plural, siendo que el título XI denomina a este derecho real en singular; ello podría llevar a pensar que ninguna clase de servidumbre es ejercitable por la posesión –aun cuando existe acuerdo mayoritario en doctrina en que en las positivas sí se establece una relación posesoria–. No bastaría entonces, técnicamente, con derogar el segundo párrafo del artículo 1891: es necesario modificar el rótulo del artículo, quitando toda alusión a los actos posesorios, y además se requiere exceptuar expresamente de los derechos reales ejercitables por la posesión –junto con la hipoteca– a la servidumbre negativa, y así, por defecto, no habría duda alguna de que las positivas entran dentro de la normativa general de que todo derecho real tiene como contenido propio la posesión.

1. Rivera, Julio C. y otros (comisión Decreto PEN 182/2018), (anteproyecto de modificación parcial del Código Civil y Comercial elevado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), Buenos Aires, 2018. [*N. del E.*: ver nota de elevación y anteproyecto completos aquí; fuente: Revista Digital Pensamiento Civil {fuente no oficial}; última consulta: 16/12/2019].

Resta ver qué efectos tiene sobre la prescriptibilidad de la servidumbre la eliminación de los criterios clasificatorios referenciados *ut supra*. ¿Por qué? Pues porque el derogado Código disponía en el artículo 3017 que solo aquellas servidumbres que fuesen continuas y también aparentes podían adquirirse por prescripción larga (veinteañal), al tiempo que las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas aparentes o no únicamente podían establecerse por título. Por otro lado, ninguna servidumbre podía adquirirse por prescripción breve, aunque reuniese las calidades de ser aparente y continua.

Desde el año 2015 a la fecha, la doctrina mayoritaria ha admitido la usucapibilidad de la servidumbre: Highton,[2] Puerta de Chacón,[3] Urbaneja,[4] Abella y Mariani de Vidal,[5] Kiper,[6] Alterini[7] y Guardiola;[8] en tanto que otros autores han negado tal posibilidad: Pettis y Causse.[9]

Estudiada la nueva normativa con criterio finalista, el ordenamiento vigente resulta coherente: la utilidad de las clasificaciones no admitidas, a los efectos de la prescripción, es bastante cuestionable, pues, en definitiva, lo que importa es analizar la conducta del prescribiente de cualquier derecho real principal que se ejerce por la posesión de acuerdo a las pautas orientadoras del articulo 1900 CCCN. Es decir, mientras los actos posesorios concretos y determinados (posesión) que exteriorizan la servidumbre positiva sean ostensibles y continuos, el derecho real podrá adquirirse por esa vía, sin que tenga relevancia alguna si la servidumbre puede visibilizarse por signos exteriores o no o si requiere para su funcionamiento de un hecho actual del hombre o no. En esta materia deben probarse y valorarse los **actos posesorios del usucapiente** (o sus antecesores en la posesión del fundo dominante) y de ninguna manera la clase de servidumbre positiva que se ejercita, por lo que bien podría darse el caso de una servidumbre clásicamente categorizada como discontinua (de tránsito, por ejemplo) que se adquiera por prescripción cuando, verbigracia, el pretensor lograse probar que durante veinte años pasó por el predio sirviente, realizó mejoras necesarias en el camino y excluyó a terceros que intentaron obstaculizarle el paso. Lo mismo podría suceder en el supuesto de una

2. Ver Highton, 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, Nº 2012-2, p. 629 (no obstante, la autora niega que el titular de la servidumbre positiva sea poseedor, pues afirma que este solamente ejerce actos posesorios concretos y determinados).

3. Puerta de Chacón, Alicia, "Prescripción adquisitiva. Aspectos innovadores del nuevo régimen legal", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 2015-1, p. 71.

4. Urbaneja, Marcelo E., (comentario al art. 2168), 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, pp. 455 y 456.

5. Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, t. 2, Buenos Aires, Zavalía, 2016. Véase también Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, "Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. Aspectos salientes", en *Revista SJA*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 17/10/2012, p. 51 (cita online: AR/DOC/4156/2012).

6. Kiper, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 160.

7. Alterini, Jorge H., Alterini, Ignacio E. y Alterini, María E., *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2018, p. 735.

8. Guardiola, Juan J., "La usucapión en el nuevo Código", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, marzo 2016, p. 16 (cita online: AR/DOC/566/2016).

9. Causse, Federico y Pettis, Christian R., *Derechos reales* (serie "Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación", dirigida por Alberto J. Bueres), Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 69.

servidumbre inaparente de sacar agua constituida por título cuando, a pesar de no haber signos exteriores que la hicieran visible, el constituyente (por caso, un incapaz) y sus sucesores en la titularidad del inmueble sirviente hubieran conocido que el prescribiente o sus antecesores extraían agua de manera continua de su predio y aquellos consintieron dicha conducta por veinte años.

Entonces, interesa juzgar la ostensibilidad (publicidad) y continuidad de los actos posesorios sin atenerse a categorías rígidas de clasificación de la servidumbre que pueden pervertir el sistema general instaurado para el funcionamiento de la prescripción adquisitiva. La ostensibilidad implica dos cosas. Primero, que los actos posesorios deben ser ejercitados de forma tal que puedan ser conocidos de manera indubitable no solo por terceros sino fundamentalmente por los interesados directos, pues para que la posesión sea hábil para prescribir basta con su exteriorización a través de actos posesorios unívocos, tales que permitan que el propietario de la cosa pueda darse cuenta de que un tercero está ejerciendo actos que en este caso afectan la libertad de su derecho real sobre cosa total o parcialmente propia, y pueda repelerlos mediante la vía posesoria (acción de mantener) o petitoria (acción negatoria). Empero, en segundo lugar, y aunque se reconozca que la publicidad u ostensibilidad atiende principalmente al propietario usucapido, es menester que los actos posesorios también puedan ser visibilizados por terceros interesados, porque no se trata únicamente de eludir el vicio de la clandestinidad posesoria. Y he aquí lo importante para remarcar: lo ostensible o público deben ser los actos posesorios, no los signos materiales o físicos que anuncian la existencia de la servidumbre –aun cuando *prima facie* la servidumbre sea inaparente–.

Por otra parte, la continuidad alude a que los actos posesorios que debe acreditar el prescribiente lo sean a razón de intervalos normales, en función del beneficio que la cosa –y, más precisamente, el derecho real a usucapir– reporta al poseedor. Se habla entonces de posesión regular expresada en actos suficientemente reiterados y como contrapuesta a un ejercicio ocasional o poco frecuente de la posesión. Cossari,[10] citando a Gonzales Barron, expresa que la continuidad significa mantener en forma constante el control de la cosa poseída, por lo menos de modo potencial, sin que los terceros interfieran sobre este; lo cual es congruente con lo normado en nuestro artículo 1930 CCCN, presunción *iuris tantum* que facilita la prueba de la continuidad de la posesión.

Nuevamente, vale insistir en esto: no es lo mismo ejercicio continuo de la posesión que servidumbre continua, porque los puntos de vista para el análisis son diferentes. El ejercicio continuo de la posesión refiere a la actividad del poseedor, que no abandona el objeto de su relación de poder –y, al revés, la discontinuidad en la posesión acontece cuando hay una conducta omisiva del pretenso poseedor–. La servidumbre continua, en cambio, era aquella cuyo hecho constitutivo, causante o determinante de su uso o funcionamiento no estaba originado en una actuación humana sino en leyes físicas o naturales.[11] Puede advertirse la paradoja del derogado sistema: las servidumbres continuas, que no requerían del hecho actual del hombre (actos posesorios) eran

10. Cossari, Nelson G. A. (y Cossari, Leandro y otros [colabs.]), (comentario al art. 1900), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015 (1ª ed.), p. 159.

11. Gómez Corraliza, Bernardo, "Clases de servidumbres", en Linacero de la Fuente, María (dir.), *Tratado de servidumbres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 178, 182 y 183 (acceso online desde microjuris.com. Inteligencia jurídica; cita MJ-DOC-13153-AR, MJD13153, MJD13153).

prescriptibles; en cambio, las discontinuas, que sí necesitaban para su ejercicio actos posesorios, no podían adquirirse por prescripción.

Es muy acertado el CCCN, que elimina las clasificaciones de las servidumbres en aparentes/inaparentes y continuas/discontinuas y encauza todo el régimen de la prescripción adquisitiva en normas generales válidas para cualquier derecho real principal ejercitable por la posesión (arts. 1889, 1897 y 2565 CCCN). También es positivo el nuevo ordenamiento en esta materia en tanto sería perfectamente admisible la adquisición de una servidumbre por prescripción breve cuando existiere justo título y buena fe del poseedor dominante, pues no se ve razón alguna para no permitir el saneamiento de títulos insuficientes para constituir un derecho real (cualquiera sea este) por la vía de la prescripción.

Apuntando a la prescripción larga, algunos autores señalan que, para aplicarla en materia de servidumbre, es necesario que el usucapiente cuente al menos con una apariencia formal de justo título. El justificativo de tal tesitura es que no resultaría coherente haber eliminado como modos especiales de adquisición de la servidumbre aquellas que respondían a meros estados de hecho (servidumbre por destino del padre de familia y servidumbre que revive), por considerarlos contrarios a la seguridad jurídica, que exige el libre tráfico de los bienes, y admitir al mismo tiempo que una servidumbre pueda ser adquirida vía usucapión larga, sin título.[12] Otros autores consideran factible la usucapibilidad de las servidumbres por veinte años aunque no se tenga título alguno, pues no existe norma que lo prohíba,[13] opinión que se comparte.

Si bien es cierto que como modos de adquisición de la servidumbre, tanto la que opera por prescripción adquisitiva como la que renace y la que se establece por destino del padre de familia responden a estados de hecho, de "apariencia material", también lo es que, en el caso de la prescripción adquisitiva, a esa apariencia fáctica debe añadírsele el necesario transcurso del tiempo (veinte años) y la realización de actos materiales por parte del pretenso titular dominante, cuya prueba debe ser demostrativa de actos posesorios en forma constante, insospechable, clara y convincente, no bastando con que se pruebe un relativo desinterés del demandado. Por otro lado, el material probatorio debe reunir condiciones sustanciales de exactitud, precisión y claridad, tratándose aquí de una prueba compuesta resultante de la combinación o composición de elementos probatorios de distinta naturaleza (ejemplo: testimonial, documental, informativa, inspección ocular, etc.). Y, para más, los elementos probatorios deben ser analizados y valorados con suma prudencia, y los extremos acreditados deben llevar al juzgador a una certeza absoluta sobre los hechos afirmados, porque la usucapión es un instituto de orden público que configura un modo extraordinario de adquisición de un derecho real. Ninguno de estos recaudos debía tenerse en cuenta en los supuestos de la servidumbre que renace y la servidumbre por destinación del propietario: el sustento de ambas era una voluntad tácita presumida por la ley y la mera apariencia de signos materiales que manifestasen la existencia de una potencial servidumbre; es más, se originaban instantánea e inmediatamente una vez operada la enajenación de la heredad, sin requerir transcurso de tiempo alguno ni actos posesorios por parte del adquirente.

12. Puerta de Chacón, Alicia, ob. cit. (cfr. nota 3).

13. Guardiola, Juan José, ob. cit. (cfr. nota 8).

En relación con lo antedicho, se ha considerado necesario contar con apariencia de título formal para adquirir el derecho real de servidumbre, porque de lo contrario surgirían dudas y controversias en aquellos casos en que los servicios obtenidos del inmueble ajeno tienen como causa actos de buena voluntad o relaciones de vecindad.[14] La postura no parece ser insuperable, pues al titular del pretendido "fundo sirviente" (o los sucesores de este) siempre le asistirá la posibilidad de articular la acción negatoria frente a actos que atenten, sin título válido, contra el principio sentado en el artículo 1888 CCCN: se presume siempre la libertad del derecho real, estando a cargo del demandado probar la existencia del gravamen real que pretende imponer al inmueble ajeno. Por lo demás, quien se sirve de un fundo ajeno o una parte material de este en virtud de actos de mera tolerancia jurídicamente es "servidor de la posesión" del titular del predio vecino (art. 1911 CCCN); no obstante, perfectamente el beneficiario de los actos de mera tolerancia podría intervertir su título a través de actos posesorios que configuren un abuso de confianza (art. 1915 CCCN) y, en consecuencia, cambiar la causa en que apoyaba su relación de poder sobre la cosa ajena (transformándose en poseedor sin título). No caben dudas de que, en esta hipótesis, el intervertor podrá prescribir el derecho real de servidumbre.

Para meritar la justicia del criterio adoptado por el legislador del 2015, un buen ejemplo que puede conducir a la aplicación de la prescripción adquisitiva larga de cualquier clase de servidumbre positiva sería, verbigracia, el caso en que exista un contrato preliminar nulo (promesa de celebrar una futura servidumbre a título gratuito[15]) y se hayan efectivizado actos posesorios continuos y ostensibles, probados por parte del usucapiente, por un período de veinte años. Para computar el inicio del plazo de prescripción y también para ponderar los efectos de la sentencia judicial, hay que hacer una serie de distinciones. En el supuesto de la prescripción breve, se aplica el artículo 1898 CCCN, que manda computar el inicio del plazo útil de prescripción desde la fecha de inscripción del justo título en el registro inmobiliario, y los efectos de la sentencia que la admite se retrotraen a la fecha del primer uso o acto posesorio que se haga de la servidumbre. Es decir, el juez que la declara debe retrotraerse al momento en que el titular dominante comenzó a beneficiarse con la servidumbre, siempre teniendo en cuenta la presunción *iuris tantum* (facilitadora de la prueba) del artículo 1903 CCCN, que establece que la posesión comenzó en la fecha señalada en el justo título. En cambio, cuando se trata de una adquisición por prescripción larga, el dispositivo aplicable es el del artículo 1905 CCCN, por lo que el juez en su sentencia debe fijar la fecha en la cual, cumplido el plazo, se produce la adquisición de la servidumbre –implícitamente, se impone la fijación de la fecha de inicio de la posesión, pues de lo contrario se corre el riesgo de que la sentencia sea arbitraria[16]–. Los efectos de la usucapión larga no

14. Puerta de Chacón, Alicia, ob. cit. (cfr. nota 3). En idéntico sentido se expidieron las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 2019): comisión Nº 6 "Derechos reales" (*N. del E.*: ver aquí; fuente: Universidad del Litoral; última consulta: 7/2/2020).

15. Por así impedirlo los arts. 995, 1543 y 1552 CCCN: las normas de la donación se aplican subsidiariamente a todos los contratos a título gratuito (aun los preliminares), y, cuando esta tuviere por objeto cosas inmuebles, la escritura pública es una formalidad solemne absoluta.

16. En idéntico sentido, ver Causse, Federico y Pettis, Christian R., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 83.

son retroactivos, sin perjuicio de que, por el principio de la buena fe (art. 9 CCCN), el poseedor prescribiente no puede ignorar los derechos personales constituidos a favor de terceros antes de operarse la adquisición por prescripción.[17]

2. Servidumbre adquirida por prescripción: ¿es real o personal?

El CCCN no ha regulado las servidumbres en particular, simplemente ha enunciado aquellas que considera de constitución forzosa, a las que reputa reales solamente cuando se verifican las causales que autorizan su imposición coactiva (art. 2166 CCCN). Por otro lado, se ha establecido en esta materia una única presunción aplicable a todo subtipo de servidumbre (cualquiera fuere su atipicidad específica), la del artículo 2165 3º párrafo: en caso de duda, la servidumbre se presume personal. No existen ya pautas interpretativas como las de los derogados artículos 3078, 3083, 3093 y 3104, que presumían reales a las servidumbres de acueducto y de recibir aguas –que, a su vez, eran continuas y, dependiendo del caso, también aparentes; ergo, se identificaban como las únicas usucapibles– y personales a las de tránsito y sacar agua –que siempre eran discontinuas; por tanto, no susceptibles de ser usucapidas–. De este modo, el problema planteado aquí no se manifestaba en el ordenamiento derogado porque las únicas servidumbres prescriptibles se presumían reales.

Hoy, todas las servidumbres pueden adquirirse vía prescripción. Por lo tanto, cobra centralidad averiguar si, adquirida esta por un modo originario como es la prescripción, el desmembramiento del titular sirviente será más o menos intenso: de presumirse la usucapión de una servidumbre real, esta será presumida a su vez perpetua y será transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte; en cambio, de aplicarse a rajatabla la presunción del artículo 2165, la servidumbre personal usucapida será intransmisible por actos entre vivos o por causa de muerte y, a lo sumo, podría presumírsela vitalicia si el adquirente fuera persona humana.

Surgen entonces dos preguntas: adquirida una servidumbre por usucapión, ¿esta será real o personal?, ¿se aplica siempre, sin más, la regla del tercer párrafo del artículo 2165? Deben distinguirse diversas situaciones:

A) Casos de servidumbres establecidas por títulos insuficientes *(justo título, boleto de compraventa o cualquier contrato preliminar)*:

De más está aclarar que si el título insuficiente fuera un justo título, debe considerarse, en las soluciones que se mencionarán, la procedencia de ambas especies de prescripción adquisitiva (breve o larga) según se verifiquen los requisitos especiales

17. En este aspecto, es muy importante la reforma sugerida por la comisión designada por el decreto 182/2018 (cfr. nota 1), que proyecta añadir un segundo párrafo al art. 9: "Es inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, eficaz, previa y propia del mismo sujeto". En los fundamentos, los redactores precisan: "Se agrega como segundo párrafo y por su íntima vinculación con el principio de buena fe, la prohibición de ir contra los propios actos anteriores jurídicamente relevantes, en el entendimiento que ello es aplicable a todas las relaciones de derecho y no solamente a las contractuales. Este agregado ha sido propiciado por el Observatorio del Código Civil y Comercial". [*N. del E.*: ver nota de elevación y anteproyecto completos aquí; fuente: Revista Digital Pensamiento Civil {fuente no oficial}; última consulta: 16/12/2019].

previstos en los artículo 1898 o 1899 CCCN. Si, en cambio, el título material fuese un boleto de compraventa o un contrato preliminar, solo puede caber la posibilidad de usucapión larga.

1. *Servidumbre establecida por título insuficiente a favor del usucapiente*: Aquí, el prescribiente o sus sucesores universales podrán recurrir a la prescripción breve o larga según su buena o mala fe calificada al momento del ejercicio del primer uso de la servidumbre (art. 1892 CCCN). Si nada se dijo al respecto en el título causal, juega la presunción del artículo 2165: la servidumbre adquirida por usucapión será siempre **personal**, aunque se tratare de una servidumbre de acueducto o de recibir aguas, por ejemplo. Esta es la interpretación que mejor armoniza los dispositivos de los artículos 1888, 2165, 2175 y 2181 CCCN.
2. *Servidumbre establecida por título insuficiente y el inmueble "dominante"*[18] *fue transmitido a sucesores singulares*: En este supuesto, no se aplica la presunción del tercer párrafo del artículo 2165 porque si del título constitutivo de la servidumbre nada surgiera relativo a la naturaleza real o personal de esta, debe presumirse que, habiendo sido su ejercicio transmitido al sucesor singular y pudiendo este alegar actos posesorios contra el titular sirviente y/o sus antecesores en el derecho real desmembrado, la servidumbre será **real**, porque es de toda evidencia que la misma no favoreció a una persona predeterminada sino a quien ostentó, durante el transcurso del tiempo (diez o veinte años), la relación posesoria con el inmueble dominante, indeterminadamente. En este supuesto, es jurídicamente posible que el sucesor singular opte por unir su posesión a la de sus antecesores, pues, ante la duda en la interpretación del título causal, debe estarse a la transmisibilidad del derecho real (arts. 398 y 1906 CCCN); el vínculo jurídico que debe mediar entre las posesiones unidas es factible.[19]

B) Casos de servidumbres adquiridas sin título *–forzoso es aclarar que la única alternativa aquí es acudir a la prescripción larga–*:

1. *Cuando la prescripción es invocada por el sucesor particular del "titular dominante"*:[20] No cabe aquí aplicar la norma del artículo 2165 CCCN porque cuando se meriten judicialmente los actos posesorios tendientes a obtener la declaración de prescripción adquisitiva y el prescribiente hubiere optado por la

18. Se alude a titular o inmueble dominante por comodidad del lenguaje: en rigor, al no haber servidumbre válida, no hay fundo ni titular dominante hasta la adquisición de la servidumbre por prescripción.

19. Si del título constitutivo de la servidumbre (aunque insuficiente) surgiera que esta es personal, a más de que no hay dudas de la intención de las partes revelada en el acto pretendidamente constitutivo de la servidumbre, transmitido el predio dominante, no habrá servidumbre que transmitir, pues nadie puede transferir a otro un derecho real que no tiene (art. 399 CCCN). Por lo demás, la misma naturaleza de la servidumbre personal descarta toda idea de transmisión (por el principio de no inherencia al predio dominante). No podría nunca tampoco el sucesor particular unir su posesión a la de su antecesor porque faltaría el requisito del vínculo jurídico necesario para tornar operativo tal mecanismo legal (art. 1901 CCCN). Por lo tanto, en este caso, el sucesor particular prescribiente solo podrá ocurrir a la prescripción larga –sin que quepa al efecto unir posesiones– aunque su posesión estuviere apoyada en un justo título antecedente, porque por otra parte, nunca podría alegar buena fe (arts. 8 y 2172 CCCN).

20. Caben las mismas aclaraciones puntualizadas en la nota 17.

unión de posesiones (art. 1901), es claro que estos actos posesorios beneficiaron indeterminadamente a quienquiera que tuvo la posesión del inmueble dominante, en razón de esa misma posesión y no en función de un beneficio personal acordado especialmente al prescribiente o a sus antecesores –precisamente, la hipótesis parte de la falta de título causal–. Interpretar que cabría en esta hipótesis aplicar la presunción del tercer párrafo del artículo 2165 significaría tanto como desconocer la esencia y naturaleza de la servidumbre personal, que, aunque requiere siempre de la existencia de dos fundos, beneficia a **una persona determinada** por lo que es intransmisible.

2. *Cuando la prescripción sea invocada sin alegar unión de posesiones*: La hipótesis parte de que quien invoca a su favor la existencia de la servidumbre ha realizado él mismo o su causante (en el caso de los sucesores universales) actos posesorios durante veinte años. Aquí sí sería aplicable la presunción del tercer párrafo del artículo 2165 CCCN: debe presumirse que la servidumbre así adquirida será **personal**, por las mismas consideraciones hechas en el apartado A.1 (arts. 1888, 2175 y 2181 CCCN).

Del análisis efectuado en este apartado se desprende como conclusión que cabría proponer que se interprete el tercer párrafo del artículo 2165 CCCN como sigue: "En caso de duda, la servidumbre se presume personal, salvo que esta fuere adquirida por prescripción breve o larga mediando unión de posesiones".

3. Conclusiones

1. Son compartibles las opiniones autorales que interpretan que, a pesar del texto legal del artículo 1891 CCCN, la servidumbre *in patiendo* se exterioriza por la posesión, aunque no *animus domini* sino a título o con ánimo de servidumbre.
2. Respecto de las propuestas de reformas del Código Civil y Comercial de la Nación, es criticable la solución adoptada por los redactores del proyecto (comisión designada por Decreto PEN 182/2018). No bastaría, técnicamente, con derogar el segundo párrafo del artículo 1891 CCCN: es necesario modificar el rótulo del artículo, quitando toda alusión a "actos posesorios", y, además, se requiere exceptuar expresamente de los derechos reales ejercitables por la posesión –junto con la hipoteca– la servidumbre negativa, y así, por defecto, no habría duda alguna de que las positivas entran dentro de la normativa general de que todo derecho real tiene como contenido propio la posesión.
3. Es acertado el Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto no recepta las clasificaciones de la servidumbre en continua/discontinua y aparente/no aparente, pues, a los efectos prescriptivos, importa analizar la índole de los actos posesorios a la luz de los criterios sentados por el régimen general instaurado en el artículo 1900 y concordantes. No interesa, a los fines de calibrar la usucapibilidad de la servidumbre, atender a su *clase*, sino que lo continuo y ostensible debe predicarse siempre –y únicamente– acerca de los actos posesorios que exteriorizan la servidumbre positiva.

4. Es correcto interpretar que –siguiendo el régimen único y general adoptado por el título I, capítulo II del libro IV– también la servidumbre positiva puede adquirirse por prescripción breve, y esto representa un avance legislativo respecto del derogado Código.
5. La servidumbre positiva puede adquirirse por usucapión tanto si la pretensión del prescribiente se apoya en un título insuficiente cuanto si no existe título alguno que dé sustento a la pretensión del prescribiente.
6. A pesar de la literalidad del dispositivo legal, cabría proponer que se interprete el tercer párrafo del artículo 2165 CCCN como sigue: "En caso de duda, la servidumbre se presume personal, salvo que ésta fuere adquirida por prescripción breve o larga mediando unión de posesiones".

4. Bibliografía

Abella, Adriana N. y Mariani de Vidal, Marina, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, t. 2, Buenos Aires, Zavalía, 2016.

— "Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. Aspectos salientes", en *Revista SJA*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 17/10/2012 (cita online: AR/DOC/4156/2012).

Alterini, Jorge H., Alterini, Ignacio E. y Alterini, María E., *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2018.

Causse, Federico y Pettis, Christian R., *Derechos reales* (serie "Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación", dirigida por Alberto J. Bueres), Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

Cossari, Nelson G. A. (y Cossari, Leandro y otros [colabs.]), (comentario al art. 1900), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley, 2015 (1ª ed.).

Gómez Corraliza, Bernardo, "Clases de servidumbres", en Linacero de la Fuente, María (dir.), *Tratado de servidumbres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Guardiola, Juan J., "La usucapión en el nuevo Código", en *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, marzo 2016 (cita online: AR/DOC/566/2016).

Highton, 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, Nº 2012-2.

Kiper, Claudio M., *Tratado de derechos reales*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 160.

Puerta de Chacón, Alicia, "Prescripción adquisitiva. Aspectos innovadores del nuevo régimen legal", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 2015-1.

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.

Urbaneja, Marcelo E., (comentario al art. 2168), 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 documento notarial digital y su aporte frente a cuestionamientos jurídicos del documento electrónico*

Néstor D. Lamber

RESUMEN

La implementación de documento electrónico y firma digital no importa una nueva forma jurídica. La guarda se almacena en otro soporte que se rige por los mismos principios de la teoría general del documento y la prueba. La forma impuesta del acto público determina la existencia del documento público notarial digital por la labor e intervención del notario autorizante o certificante, con la equivalencia de su eficacia ejecutiva y probatoria con los instrumentos públicos notariales en soporte papel. La forma pública para los actos más trascendentes para la dimensión de la realidad y valoración del ser humano conlleva a hacer efectiva la justicia preventiva, evitando verificaciones *ex post* en el ámbito litigioso de la sede judicial. La intervención notarial en los documentos electrónicos permite la adecuada individualización del interviniente, la apreciación de su intención, discernimiento y libertad, y el carácter de su intervención, previene la legalidad del acto, coincidencia con lo realmente querido por el otorgante y promueve la advertencia propia y asesoramiento del consumidor frente a la actitud de quien le impone sus aplicaciones informáticas de negociación y captura de datos. La intervención notarial provee a la fehaciencia del dato de la realidad que ingresa a la "realidad virtual" reconstruida a partir de él; colabora a respetar los intereses y derechos subjetivos del humanos, manteniendo al ser humano y sus valores como centro y fin del derecho por sobre las imposiciones procedimental del algoritmo que podrían conculcar tales derechos y valores.

PALABRAS CLAVE

Documento electrónico; documento digital notarial; firma digital; firma electrónica; principio de equivalencia; forma; justicia preventiva; seguridad jurídica; cambio tecnológico; derecho del consumidor; derecho humano; boleto de compraventa; SAS; *smart contract*; contrato por adhesión; derecho formulario; dato seguro; domicilio virtual; domicilio electrónico.

Fechas de recepción y aceptación

20/12/2019 - 20/12/2019

* Extracto de la disertación brindada en la sesión pública de la Academia Nacional del Notariado llevada a cabo el 26 de noviembre de 2018, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la que se celebró la incorporación del escribano Néstor Daniel Lamber como miembro de número. 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.

Sr. Lamber. Hoy vamos a hablar de un tema nuevo. Muchas veces parece que estamos hablando de algo que nunca se vio, y, sin embargo, cuando empezamos a verlo con criterio jurídico, vamos a encontrar que tenemos los mismos principios jurídicos de antes. No es un gran cambio. Si bien es un cambio tecnológico, los principios son los mismos. Vamos a ir viendo cómo se van aplicando los mismos principios jurídicos de la teoría general del documento al documento electrónico y al digital; cómo estos documentos se ven sometidos a los mismos principios.

Tenemos que salir del concepto estricto de lo tecnológico, de lo industrial, para entrar a un concepto de lo jurídico y lo humano en el documento digital; concepto de lo humano que voy a repetir varias veces. Y verán que una cosa es la medida cuantitativa del número para ver un sistema algorítmico –eso es la tecnología– y otra cosa es el derecho o la seguridad jurídica, que tiene como centro al ser humano, sus valores y principios. A esto vamos a apuntar, a demostrar que, pese a que hay mucha tecnología, eso no se pierde, sigue vigente.

Sin embargo, tenemos un primer problema, con el que empezaré la charla de hoy. Umberto Eco decía en su libro póstumo que el avance tecnológico es inversamente proporcional al pensamiento mágico. ¿Qué más lejos de un científico que el pensamiento mágico? ¿Cómo una academia puede encarar un trabajo científico cuando tenemos que enfrentar mitos, dogmas que no pueden constatarse, creencias de fe? Desde los cultores de la tecnología, se nos propone una forma de pensar que todo lo nuevo es mejor, que todo lo digital es superador y que lo antiguo debe ser desechado, descartado, que es perjudicial. Esto como mito. Entonces, arrancamos del subsuelo, partimos de un principio que no se puede criticar porque, si no, somos antiguos, medievales y todo lo que se puede decir.

El pensamiento científico obliga a ser crítico, crítico de todo, aunque sea la tecnología, y a buscar las virtudes y falencias para encontrar un resultado final que tenga una consecuencia y una conducta que sea útil al ser humano. No medir, como dije recién, en número de bienes y servicios sino en cuanto a los valores del ser humano como centro de nuestro destino y nuestra labor como ciencia. Porque, en definitiva, el objeto de nuestra ciencia jurídica es la conducta humana y es el ser humano en sí. A eso apuntamos.

Éric Sadin, filósofo francés contemporáneo, quien es antisistema y analiza la tecnología y la relación con la sociedad, señala cómo los poderes políticos actuales quieren tener en su ciudad o país un *Silicon Valley*, estableciendo un ecosistema digital acrítico. No se critica, se da como está. Y este punto es el que nosotros tenemos que empezar a trabajar. Vamos a partir del concepto de que debemos criticar todo concepto que se ha hablado de lo digital, porque tenemos que darles la verdadera dimensión y alcance a estas normas.

Entrando al documento electrónico digital en sí, se presenta como algo innovador, algo que nunca existió. Sin embargo, en este punto voy a seguir a Maurizio Ferraris, filósofo teorético de la ciudad de Turín, que dice que el documento electrónico sigue el mismo reporte de la formación de todo documento, que es: guarda, interpretación y producción. Guarda del hecho o del acto en el documento. Interpretación: "recibo el hecho pero no lo puedo recibir crudo, tengo que decir qué es, qué estoy haciendo con esto". Y producción: "estoy creando el documento, documento que puede servir para la prueba en una faz o ser el título de un derecho en otra faz".

Esto se da en todos los elementos. Vamos a hacer un repaso de la historia del derecho y vamos a encontrar cómo primero la conservación de ese documento fue oral. Enseñaba López de Zavalía [1] que, en el medioevo, en las sociedades antiguas, en las sociedades bárbaras, en el imperio Romano, no había escritura, había nada más que tradición oral, y entonces se recurría a las fiestas. En un casamiento se hacía un banquete por tres días, invitaban niños para que recordaran ese lindo banquete que disfrutaron por el casamiento de tal con tal. O también situaciones menos gratas: les daban palizas para que las asociaran con el casamiento. Tenían las dos maneras. El problema era la subjetividad del narrador. Y en toda tradición oral, el hecho histórico termina en leyenda, entonces siempre se iba agrandando, se iba cambiando. En la tradición oral existía también guarda, interpretación y creación del documento. Luego vinieron también elementos físicos, fijos; por ejemplo, la piedra, que utilizaba Constantino para contar sus campañas. O símbolos, como los anillos de esponsales. Esos objetos tenían más durabilidad, tenían una fijeza que no había antes. Pero tenían por finalidad los mismos conceptos: guarda, interpretación y representación de ese hecho que se producía.

Durante dos milenios, la humanidad prácticamente optó por usar como soportes el papiro, el cuero o el papel, elementos flexibles y de cierta durabilidad. Y volvemos a tener la misma secuencia de generación, guarda, interpretación y producción del documento. En el siglo XX, aparecen nuevas tecnologías, hoy vetustas: la cinta cinematográfica, la cinta magnetofónica, el video, el *cassette* y otros elementos que rápidamente quedaron en desuso y hoy son reemplazados por el archivo electrónico o digital, que tiene una mayor versatilidad en cómo capturar el hecho y cómo representarlo. Se puede representar de diversos modos: impreso, en pantalla, en forma auditiva. Pero, en sí, es el mismo concepto: estoy guardando en un archivo digital, estoy interpretándolo cuando lo guardo y estoy produciendo. La diferencia fundamental es que en este archivo digital estamos –permítaseme la licencia– desmaterializando el hecho en puntos electrónicos, para luego –de nuevo la licencia– traducirlos a través de un traductor mecánico en papel, en una pantalla o lo que fuese. La secuencia es la misma.

De esta manera, el primer principio que tenemos que tener en cuenta del documento electrónico es que el documento electrónico y digital se rige por los mismos principios que los documentos en soporte papel. Esto quiere decir que vamos a aplicar los principios de los artículos 77 y 78 del Código Civil y Comercial y el artículo 3 de la Ley 25506 de Firma Digital, que es el principio de equivalencia funcional. Es decir: todo documento electrónico equivale a la misma función que un documento papel. Así, tenemos que un documento electrónico con firma electrónica –que no es firma para el Código Civil y Comercial– equivale a un documento particular. Tenemos un documento electrónico con firma digital, que equivale a firma, y es un instrumento privado. Tenemos instrumento electrónico con firma digital que además tiene la firma digital certificada digitalmente por un notario, que es un instrumento electrónico con firma digital y firma certificada, que es equivalente a instrumento privado con firma certificada. Dejo aquí el tema, pero voy a volver más adelante para hablar del Decreto PEN 962/2018, porque no es lo mismo un instrumento digital con firma digital que un documento digital con

1. En su *Introducción al Curso de Derecho Registral* –que dio el maestro tucumano para la Universidad Notarial Argentina–.

firma digital certificada por notario, porque la equivalencia no se cumple si yo pretendo asignarle más eficacia al que tiene firma digital sin la certificación digital correspondiente.

Por último, que es lo que vamos a abordar en esta charla, el documento digital en el cual interviene en su creación o confección un oficial público es un instrumento público digital. ¿Cuál es la diferencia entre el instrumento público digital y el instrumento público común y corriente? Ninguna, solamente el soporte. Siempre lo que caracteriza al documento público es la intervención del oficial público. Ni más ni menos que eso. Entonces, nos encontramos con que el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires tienen reglamentados folios o archivos que permiten la generación de instrumentos públicos digitales.

Hoy por hoy, en la República Argentina, se pueden crear documentos públicos digitales con plena validez jurídica y que hacen fe hacia los demás, tienen eficacia completa, fuerza ejecutoria y fuerza ejecutiva. No son un mero instrumento hecho por particulares con aplicación de firma digital; son, además, hechos por un oficial público que tiene firma digital.

Veremos más adelante que tenemos una limitación: el protocolo no puede ser electrónico todavía. Todavía… en algún momento llegará. Pero sabemos que todos los demás documentos públicos notariales, de circulación –la certificación de reproducción, la certificación de firma, el testimonio de un protocolo–, pueden ser extendidos hoy por estos medios y están operativos para poder utilizarlos.

Entonces, cuando empezamos a hablar de los instrumentos digitales, vemos que, en definitiva, el instrumento digital no es más que un nuevo vestido para lo que ya conocíamos de antes. Es el mismo documento y tiene la misma eficacia que tenía el documento anterior. Le damos un nuevo soporte pero no estamos cambiando los principios fundamentales. Por eso, no podemos decir, cuando pasamos a un documento digital, que este documento nos cambia la esencia de lo que era antes. Así vamos a encontrar que el documento tiene de por sí una forma, y en esta cuestión de forma hay que distinguir dos cosas.

Cuando la informática o la tecnología nos hablan de la forma, hablan de la forma como un componente del ser, y entonces nos dicen que el documento digital es diferente porque no requiere determinada forma o simplifica la esencia de la estructura. Si bien es cierto que el documento tiene a la forma como una parte del ser, lo que es importante y omiten los informáticos es la forma jurídica. La forma jurídica no está en el ámbito del ser, como en la filosofía, que digo ¿qué es el ser? El ser tiene, entre otras cosas, la forma, para definir en filosofía cómo es el ser. Pero en derecho, la forma se impone para generar determinados efectos jurídicos, para crear prevenciones. El mayor rigor formal es para que el destinatario tenga una alerta y entienda que si va al escribano hace un acto transcendente y que si lo hace por escrito es más importante que si lo hace oralmente. Esa forma jurídica está en el ámbito del deber ser, ámbito netamente jurídico, y esta es la forma jurídica pura, que se da no solamente para conservar sino además para asegurar y dar garantías sobre los derechos subjetivos de los particulares.

Esto es lo que olvida el informático. El informático dice: "como cumple la forma digital, ya está, verifico en ONTI, sale aprobado, estoy bien". Está bien si hablamos de la forma del ser; pero a la forma del deber ser, en lo que debe hacer la ciudadanía, en lo

que debe prevenirse porque es más importante, no le basta con la firma digital, requiere un plus, y ese plus lo tiene justamente cuando la ley impone un mayor requisito. La ley dice: "pongo la forma cuando es un acto importante; una convención matrimonial hágala por escritura pública, por documento público". Si el día de mañana tenemos protocolo electrónico, podremos hacerlo por documento público digital. Pero hoy por hoy, cualquier elemento que no sea matriz podrá ser hecho en documento público; por ejemplo, certificación de firmas digitales, certificación de reproducciones digitales, que está asegurando a la gente que tiene que tener más prevención.

La forma en realidad no es algo burocrático, algo vetusto, algo que traba negocios. La forma asegura la autonomía de la voluntad. Y en la historia del derecho hemos abandonado el derecho formulario, rígido, que se copiaba, para decir que la voluntad sea la real, asegurada por el rito. La Ley de Defensa del Consumidor nos dice en un artículo que en una venta a domicilio no basta con el consentimiento dado la primera vez; tengo una semana para confirmar mi consentimiento. Es una forma tediosa, larga, dilata el contrato, pero es necesario porque requiero dar más seguridad. La forma notarial, la forma del instrumento público, atiende a lo mismo. Esta forma sigue vigente en cada uno de los elementos trascendentes que necesitamos dar.

Debemos partir del concepto de que el documento público digital está existiendo y tiene los mismos parámetros y recaudos que el documento público notarial común y corriente en soporte papel. Importa el control de legalidad cuando es por escritura pública; importa el asesoramiento; importa la interpretación e indagación real de la voluntad. Y esa interpretación tiene un vuelco en la autoría documental, en la producción del documento, que es un documento que hace fe y que además tiene fuerza probatoria y fuerza ejecutoria, cosa que no tiene un mero instrumento privado. En definitiva, si bien nos asustamos con el documento digital, una vez que nuestros colegios han creado las herramientas, como las que hemos llamado folios digitales, y están operativas, nos hemos puesto en igualdad de condiciones para que la sociedad tenga los mismos resguardos que tenía con lo notarial. No quiere decir que lo digital deba –aunque se pretenda– sacar lo notarial, porque en definitiva debemos cuidar ciertos elementos que son exactamente los mismos.

Dentro de este esquema de cuidado de la forma, está la cuestión del Decreto 962 recientemente dictado. El artículo 3 modifica el Decreto reglamentario 2080 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal e impone la posibilidad de inscripción de boletos de compraventa, como una suerte de prehorizontalidad. Pero me interesa señalar que el artículo 3 termina diciendo que el boleto firmado con firma digital es suficiente para su toma de razón, que es equivalente al instrumento privado con firma certificada. Esto porque el artículo 2 de la Ley Registral y el artículo 80 de la Ley 24441 admiten que se pueden inscribir documentos privados cuando estén debidamente certificados por notario, juez de paz o autoridad competente. Esto es, en definitiva, lo que se ha llamado "documento auténtico", que si bien no es un documento público, se parece bastante en algunas cosas, no en todas.

¿Por qué se parece bastante? Se parece bastante en una cuestión esencial para distinguir la firma digital de la firma certificada. La firma digital, en definitiva –y voy a llegar más adelante a esto pero lo adelanto–, integra un documento que está firmado

digitalmente y permite que una firma que se pone con un certificado dado por la ONTI, que le dio a esa persona la firma digital, esté debidamente verificada a través de la autoridad certificante y que fue emitida correctamente. ¿Qué me dice esto?: que una persona que tenía en su poder las dos claves simétricas, la utilizó y presumimos que la aplicó la persona que sacó el certificado. Esa persona puede ser la misma o no. No sé si la persona que tiene la clave y cumple el procedimiento lo cumplió ella misma. Lo que me va a decir la autoridad certificante es: "alguien cumplió el procedimiento y presuponemos que es quien sacó el certificado". Si se lo robaron, si hubo abuso de confianza porque lo prestó, si lo usaron después de fallecido, si lo usó sin intención para el acto, si no tenía capacidad, todas esas cuestiones no se tienen en cuenta en la verificación de la firma digital. En cambio, cuando hablamos del documento auténtico, justamente la certificación de firma implica eso. El notario va a ver que la persona a la que le requieren la firma en ese momento tiene discernimiento y la individualiza como tal; además, que interpreta el acto que está haciendo y tiene capacidad para ese acto. Es un mero control de legalidad que, si bien no se mete en el instrumento, al menos indaga al autor y sus circunstancias personales, dando más seguridad relativa al carácter de su intervención e imputación jurídica.

Además, en lo jurídico, la Ley de Firma Digital está diciendo que el proceso de verificación que tenemos por la autoridad certificante implica la presunción de autoría, salvo prueba en contrario. En cambio, cuando el notario está tomando una firma es un acto público, bajo fe pública. No será público el documento, pero la suscripción y la acreditación son en acto público, y eso es mucho más fuerte que una mera presunción *iuris tantum*.

Esta diferencia es fundamental, porque no es lo mismo un instrumento privado con firma certificada que un instrumento privado firmado digitalmente y solamente validado en ONTI. Para que el documento digital que se pretende inscribir en el Registro (boleto de compraventa) sea equivalente a la forma papel, debe ser instrumento digital firmado digitalmente y también certificada notarialmente esa firma. Eso es equivalencia. En tanto en cuanto el Decreto 962, en su artículo 3, dice que es lo mismo una firma digital que una firma certificada, se equivoca porque está violando directamente el artículo 3 de la Ley 25506 y los artículos 287 y 288 del Código Civil y Comercial, porque no hay equivalencia. La equivalencia es entre firma certificada en papel y firma certificada digital; no firma certificada en papel contra firma digital solamente. Por eso ese artículo es ilegal.

¿Esto hace que el documento digital no sirva? No, no es que no sirva; sí, sirve, pero necesita algo más para el desarrollo. Necesita la intervención del notario, que certifica digitalmente la firma digital. Y acá empezamos con el objeto de la charla.

Estos son los elementos que debe prever el sistema. ¿Y debe preverlos por qué? Porque además los tiene. Si en la Provincia de Buenos Aires me piden reglamentar lo mismo que hicieron para Capital Federal, el boleto con firma digital debe ser certificado, y yo tengo una plataforma digital en la Provincia de Buenos Aires por la cual la persona va ante un notario, hace el requerimiento en el libro papel, voy a tener todas las acreditaciones propias de la certificación de firma y le voy a expedir un testimonio digital, y eso lo voy a mandar a inscribir. Se cumple todo lo que se desea en el trámite digital: rápido, sencillo, sin movilidad física, trasladando de una computadora a la otra.

Lo cumplo, pero tengo intervención de un notario, con una herramienta que hoy está vigente. No me pueden decir que no lo usan porque no existe. Sí, existe, lo tenemos operativo. Pueden ir mañana a la escribanía y se los puedo hacer. Son elementos que si quien reglamenta no lo quiere hacer es porque está desconociendo que están vigentes en la actualidad. Es un elemento fundamental que podemos acercar. De por sí, podemos aportar certificaciones de firmas digitales para todos esos elementos. La constitución de una persona jurídica por instrumento privado se puede hacer digital sin ningún problema; cualquier contrato asociativo, lo quieren hacer digital, con firma digital, también lo podemos certificar digitalmente.

Todos estos elementos el notariado los puede dar, y no es que estamos en contra del instrumento digital, sino que damos los elementos para proveer a su mejor desarrollo. Lo mismo que podemos hacer en papel lo podemos hacer en el documento digital. Es un primer elemento fundamental cuando hablamos del documento público digital. Estamos hablando de una certificación de firma digital, que tenemos operativa y la podemos hacer.

Lo importante de recurrir al notario es que, especialmente cuando actuamos con el mayor rigor formal –que es la escritura pública–, existe un control de legalidad, la seguridad de que no va a haber conflictos el día de mañana o de una baja cantidad de conflicto. Esto es algo que siempre se busca en el derecho, que es la justicia preventiva. El documento digital lo constato, lo verifico ante ONTI, la autoridad certificante. Ahora, además de eso, si es un documento público digital, tiene toda la intervención del notario, que le asegura una baja litigiosidad. Ahí vamos con la justicia preventiva, que es lo que nos importa.

En cuanto a la función del notario, creo que tenemos que hacer una distinción porque cometemos el error de darla por obvia entre nosotros, que es la diferencia entre el documento electrónico y el documento digital. El documento electrónico es el género: es todo archivo, por medios electrónicos, de hechos o actos, aun no firmados, que tienen un mero proceso de firma electrónica, que no tiene seguridad, y el código lo toma como instrumento particular, instrumento no firmado. Se lo tiene por escrito pero no firmado. En cambio, el documento digital es un documento que, además de ser electrónico, tiene la aplicación de una firma digital, esto es, tiene un procedimiento criptográfico de claves simétricas que permite verificar que esa firma fue puesta por quien sacó el certificado digital en su momento.

¿Cómo funciona esto? Muchos escribanos lo estamos haciendo. Solicitamos o sacamos ante la autoridad certificante nuestra firma digital, nos dan un *token*, que hoy es físico –también hay remoto en la nueva reglamentación del Estado. El *token* remoto en la Argentina es peligroso porque tiene baja seguridad. Es cierto que es seguro el *token* remoto en Europa–. El *token* físico parece un *pendrive*, pero ahí tengo la clave privada y además tengo la contraseña. Ese certificado digital es temporal, por dos años. Me lo dan, lo uso para completar un documento en PDF, le pongo la firma digital, verifico el documento con cualquier programa de verificación digital que podemos utilizar y nos quedamos muy contentos.

Dije al pasar rápidamente que el certificado digital –y aquí aparece un primer problema del documento digital– se extiende por un plazo de dos años. Entonces, ante un certificado de firma clave privada en un *token*, aplicado con el procedimiento al efecto,

luego se verifica en el dispositivo local del receptor con la descarga de la aplicación de la autoridad certificante, y uno queda muy contento porque da todo verde, todo okey, muy lindo. Ahora, a veces encontramos un certificado que sabemos que fue aplicado en un documento a verificar. Cuando hablo de certificado digital es un documento; cuando la ley de firma digital habla de certificados digitales no es un informe de ONTI sino un documento al que se le aplicó una firma digital. Aclaro esto porque a veces hablé de certificado y me estaba refiriendo al documento firmado digitalmente. Cuando tenemos un documento firmado digitalmente, cuando pasó el plazo de validez del certificado con el que se firmó, ya no aparece debidamente validado; me aparece en amarillo o rojo. ¿Por qué? Porque está diciendo que este documento que puedo certificar está convalidado con un certificado digital vencido. Cuando se venció no me renuevan el certificado, me dan uno nuevo.

Entonces, hoy por hoy, me encuentro que quiero verificar una partida del registro civil de hace un año y medio y no la puedo verificar debidamente, porque me da error de hora, me da algún error. ¿Cuál es el error? Que el que firmó la partida lo hizo hace más de un año y el certificado que tenía hace un año se venció. Entonces, ¿lo hago?, ¿pido una partida nueva?, ¿lo tengo por bueno?, ¿no lo tengo por bueno? Hay respuesta tecnológica, que es la firma digital longeva, que en España se usa hace un año. Esa firma digital longeva tiene una estructura diferente y nos permite decir que el documento de hace quince años fue hecho con un certificado de hace quince años. Eso hoy no lo tenemos. En España tampoco hay de hace quince años porque empezó hace un año, pero dentro de quince años van a poder hacerlo; nosotros hoy no.

Entonces, nos encontramos que tenemos ciertos documentos digitales que, para ser aceptados, nos obligan a tener que imprimirlos para poder hacer nuestra constancia. Ahí nuevamente está la labor del notario. En una sociedad por acciones simplificada (SAS), ¿qué mejor que sacar una copia, certificarla notarialmente, aunque sea en papel, y tenerla como resguardo? Si no, dentro de dos años se puede dificultar verificar la SAS. Y si tengo que utilizar la SAS, no me quedo con la referencia al documento digital de constitución de la Dirección de Personas Jurídicas; para guardarla en mi protocolo la imprimiré en papel. No le voy a poder decir al inspector: "este es el CVS, el código de seguridad, verifíquelo", porque dentro de un año y medio o dos va a decir que no lo puede verificar; entonces, vuelvo al viejo soporte papel mediante la impresión del documento digital que firmo y agrego al protocolo. El notario sigue siendo necesario en este tipo de cosas ante las falencias que existen muchas veces. Entonces, sumamos al desarrollo del documento electrónico. Donde el documento electrónico no llega, nosotros estamos dando garantías a la gente y seguimos siendo útiles y necesarios en ese punto.

Más allá de estos elementos que estamos dando, tenemos otro hecho importante. Vuelvo al Decreto 962 y al boleto de compraventa certificado digitalmente que se pretende inscribir en el registro. Vuelvo a la SAS, donde la persona humana interesada presenta en [la plataforma de] trámites a distancia el modelo que toma de ella para constituir una SAS, lo firma digitalmente y lo manda a al órgano de registro de personas jurídicas. En la Provincia de Buenos Aires no pasa por legales; directamente se inscribe; no tiene control de legalidad de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas. Yo le creo a la persona que firmó digitalmente en interés propio pero que puso lo que puso la primera

vez. Le creo. ¿Por qué? Porque lo dice la ley. En realidad, cuando estoy valiéndome de un documento público digital, una certificación digital hecha por notario, el notario está verificando que ese primer trámite se hizo a través de Trámites a Distancia, es el mismo contenido que estoy certificando. Y ahí tengo una actuación con dación de fe.

Y el escribano lo hace además porque es imparcial. Es una persona imparcial porque el artículo 291 del Código Civil y Comercial dice que si nosotros actuamos en interés personal o de cónyuge, conviviente o pariente en segundo grado de afinidad o cuarto de consanguinidad, el acto es nulo. ¿Por qué es nulo? Porque se presupone que yo puedo aprovechar la situación. En la SAS o en el 962, el particular que puede usar una firma digital puede aprovechar esa situación de interés personal. Si recurrimos a un escribano que certifica la firma digitalmente, esa imparcialidad da más seguridad. En esto volvemos a decir que el notario suma al desarrollo del documento electrónico digital, porque le está dando un plus que el documento de por sí no tiene. Esto creemos que es un dato importante, este concepto de imparcialidad.

Tan importante es que en la sesión del mes pasado del Consejo Académico, el consejero Pérez Lozano trajo el caso de una SAS con la intervención de tres socios mediante firma digital de uno de los socios pero con el detalle de que uno de los tres no sabía que era socio porque no había participado nunca. Entonces, la sociedad será pasible de declararse nula. Si hubiera intervenido un notario y certificado todas las firmas, tendríamos la seguridad de que intervenían todos y no tendríamos que pensar cómo arreglarlo, si tienen que firmar todos de nuevo, si no sirve de ninguna manera, si vale como una SAS unipersonal o solamente con dos socios. Todo eso lo evitamos si a este mero trámite le conferimos una certificación de firma digital con documento público que da estas garantías.

Esto me lleva a otra cuestión importante de este carácter, que es que el notario permite el ingreso de datos seguros. Es decir, el ingreso de datos que tienen que ver con el dato virtual coincide con el hecho que está representando. Porque cuando estamos hablando de esto tenemos dos elementos: la seguridad informática, que es diferente a la seguridad jurídica. La seguridad informática me dice que, aplicando un proceso tecnológico, llego a tal resultado. En cambio, la seguridad jurídica me está diciendo que yo tengo un documento que me va a asegurar el derecho subjetivo; me va a asegurar, en definitiva, los derechos que las personas expresaron querer ejercer, y me va a dar la veracidad del contenido de ese acto.

Cuando manejo lo virtual y subo un dato a internet, ese dato es la transformación de un hecho de la realidad, de un acto de la conducta humana, transformado en un dato virtual, en ese dato virtual que puede coincidir o no. ¿Cómo sé si ese dato es fidedigno, si representa realmente el dato de la realidad física? Nos dicen que con tecnología *block-chain* se arregla, porque se repite esto tantas veces que no se puede alterar. Es cierto, no se va a poder alterar, pero el refrán dice que una mentira repetida muchas veces sigue siendo una mentira. Si subo un dato falso, voy a estar seguro de que voy a tener millones de datos falsos reproducidos, y que el dato falso no se alteró, pero fue falso de origen.

La seguridad jurídica asegura que la realidad virtual reconstruida –es una representación de la realidad– coincide con la realidad. ¿Cómo aseguro esa realidad? Cuando tengo un oficial público que me está diciendo "este dato que constaté acá

coincide con la conducta humana convertida en dato virtual", ahí es cuando tengo un dato seguro: cuando puedo generar ecosistemas digitales eventuales que sean coincidentes con la realidad. Si yo empiezo a hacer realidades virtuales reconstruidas en el mundo digital pero partí de datos falsos, ¿de qué me sirve en lo jurídico? En lo jurídico me sirve que la conducta humana esté satisfecha, no que el programa esté satisfecho. La medida de la seguridad jurídica es lo humano, es el hombre, el ser humano. La medida de lo informático es el algoritmo tecnológico, es el número que estoy haciendo. Y es otro concepto importante que el notario puede sumar con respecto a este elemento, para que sea más efectivo y realmente útil y justo el dato virtual y el documento digital.

Otro tema importante está relacionado con los *smart contracts*, que son los contratos en la nube. *Smart contracts* no son contratos sino procedimientos de autoejecución de obligaciones predeterminadas. Este tipo de contrataciones o de cláusulas predispuestas, típicas del comercio, normalmente están imponiendo ciertas condiciones, determinando jurisdicciones en otros países, en determinados lugares. Cuando tengo un contrato en la nube, por ejemplo, y me fija una jurisdicción internacional, tiene un primer elemento: que lo hace porque está hablando de transferencia internacional de datos.

Yo no puedo transferir datos internacionalmente sin el consentimiento del titular o sin el permiso de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales - Decreto 1558/2001. Si yo no tengo ese permiso, no lo puedo hacer. Sin embargo, me manda a otra jurisdicción, por ejemplo a un juez de Uganda, de Tailandia, a un tribunal de mediación establecido entre un estonio, un neoyorquino y un barcelonés, lo que se les pueda ocurrir. ¿Y los derechos del consumidor? Este tipo de contratos normalmente se utilizan para la suscripción a Netflix, a contratos de telefonía móvil, para traer a través de un *trading* una compra que hice en el extranjero o dentro del propio país. Sin embargo, los artículos 37 y 36 de la Ley de Defensa del Consumidor claramente me dicen que en el tema de jurisdicción no se puede cambiar el juez natural del consumidor. ¿Cuál es el juez natural? El del domicilio del consumidor. En un contrato bancario o financiero, ¿qué domicilio corresponde? El domicilio real del consumidor. Cuando me cambian ese domicilio están violando la ley. ¿Cómo sé cuál es en un contrato digital, en la web o en la nube, donde ni siquiera hay domicilio?

Quienes asistieron a la charla que dieron Walter Schmidt y Sebastián Cosola hace unos días, hablando de domicilio virtual y domicilio electrónico, escucharon la siguiente pregunta: ¿cuál es el domicilio real, que es lo que importa para el consumidor y para asegurar la defensa en juicio y el juez natural de la causa? A veces en un contrato virtual hay dos cuentas de mail directamente, con dos contraseñas, que generan el cargo en una tarjeta de débito o de crédito, y no tengo ningún anclaje en ninguna jurisdicción más que la que pone ese contrato. Pero yo debo respetar la Ley de Defensa del Consumidor. Si obligo a que ese contrato tenga intervención notarial y se certifique la firma, se va a generar un anclaje en la jurisdicción donde el notario certifique. Cuando el notario certifique y cumpla con la identificación y los datos personales, va a dejar constancia del domicilio real del consumidor. Ahí volvemos a que en un contrato digital, el notario puede agregar un plus. ¿Cuál es el plus que le da? Defensa en juicio y juez natural. No es poca cosa. Estamos hablando de la defensa de derechos, de derecho constitucional, de los aspectos esenciales de la Declaración de Derechos del Hombre. Aquí el notario

toma relevancia, como dijo el Congreso de la Unión Internacional del Notariado en el año 1998 en Buenos Aires, porque es un ejecutor o una persona que permite y facilita el verdadero ejercicio de los derechos humanos de segunda generación.

Podría seguir hablando muchas cosas más sobre estos temas porque me apasionan, pero solamente voy a señalar dos cuestiones. El documento digital, a veces, se convierte en un caballo de Troya. La creación del documento digital está asociada a formularios, a cláusulas estandarizadas o cláusulas predispuestas. La vieja lucha de la generación de Zannoni y quienes fueron nuestros maestros contra los contratos por adhesión, con esas cláusulas generales, que se dio en el ámbito del papel, hoy por hoy se reedita a través del documento digital, donde se quiere hacer ver como algo diferente. No, es lo mismo. El contrato por adhesión es tan contrato por adhesión sea hecho en papel o en forma digital. Las condiciones generales son las mismas en papel o en forma digital o electrónica. Nuevamente, es importante marcar que el notario puede tener esta función asesora, y volvemos a decir: se puede convertir en garante de la defensa en juicio de estos derechos. En esto tenemos que volver a tomar la relevancia del notario cuando interviene en todos estos puntos. Además, en muchos casos, el notario puede asesorar para ver si conviene o no integrar o adherir o entrar en ese sistema.

Por otro lado, pese a que dicen que el derecho digital es lo moderno, a veces pienso: ¿qué más parecido al sello de un obispo de la Edad Media que un *token* en la mano con una clave? ¿Qué más parecido al derecho formulario que lo que se hace ahora con una SAS donde se impone un modelo tipo porque es más fácil? Se usa el modelo tipo porque es rápido y después se hace lo que se quiere. Ese fue el error del derecho formulario. ¿Por qué se convirtió en un límite para la libertad del hombre y la autonomía de la voluntad? Porque ponía la fórmula y no valía nada más, y el hombre hace otras cosas, porque el derecho no es estático, es dinámico, evoluciona permanentemente con la sociedad. El notario, en su función asesora y creadora de un documento que no es estático, no se repite, no es estandarizado, brinda un nuevo elemento. Lo que la historia ya demostró es que el derecho formulario no era conveniente para la autonomía de la voluntad y la naturaleza del ser humano, también nosotros podemos dar una respuesta y una garantía más, y no volver hacia atrás, hacia el derecho formulario.

Estos son algunos elementos que a primera vista son cuestionamientos jurídicos que podemos encontrar en los documentos electrónicos y los documentos digitales, pero que el notario puede dar un apoyo para su mejora. Por eso propuse en esta charla hablar del documento público digital, porque no se habla de él, parece que no existe, y sí, existe y está vigente. Y no hablamos de los cuestionamientos al documento digital, parece que todo tiene que estar bien, que no se puede criticar, pero no está bueno. No decimos que no hay que crear documentos digitales ni decimos que estamos en contra del documento electrónico y del documento digital. Decimos que nosotros como notariado podemos colaborar y dar un plus, siempre que estemos respetando la dimensión del hombre en esa intervención. A eso apuntamos en esta charla al abordar este primer aspecto. Podría continuar con la charla, pero creo que ya es suficiente. Les agradezco la compañía en este acto.

Uso de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales en la sociedad por acciones simplificada (SAS)

Gastón A. Mirkin

Pilar M. Rodríguez Acquarone

RESUMEN

La Ley 27349 le otorga a este nuevo tipo societario sociedades por acciones simplificadas (SAS) amplia flexibilidad en la redacción del instrumento constitutivo, priorizando la libertad de contratación. Esta flexibilidad ofrece la oportunidad de regular en el instrumento constitutivo de la SAS nuevos institutos que no son de uso habitual en las sociedades que no hacen oferta pública de sus títulos. En alguna medida, la rigidez de los tipos societarios bajo la Ley 19550 no hacía viable su inclusión, ya sea por contradecir el derecho positivo o por el riesgo de futuras interpretaciones judiciales en su contra. Uno de los temas que ha afectado –y hoy aún afectan– el funcionamiento de las sociedades es la tensión entre accionistas minoritarios y controlantes, que puede desembocar en largos litigios, sin resultado favorable para ninguna de las partes y menos aún para el ente societario. La pregunta obligada es: ¿qué herramientas ofrece la Ley 19550 para resolver los conflictos cuando en una sociedad cerrada (SA, SRL o SAS) hay socios minoritarios con participación porcentual poco significativa? Bajo dicha flexibilidad mencionada, incorporar en el instrumento constitutivo de la SAS el régimen de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales es una herramienta útil e innovadora. Normativamente, este régimen solo está regulado en el ámbito de la oferta pública de acciones; empero, nada obsta que sea incorporado en el instrumento constitutivo de la SAS, bajo el amparo de la libertad de contratación referida. No obstante, debe recordarse que las innovaciones que ofrece la SAS deben ser utilizarlas con prudencia, para evitar un quiebre en el balance entre el llamado orden público societario y la libertad de contratación que hoy nos ofrece este nuevo tipo societario.

PALABRAS CLAVE

Sociedades por acciones simplificadas; SAS; conflicto societario; autonomía de la voluntad societaria; declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales.

Fechas de recepción y aceptación

20/5/2019 - 3/7/2019

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Acerca de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales.* ***3.*** *La constitucionalidad de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales.* ***4.*** *La cuestión del "precio equitativo".* ***5.*** *Conclusiones.* ***6.*** *Bibliografía.*

> "La Aventura y el Orden… A mí me placen ambas disciplinas, si hay heroísmo en quien las sigue. Que una no mire demasiado a la otra; que la insolencia nueva no sea gaje del antiguo decoro, que no se ejerzan muchas artimañas a un tiempo. Grato es el gesto que en una brusca soledad resplandece; grata es la voz antigua que denuncia nuestra comunidad con los hombres y cuyo gusto (como el de cualquier amistad) es el de sentirnos iguales y aptos de esa manera para que nos perdonen, amen y sufran. Graves y eternas son las hondas trivialidades de enamorarse, de caminar, de morir".
>
> (Borges, Jorge L., "La aventura y el orden", en *El tamaño de mi esperanza*, Buenos Aires, Nepus, 1926, p. 88).

1. Introducción

En abril de 2017, la Ley 27349 de Apoyo al Capital Emprendedor creó un nuevo tipo societario, denominado sociedad por acciones simplificada (en adelante, "SAS"), que está generando cambios relevantes en el régimen societario argentino, tal como lo ha expresado la doctrina en los trabajos que se han publicado en relación con esta temática.[1] Uno de los ejes centrales de este cambio radica en dar **preponderancia a**

1. Ver, sobre el tema, entre otros: Abdala, Martín E., "Análisis del proyecto de ley de sociedad por acciones simplificada", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/2/2017 (t. 2017-A, cita online AR/DOC/265/2017); Carlino, Bernardo, "Las fronteras de la sociedad por acciones simplificada", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/7/2018 (cita online: AP/DOC/403/2018); Cracogna, Dante A., "Importante novedad en el campo societario: la sociedad por acciones simplificada (SAS)", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, Nº 285, julio-agosto 2017, cita online AR/DOC/3823/2017; Duprat, Diego A. J., "Sociedad por acciones simplificada (SAS)", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 21/4/2017 (t. 2017-B, cita online AR/DOC/1008/2017); Duprat, Diego A. J. y Hadad, Lisandro A., "Sociedades por acciones simplificadas, normas de la Inspección General de Justicia", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 28/8/2017 (t. 2017-E, cita online: AR/DOC/2265/2017); Marzorati, Osvaldo J., a) "La sociedad anónima simplificada. ¿Será una realidad?", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1/12/2016 (t. 2016-F, cita online AR/DOC/3617/2016); b) "La renovación societaria en una ley para emprendedores. La génesis de la SAS (sociedad por acciones simplificada)", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 12/5/2017, Nº 14180 (t. 272); Messina, Gabriel E. y Sánchez Herrero, Pedro, "Autonomía y eficiencia de la sociedad por acciones simplificada", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 13/6/2018 (t. 2018-C, cita online AR/DOC/1158/2018); Mirkin, Gastón A. y otros, "La sociedad por acciones simplificada (SAS) y los efectos que produce el fallecimiento de un socio dentro del plazo de vigencia de la prohibición de transferir sus acciones" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 929, 2017; Molina Sandoval, Carlos A., "Sociedad por acciones simplificada (SAS)", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 21/4/2017 (t. 2017-B, cita online AR/DOC/1012/2017); Nissen, Ricardo A., "La infracapitalización societaria, la prevención de daños y las sociedades por acciones simplificadas", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/10/2017 (t. 2017-E, cita online AR/DOC/2633/2017); Pérez Hualde, Fernando, "La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la sociedad por acciones simplificadas", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 3/11/2017 (t. 2017-F, cita online AR/DOC/2334/2017); Ragazzi, Guillermo E., "La sociedad por acciones simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, Nº 285, julio-agosto 2017, cita online AR/DOC/3916/2017;

la libertad en la contratación de los socios frente al régimen rígido de la Ley 19550 (dentro del cual se rigen los tipos societarios que más se asemejan, es decir, la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada). En la SAS, los socios pueden regular en el instrumento constitutivo, por ejemplo, lo siguiente: a) prohibición a la transferencia de acciones, hasta un máximo de diez años (prorrogable); b) que el órgano de administración y de gobierno se autoconvoque; c) que se celebren reuniones a distancia y se citen a los administradores por medios electrónicos.

En los últimos años, la relación entre socios minoritarios y controlantes ha sido uno de los temas que más ha afectado el funcionamiento de las sociedades comerciales, terminando en muchos casos en litigios que duran años y sin resultado favorable para ninguna de las partes y, menos aún, para el ente societario.

Albert Einstein dijo: "Lo importante es no dejar de hacerse preguntas".[2] En línea con su sabio consejo, planteamos la cuestión que inspira este trabajo en base a la siguiente pregunta: ¿qué herramientas nos ofrece el derecho positivo actual para resolver los conflictos que se producen cuando en una sociedad cerrada (sea SA, SRL o SAS) existen socios minoritarios, cuya participación porcentual es poco significativa, quienes suelen entorpecer el funcionamiento societario en procura de sus propios beneficios? Esto es lo que la doctrina denomina abuso del minoritario, en contrapartida con el "abuso del mayoritario.

Lamentablemente, el derecho positivo actual en materia de sociedades cerradas no ofrece una herramienta específica para resolver el problema que plantea el interrogante. Por ello, estas situaciones deben resolverse en el ámbito judicial, con los costos y tiempos que ello implica. En mérito de ello, una herramienta innovadora podría ser incorporar en el instrumento constitutivo de la SAS el régimen de la **declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales**.

En nuestro país, este régimen tuvo su génesis y, en la actualidad, solo está regulado en el ámbito de oferta pública de acciones (arts. 91 y cc. Ley 26831 de Mercado de Capitales). Empero, nada obsta que sea incorporado en el instrumento constitutivo de la SAS, amparado en la libertad de contratación que este nuevo tipo societario nos ofrece. Si bien no es de la esencia de este trabajo, entendemos que podría también utilizarse en la sociedad por acciones.

Somos de la opinión de que fue una oportunidad perdida para el legislador no haber incorporado, en las reformas a la Ley 19550 que introdujo la Ley 26994, el

---

Ramírez, Alejandro H., a) "El objeto social en la sociedad por acciones simplificada", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 18/4/2018 (t. 2018-B, cita online AR/DOC/582/2018); b) "La entidad de responsabilidad limitada de UNCITRAL y la sociedad por acciones simplificada", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 14/12/2017 (t. 2017-F, cita online AR/DOC/3003/2017); Reyes Villamizar, Francisco, *SAS. La sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Legis, 2010 (2ª ed.); Suárez, Sergio P., "La sociedad por acciones simplificada frente al universo societario", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, Nº 285 (cita online AR/DOC/3862/2017); Verón, Alberto V., "La sociedad por acciones simplificada de la ley 27349", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 11/8/2017, y en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, Nº 285 (cita online AP/DOC/592/2017); Vítolo, Daniel R., a) "La sociedad anónima simplificada (SAS), un desafío a la imaginación o una próxima realidad", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, octubre 2016; b) "La sociedad anónima simplificada (SAS)", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/10/2016 (t. 2016-E, cita online AR/DOC/3076/2016).

2. Romero, Sarah, "15 frases geniales de Albert Einstein" [online], en MuyHistoria [portal web]. [Última consulta: 20/5/2019].

régimen de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales para las sociedades que no cotizan en bolsa. Y también se desaprovechó su inclusión en la Ley 27349.[3] No obstante, la falta de inclusión expresa en la normativa no es óbice para incorporar en el instrumento constitutivo de la SAS la declaración unilateral de adquisición. Ello, con el objeto de que: (i) los controlantes estén facultados a forzar a los minoritarios a vender sus acciones y (ii) los minoritarios estén facultados a forzar a los controlantes a que compren sus acciones; en ambos casos, **a un precio equitativo**, el cual se determinará de conformidad con los mecanismos de valuación que fije el instrumento constitutivo.

Todo ello en base al marco de la libertad de contratación que rige para la sociedad por acciones simplificada.

2. Acerca de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales

El instituto de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales se encuentra regulado en el derecho bursátil argentino.[4] Es un régimen de transferencia forzosa de acciones propiedad de los accionistas minoritarios de una sociedad que cotiza sus acciones en bolsa, que puede ser decidido unilateralmente por el controlante titular de más del 95% del capital.[5] También el minoritario puede forzar al controlante a que compre sus acciones. El adquirente debe abonar un precio equitativo por acción, cuyo piso está dado normativamente.

Este instituto fue incorporado en nuestro régimen societario –únicamente en el ámbito de la oferta pública– recién en el año 2001, a través del Decreto PEN 677 ("Régimen de transparencia en el ámbito de la oferta pública de valores negociables"). Desde el año 2012, este instituto está regulado en la Ley 26831 de Mercado de Capitales.[6] Como bien lo resume Manóvil,[7] al analizar el tratamiento de este tema en

3. En el derecho comparado, este instituto se regula para las sociedades cerradas en, por ejemplo, Alemania (desde 1965), Brasil (desde 1976) y Portugal (desde 1986).

4. Para profundizar en el tema, ver: Manóvil, Rafael M., "Las participaciones residuales y el derecho de exclusión en el decreto 677/2001. Razonabilidad, constitucionalidad y crítica a un fallo de 1ª instancia", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2004-D, cita online AR/DOC/1400/2004 (comentario al fallo JN1ª Com. Nº 1, 5/11/2003, "Rodríguez, Álvaro y otros c/ Tenaris SA s/ amparo" [cita online AR/JUR/5713/2003]); Mirkin, Gastón A., "Régimen de ofertas públicas y de declaración unilateral de adquisición en la nueva ley de mercado de capitales", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/8/2013 (t. 2013-E, cita online AR/DOC/2804/2013); Van Thienen, Pablo A., "La declaración de adquisición en la sociedad anónima cotizada bajo control casi total: la 'expropiación de acciones' y la 'expulsión forzosa del accionista minoritario' (breves reflexiones a raíz del caso 'Tenaris')", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 5/3/2004 (t. 206).

5. Cuando se supera dicho 95% de control, la norma lo denomina "control casi total". (El art. 92 Ley 26831 establece: "*Control casi total.* A los efectos de lo dispuesto en el presente capítulo: a) Se entiende que se halla bajo control casi total toda sociedad anónima respecto de la cual otra persona física o jurídica, ya sea en forma directa o a través de otra u otras sociedades a su vez controladas por ella, sea titular del noventa y cinco por ciento (95%) o más del capital suscripto…").

6. Título III ("Oferta pública"), capítulo III ("Régimen de participaciones residuales"), arts. 91 al 96. (Esta ley derogó el Decreto 677/01).

7. Manóvil, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 4).

el derecho comparado, si bien es un instituto gestado en el ámbito de la oferta pública, **no es patrimonio exclusivo del ámbito bursátil**. En varios países se prevé este instituto para sociedades cerradas, donde en algunos se exige un control del 95% y otros entienden suficiente un control del 90%.[8] El artículo 91 de la Ley 26831 dispone que cuando una sociedad anónima queda sometida a control casi total, nacen simultáneamente dos derechos "casi" espejo:

a) Cualquier accionista minoritario podrá, en cualquier tiempo, intimar al controlante para que este efectúe una oferta de compra a la totalidad de los accionistas minoritarios.
b) Dentro del plazo de seis meses desde la fecha en que haya quedado bajo el control casi total, el controlante podrá emitir una declaración unilateral de voluntad de adquisición de la totalidad del capital social en poder los minoritarios.

La norma deja en evidencia que los derechos son "casi" espejo puesto que no les fija a los minoritarios un plazo para intimar al controlante, mientras que, por el contrario, el controlante solo goza de un plazo de seis meses para emitir la declaración unilateral de voluntad de adquisición.

Por su parte, el artículo 93 de la Ley 26831 dispone que cuando el controlante es intimado por un minoritario para que realice una oferta de compra a todos los accionistas minoritarios, si el controlante acepta hacerla, podrá optar por hacer una oferta pública de adquisición o por utilizar el método de la declaración de adquisición reglamentada en los artículos 94 y siguientes. Luego de sesenta días hábiles de realizada la intimación sin que el controlante efectúe una oferta pública de acciones o la declaración de adquisición, el accionista minoritario que efectuó la intimación puede demandar que se declare que sus acciones han sido adquiridas por el controlante y que el tribunal judicial o arbitral competente fije el precio equitativo.

Dijimos que la norma les otorga al controlante y a los minoritarios derechos "casi" espejo. Empero, luego de analizar las opciones del controlante si es intimado por algún minoritario, parece que el plazo de seis meses que fija el artículo 91 inciso b) es más "frágil" de lo que parece, por no decir que podría prácticamente tenerse por inexistente. Imaginemos que, luego de vencido el plazo de seis meses, un minoritario intima al controlante para que este haga una oferta de compra a la totalidad de las acciones de los minoritarios. Ante esta intimación, el artículo 93 (1º párrafo) expresamente faculta al controlante a optar por emitir una declaración unilateral de adquisición.[9]

8. A título de ejemplo, resumimos el régimen en Portugal (Manóvil, Rafael M., ob. cit. [cfr. nota 4]): "El Código de Sociedades de Portugal de 1986 legisla sobre el denominado Grupo por dominio total, en cuyo marco, cuando el controlante alcanza el 90% de participación en la sociedad controlada, los arts. 490 y concordantes otorgan un derecho recíproco a los socios o accionistas y a la sociedad dominante para vender o adquirir las participaciones o acciones minoritarias. Este sistema ha merecido elogios, incluso de algunos de los más destacados especialistas de la doctrina alemana, precisamente porque concede a los minoritarios un derecho simétrico al de la controlante".

9. Esta variante ya fue testeada ante la Comisión Nacional de Valores en el caso de Telefónica Móviles SA y no ha sido objetada. Esta sociedad lanzó una declaración unilateral de adquisición de la totalidad de las acciones de Telefónica Móviles Argentina SA el 20/7/2005, ampliamente vencido el plazo de seis meses desde que estaba bajo control casi total (dado que había informado que se hallaba bajo control casi total el 30/7/2001). De hecho, en el aviso por el cual hizo pública la decisión de emitir la declaración unilateral de adquisición, Telefónica Móviles SA expresamente mencionó que recibió una intimación de parte de un accionista de Telefónica Móviles Argentina

La ley de reforma del mercado de capitales y su decreto reglamentario,[10] si bien introdujeron modificaciones a la Ley 26831 en lo relativo al régimen de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales, no alteran lo expresado precedente en este trabajo.

Tomando en cuenta estas experiencias, en el instrumento constitutivo de la SAS se podrán prever los **mecanismos que fueran necesarios para evitar la eventual "fragilidad" de los plazos fijados** para el ejercicio de los derechos por parte del controlante y de los minoritarios. Esta cuestión fue también analizada en una ponencia donde se desarrolla con más profundidad esta temática.[11]

La normativa bursátil tampoco dio respuesta al siguiente interrogante: en el caso de que el control casi total se logró por la falta de suscripción de acciones de la sociedad por parte de los accionistas minoritarios, ¿estos están facultados para intimar al controlante a que compre sus acciones, bajo el artículo 91 de la Ley 26831? Adherimos a la opinión de Negri en cuanto a que, en base a la normativa vigente, exceptuados los casos de abuso de derecho (art. 10 Código Civil y Comercial),

> … la regla […] debería impedir a los accionistas minoritarios ejercer este "derecho a ser comprados" cuando su participación es consecuencia de su falta de ejercicio de sus derechos de suscripción preferente [y también extenderse por el] ejercicio del derecho de acrecer por parte del controlante.[12]

También compartimos el siguiente principio, que postula dicho autor:

> … el ejercicio de la OPA [oferta pública de adquisición de acciones] para la compra de participaciones residuales es inaplicable cuando la situación de "control casi total" no ha sido alcanzada a través de la compra de acciones sino a través del ejercicio de los derechos de suscripción preferente o de acrecer [del controlante].[13]

Tal posición encuentra apoyo en el artículo 92 inciso b) de la Ley 26831, al establecer que el "control casi total" ocurre en la fecha en que se perfeccionó el "acto de transmisión" de la titularidad de las acciones con las que se llega a tal situación. De dicho texto se puede inferir que la norma excluye la posibilidad de adquirir el control casi total por la vía de la suscripción de nuevas acciones, toda vez que estas no se transmiten al suscriptor, sino que se "emiten" a su favor, ya que la sociedad emisora no vende acciones.

Este vacío legal también puede ser regulado en la cláusula de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales en el instrumento constitutivo.

SA con fecha 30/11/2005. Telefónica Móviles SA elevó a escritura pública la declaración unilateral de voluntad de adquisición de la totalidad del capital social remanente en poder de terceros y, a partir de esa fecha, adquirió la totalidad del capital social remanente de Telefónica Móviles Argentina SA en poder de terceros y operó el retiro de Telefónica Móviles Argentina SA del régimen de oferta pública y de cotización de sus acciones.

10. Ley 27440 de Financiamiento Productivo (sanción: 9/5/2018; publicación en BORA: 11/5/2018); Decreto reglamentario 471/2018 (sanción: 18/5/2018; publicación en BORA: 19/5/2018).

11. Mirkin, Gastón A., "Casos de 'control casi total'. La fragilidad del plazo de seis meses para que el controlante emita una declaración unilateral de adquisición" (ponencia presentada en el 1º Congreso Argentino de Mercado de Capitales. Aspectos Jurídicos y Contables [Buenos Aires, 2008]), Buenos Aires, [s.e.], 2008.

12. Negri, Juan J., "Las ofertas públicas de adquisición obligatorias en el derecho argentino", en El Derecho, Buenos Aires, UCA, t. 198, 2002, p. 857.

13. Ibídem.

3. La constitucionalidad de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales

Durante la vigencia del Decreto 677/2001, mucho se ha debatido doctrinariamente en torno a la validez de la delegación legislativa, es decir, si el Poder Ejecutivo Nacional se excedió al incorporar en dicho decreto el instituto de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales. Recordemos que el alcance de dicho decreto fue el "régimen de transparencia en el ámbito de la oferta pública de valores negociables". La cuestión a dilucidar era si la declaración unilateral de adquisición era un instituto relacionado con la transparencia en la oferta pública. Dicho debate se cerró, afortunadamente, con el dictado de la Ley 26831, dado que este régimen ahora tiene jerarquía de ley.[14]

Si bien en su momento el debate sobre la validez se había centrado principalmente en la cuestión de la referida delegación legislativa, es interesante analizar la constitucionalidad del instituto a la luz de la protección de la propiedad que consagra el artículo 17 de la Constitución Nacional. Si bien no se pretende en este trabajo profundizar en esta cuestión, entendemos relevante mencionar la opinión de Manóvil en cuanto a que un muestrario del derecho comparado:

> … debería ser suficiente para convencer al lector de que no se está frente a una trasnochada originalidad del legislador argentino, sino ante un instituto que goza de general aceptación en países cuya estructura de respeto a los derechos individuales es, por lo menos, igual a la que brinda la Constitución Nacional argentina.[15]

No obstante, también se debe tener en cuenta a Van Thienen en cuanto a sus dudas sobre este punto al expresar que queda el interrogante de saber si el amparo promovido por los accionistas despojados de sus acciones hubiera tenido favorable acogida en los tribunales frente a un planteo basado, únicamente, en la inconstitucionalidad sustancial de la "expropiación de acciones".[16]

4. La cuestión del precio equitativo

El controlante, al emitir una declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales, **debe abonar a los minoritarios un precio equitativo por acción**. En el ámbito bursátil, el precio equitativo está regulado en el artículo 88 de la Ley 26831, en base a ciertos criterios de valuación.[17] Es relevante recordar que, como ha sucedido en el

14. Sobre esta temática ver Manóvil, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 4), y Van Thienen, Pablo A., ob. cit. (cfr. nota 4).

15. Manóvil, Rafael M., ob. cit. (cfr. nota 4).

16. Van Thienen, Pablo A., ob. cit. (cfr. nota 4).

17. Los criterios de valuación que fija el art. 88 de la Ley 26831 son: "[...] II. Precio equitativo en los otros supuestos de ofertas obligatorias. En el caso de las ofertas públicas de adquisición obligatorias en virtud de los artículos 91 y 98 se contemplarán los siguientes criterios de precio: a) El precio más elevado que el oferente o personas que actúen concertadamente con él hubieran pagado o acordado por los valores negociables objeto de la oferta durante los doce (12) meses previos a la intimación contemplada en el inciso a) del artículo 91 o la declaración unilateral contemplada en el inciso b) del artículo 91 o acuerdo de solicitud de retiro en el caso del artículo 98 de la presente

conocido caso "Atanor",[18] la aprobación de la Comisión Nacional de Valores del precio equitativo no restringe en forma alguna la potestad de los accionistas minoritarios de impugnar *a posteriori* el precio equitativo aprobado por dicho organismo por vía judicial o arbitral (art. 96 Ley 26831).

Planteamos un interrogante interesante sobre el precio equitativo: ¿debería incluir (o no) la llamada "prima de control"? Compartimos la opinión de Van Thienen en cuanto a la paradoja que se produce entre la oferta pública de adquisición obligatoria por cambio de control y la declaración unilateral de adquisición. Su planteo es el siguiente: el accionista minoritario se beneficia con una prima por la venta de su participación en las operaciones de toma de control, mientras que ese derecho le es arrebatado al minoritario frente a un negocio de concentración grupal, y más aún en el caso de una declaración unilateral de adquisición.

> Frente a un cambio de control el minoritario podría beneficiarse participando de la prima de control si vende su participación al tercero adquirente; mientras que, en el supuesto de consolidación de dicho control, el minoritario no sólo se ve compelido a desprenderse de sus acciones, sino que, además, el precio equitativo podría no reflejar el valor real de su participación.[19]

También adherimos a la idea de que

> … en un proceso de concentración empresarial, donde la participación del minoritario es de suma relevancia a los intereses grupales, el valor de dicha participación debería superar sensiblemente el precio de esas mismas acciones en una operación de venta aislada realizada en el mercado.

Por ello, el "precio equitativo" del artículo 98 de la ley 26.831, podría no ser tan "equitativo", pues no considera la "prima de control".[20]

Otra vez más, tomando como referencia estas problemáticas, se podrán incluir en el instrumento constitutivo de la SAS los criterios de valuación y los precios equitativos que los socios consideren pertinentes, pudiendo incluir la prima de control para dar mayor protección al socio minoritario sobre el cual el controlante ejerce el derecho de adquirir su participación residual.

---

ley; b) El precio promedio de los valores negociables objeto de la oferta durante el semestre inmediatamente anterior previos a la intimación contemplada en el inciso a) del artículo 91 o la declaración unilateral contemplada en el inciso b) del artículo 91 o acuerdo de solicitud de retiro en el caso del artículo 98 de la presente ley o desde la fecha en la que corresponda formular la oferta; c) El valor patrimonial de las acciones, considerándose a los fines del artículo 98 de la presente ley un balance especial de retiro de cotización; d) El valor de la compañía valuada según criterios de flujos de fondos descontados y/o indicadores aplicables a compañías o negocios comparables; y e) El valor de liquidación de la sociedad. Se establece que el precio equitativo en ningún caso podrá ser inferior al mayor de los indicados en los incisos a) y b) del presente apartado".

18. Para profundizar sobre el caso "Atanor", recomendamos ver Di Chiazza, Iván G. y Van Thienen, Pablo A., "El caso 'Atanor' y la acción de impugnación del precio equitativo en la compra de acciones mediante una OPA", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 12/8/2008, Nº 12068. También se sugiere la lectura del fallo "Atanor", en el cual se desarrolla el concepto de precio equitativo en un supuesto de declaración unilateral de adquisición (CNCom., Sala D, 3/10/2007, "Ruberto, Guillermo Miguel c/ Atanor SA" [*El Derecho*, 12/8/2008 {t. 228}; *Impuestos*, t. 2008-11, junio; *La Ley*, 23/6/2008 y 2/7/2008 {t. 2008-D, cita online AR/JUR/12058/2007} {*N. del E.*: ver completo aquí; fuente SAIJ; última consulta: 7/1/2019}]).

19. Van Thienen, Pablo A., ob. cit. (cfr. nota 4).

20. Ídem.

5. Conclusiones

Como hemos dicho, la libertad de contratación de la sociedad por acciones simplificada permite incorporar en el instrumento constitutivo nuevos institutos jurídicos para regular las necesidades de los socios.

Es enriquecedor tomar institutos de otras ramas del derecho para mejorar el funcionamiento de los negocios, como en el caso que planteamos en este trabajo: echar mano de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales que existe en el ámbito bursátil y darle uso en la sociedad por acciones simplificada como sociedad cerrada.

Otra de las ventajas de la mencionada flexibilidad que ofrece este nuevo tipo societario es poder resolver en el instrumento constitutivo ciertos vacíos legales o incluso mejoras en el funcionamiento de la declaración unilateral de adquisición de participaciones residuales, como son, por ejemplo: a) fijar el precio equitativo con mayor precisión (incluyendo eventualmente la "prima de control"); b) eliminar la "fragilidad" del plazo de seis meses del que adolece el régimen bursátil; c) aclarar si los socios minoritarios están o no facultados para intimar al controlante a que compre sus acciones (cuando el control casi total se logró por no suscribir los minoritarios nuevas acciones).

Reproducimos las mágicas palabras de Borges cuando dijo "toda aventura es norma venidera; toda actuación tiende a inevitarse en costumbre",[21] con el objeto de evidenciar que, si bien es posible calificar nuestra propuesta como "aventura", creemos firmemente que, en unos años, esta será "norma venidera" y, cuando ello suceda, habrán otras nuevas "aventuras" por descubrir.

Ya lo manifestó el mismo Borges al expresar que "graves y eternas son las hondas trivialidades de enamorarse, de caminar, de morir":[22] en el ámbito societario habrá siempre nuevas aventuras, empero, lo que no cambiará nunca para nosotros son esas trivialidades.

6. Bibliografía

Abdala, Martín E., "Análisis del proyecto de ley de sociedad por acciones simplificada", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/2/2017 (t. 2017-A, cita online AR/DOC/265/2017).

Borges, Jorge L., "La aventura y el orden", en *El tamaño de mi esperanza*, Buenos Aires, Nepus, 1926.

Carlino, Bernardo, "Las fronteras de la sociedad por acciones simplificada", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/7/2018 (cita online: AP/DOC/403/2018).

Cracogna, Dante A., "Importante novedad en el campo societario: la sociedad por acciones simplificada (SAS)", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, Nº 285, julio-agosto 2017, cita online AR/DOC/3823/2017.

Di Chiazza, Iván G. y Van Thienen, Pablo A., "El caso 'Atanor' y la acción de impugnación del precio equitativo en la compra de acciones mediante una OPA", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 12/8/2008, Nº 12068.

Duprat, Diego A. J., "Sociedad por acciones simplificada (SAS)", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 21/4/2017 (t. 2017-B, cita online AR/DOC/1008/2017).

21. Borges, Jorge L., "La aventura y el orden", en *El tamaño de mi esperanza*, Buenos Aires, Nepus, 1926, pp. 83-85.

22. Ídem, p. 88.

Duprat, Diego A. J. y Hadad, Lisandro A., "Sociedades por acciones simplificadas, normas de la Inspección General de Justicia", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 28/8/2017 (t. 2017-E, cita online: AR/DOC/2265/2017).

Manóvil, Rafael M., "Las participaciones residuales y el derecho de exclusión en el decreto 677/2001. Razonabilidad, constitucionalidad y crítica a un fallo de 1ª instancia", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2004-D, cita online AR/DOC/1400/2004 (comentario al fallo JN1ª Com. Nº 1, 5/11/2003, "Rodríguez, Álvaro y otros c/ Tenaris SA s/ amparo" [cita online AR/JUR/5713/2003]).

Marzorati, Osvaldo J., "La sociedad anónima simplificada. ¿Será una realidad?", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1/12/2016 (t. 2016-F, cita online AR/DOC/3617/2016).

— "La renovación societaria en una ley para emprendedores. La génesis de la SAS (sociedad por acciones simplificada)", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 12/5/2017, Nº 14180 (t. 272).

Messina, Gabriel E. y Sánchez Herrero, Pedro, "Autonomía y eficiencia de la sociedad por acciones simplificada", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 13/6/2018 (t. 2018-C, cita online AR/DOC/1158/2018).

Mirkin, Gastón A., "Régimen de ofertas públicas y de declaración unilateral de adquisición en la nueva ley de mercado de capitales", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 29/8/2013 (t. 2013-E, cita online AR/DOC/2804/2013).

— "Casos de 'control casi total'. La fragilidad del plazo de seis meses para que el controlante emita una declaración unilateral de adquisición" (ponencia presentada en el 1º Congreso Argentino de Mercado de Capitales. Aspectos Jurídicos y Contables [Buenos Aires, 2008]), Buenos Aires, [s.e.], 2008.

Mirkin, Gastón A. y otros, "La sociedad por acciones simplificada (SAS) y los efectos que produce el fallecimiento de un socio dentro del plazo de vigencia de la prohibición de transferir sus acciones" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 929, 2017.

Molina Sandoval, Carlos A., "Sociedad por acciones simplificada (SAS)", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 21/4/2017 (t. 2017-B, cita online AR/DOC/1012/2017).

Negri, Juan J., "Las ofertas públicas de adquisición obligatorias en el derecho argentino", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 198, 2002.

Nissen, Ricardo A., "La infracapitalización societaria, la prevención de daños y las sociedades por acciones simplificadas", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/10/2017 (t. 2017-E, cita online AR/DOC/2633/2017).

Pérez Hualde, Fernando, "La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la sociedad por acciones simplificadas", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 3/11/2017 (t. 2017-F, cita online AR/DOC/2334/2017).

Ragazzi, Guillermo E., "La sociedad por acciones simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, Nº 285, julio-agosto 2017, cita online AR/DOC/3916/2017.

Ramírez, Alejandro H., "El objeto social en la sociedad por acciones simplificada", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 18/4/2018 (t. 2018-B, cita online AR/DOC/582/2018).

— "La entidad de responsabilidad limitada de UNCITRAL y la sociedad por acciones simplificada", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 14/12/2017 (t. 2017-F, cita online AR/DOC/3003/2017).

Reyes Villamizar, Francisco, *SAS. La sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Legis, 2010 (2ª ed.).

Romero, Sarah, "15 frases geniales de Albert Einstein" [online], en MuyHistoria [portal web]. [Última consulta: 20/5/2019].

Suárez, Sergio P., "La sociedad por acciones simplificada frente al universo societario", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, Nº 285 (cita online AR/DOC/3862/2017).

Van Thienen, Pablo A., "La declaración de adquisición en la sociedad anónima cotizada bajo control casi total: la 'expropiación de acciones' y la 'expulsión forzosa del accionista minoritario' (breves reflexiones a raíz del caso 'Tenaris')", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 5/3/2004 (t. 206).

Verón, Alberto V., "La sociedad por acciones simplificada de la ley 27349", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 11/8/2017, y en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, Nº 285 (cita online AP/DOC/592/2017).

Vítolo, Daniel R., "La sociedad anónima simplificada (SAS), un desafío a la imaginación o una próxima realidad", en *Doctrina Societaria y Concursal,* Buenos Aires, Errepar, octubre 2016.

— "La sociedad anónima simplificada (SAS)", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 5/10/2016 (t. 2016-E, cita online AR/DOC/3076/2016).

El régimen jurídico de la convivencia*

Javier H. Moreyra

Karina V. Salierno

RESUMEN

Convencidos de la redefinición del concepto de familia que surge de la legislación unificada y la protección de los derechos fundamentales que impone desde la norma interpretativa del artículo 2 del Código Civil y Comercial, el presente trabajo pretende condensar la normativa de fondo que regula la nueva forma de unión entre dos personas que comparten un proyecto de vida en común sin acceder al instituto del matrimonio. Se analizan sus presupuestos configurativos y tipificantes, los efectos de su inscripción, las herramientas de protección de los miembros de la convivencia y los efectos de su cese; el régimen especial de protección de la vivienda de los convivientes y la inejecutabilidad de la vivienda que plantea el artículo 522. Se pone especial énfasis en el principio de autorregulación de los convivientes, la importancia de la formalización del pacto convivencial como forma de planificación familiar y el rol activo que el notario debe asumir en su asesoramiento y configuración. Asimismo, se analizan los efectos sucesorios del cese de la convivencia y el derecho real de habitación del conviviente supérstite. Finalmente, se analiza la situación jurídica de las convivencias no tipificadas por el artículo 510.

PALABRAS CLAVE

Uniones convivenciales; requisitos; registración; prueba de la unión convivencial; contractualización de las relaciones convivenciales; pactos de convivencia; efectos de las uniones convivenciales; protección de la vivienda familiar; asentimiento convivencial; régimen de protección de la vivienda; cese de la convivencia; muerte de los convivientes; compensación económica; atribución de la vivienda familiar por cese; atribución de la vivienda por muerte; distribución de los bienes entre los convivientes; división de condominio; simulación; enriquecimiento sin causa; sociedad de hecho; interposición de personas.

Fechas de recepción y aceptación

1/9/2019 - 10/12/2019

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Efectos de las uniones convivenciales.* ***3.*** *Régimen de protección de la vivienda.* ***3.1.*** *Régimen primario.* ***3.2.*** *El acto dispositivo otorgado sin asentimiento. Invalidez.* ***3.3*** *El régimen general de inejecutabilidad de la vivienda.* ***4.*** *Contractualización de las relaciones convivenciales.* ***4.1.*** *Forma y prueba.* ***4.2.*** *Contenido.* ***5.*** *Principio de autorregulación.* ***6.*** *Pactos convivenciales con eficacia transfronteriza.* ***7.*** *La compensación económica.* ***7.1.*** *La compensación económica no reviste el carácter de prestación alimen-*

* Edición revisada y adaptada del trabajo presentado en la XXXIII (San Carlos de Bariloche, 2018), galardonado con el Segundo Premio.

*taria. **7.2.** Compensación económica y muerte del conviviente. **8.** La adquisición legal del derecho real de habitación del conviviente supérstite. **8.1.** Plazo de vigencia. **9.** Importancia del pacto en relación a cuestiones probatorias y de resolución de conflictos. **10.** Otras convivencias. ¿Es posible su regulación? **11.** Bibliografía. **11.1.** Bibliografía complementaria.*

> "Dentro del marco del art. 14 bis de la Constitución Nacional y de los criterios legislativos imperantes en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio".
>
> (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Missart" y "Echegaray").[1]

1. Introducción

A través del tiempo, tanto en el ordenamiento positivo de nuestro país como en el derecho extranjero, se ha hecho sentir –a través de distintas manifestaciones– una clara política legislativa tendiente a la protección del matrimonio y de la familia que se organiza sobre su base[2] pero una desprotección hacia otras formas de unión familiar, sin perjuicio de los claros avances legislativos que se dieron en los últimos años.[3] El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, "CCCN") consagra el reconocimiento de la unión convivencial, basado en los principios constitucionales que inspiraron la reforma: el principio de autonomía de la voluntad para concretar un proyecto de vida común; el principio de solidaridad, que, a la luz del sistema de derechos humanos, se redefine como responsabilidad familiar; y el principio de igualdad de oportunidades entre convivientes. Estos son los principios que, en conjunto, marcan la interpretación de las normas en general y, en especial, en materia de uniones convivenciales, ya que los artículos 1 y 2 del título preliminar del CCCN marcan fuertemente el cambio de paradigma de interpretación de la norma hacia la justicia y razonabilidad, generando un sistema integrado entre lo público y lo privado.

1. CSJN, 8/3/1990, "Missart, Miguel Ángel s/ Haberes (prenatal)" (*Fallos*, 313:225 [*N. del E.*: ver aquí; fuente: CSJN; última publicación: 13/1/2020]); y 5/11/1996, "Echegaray, Marta de c/ Caja de Retiro, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal s/ Pensión policial" (*Fallos*, 319:2610 [*N. del E.*: ver aquí; fuente: CSJN; última publicación: 13/1/2020]).

2. Bossert, Gustavo, *Unión extraconyugal y matrimonio homosexual*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 1.

3. La derogada Ley 23091, en su art. 9, otorgaba el derecho a la continuación del arrendamiento por fallecimiento del locatario a quien "acredite haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar". La Ley 24241, en su art. 53 concede el beneficio de pensión por fallecimiento del jubilado o afiliado en actividad. La Ley 20744, en el art. 248, equipara a la viuda con la mujer que hubiere convivido públicamente con el trabajador fallecido, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento. La misma ley equipara la unión convivencial al matrimonio en materia de licencias por caso de muerte. La Ley 24193, en su art. 15, permite la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de transplante a la persona que, sin ser cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal con una antigüedad no menor a tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida.

La normativa reguladora de estos modelos de familia tiene como eje el reconocimiento de esta realidad y la extensión de los beneficios que el ordenamiento jurídico ha conferido a las uniones convivenciales, sin perjuicio de un férreo respeto a la libertad individual para regular sus relaciones personales y patrimoniales, por lo que la intervención del Estado en el régimen acordado será mínima.[4] Entre el reconocimiento pleno de la unión extraconyugal y el desinterés absoluto, el CCCN organiza la protección de la unión extraconyugal adoptando una postura intermedia, que gira en torno a la publicidad de las mismas a través de la registración.

Básicamente, las convivencias que no se registran y que cumplen con todos los requisitos tipificantes establecidos en la norma pueden ser reconocidas como tales y generar efectos jurídicos, a pesar de su falta de registración, siempre y cuando puedan probar su existencia por otros medios. La registración no es un requisito para la existencia o configuración de las convivencias sino para facilitar su prueba y, en algún caso, para oponibilidad a los terceros. De esta manera, vemos cómo se estructura el sistema de las uniones convivenciales sobre la base de la existencia de dos regímenes jurídicos con alcances diferenciados: uno que reúne los requisitos tipificantes establecidos por la norma y configurantes de la convivencia consagrados en los artículos 509 y 510 CCCN, al que se le reconocen los efectos establecidos en el título III del libro 2; y otro que no reúne los requisitos esenciales tipificantes para que la unión sea considerada una unión convivencial propiamente dicha, a la que se le reconocerán o no los derechos y obligaciones conforme a los institutos que se venían aplicando y desarrollando a nivel doctrinario y jurisprudencial. Luego, dentro del sistema tipificado, se distinguen los alcances de estos efectos en virtud de la registración o no de la unión convivencial, y, de este modo, encontramos las convivencias que no se registran pero que gozan de determinados efectos jurídicos y derechos consagrados en la legislación de fondo, básicamente el conjunto de normas protectorias derivadas del régimen primario que se les aplica –y que más adelante desarrollaremos– y las que acceden a la registración, a las que se les suman determinados efectos jurídicos adicionales como ser la plena prueba de su existencia, la habilitación para la celebración de pactos convivenciales que organicen su estructura personal y patrimonial con efectos frente a terceros y la posibilidad de acceder al régimen general y especial de protección de la vivienda familiar.

2. Efectos de las uniones convivenciales

La unión convivencial importa una forma familiar de dos personas que conviven, ligadas por un proyecto de vida en común, que cuenta con los caracteres que fija la ley. Es definida por la legislación unificada a través de sus requisitos esenciales tipificantes: unión "singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común" durante un período mínimo de dos años.[5]

4. Parra Lucán, María A, "Autonomía de la voluntad y derecho de familia", en AA.VV., *Autonomía de la voluntad en el derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. 1, Madrid, Consejo General del Notariado, 2012, p. 125.

5. El reconocimiento del período mínimo es retroactivo a su comienzo cuando la pareja alcance unida el término previsto para la ley.

Estas dos personas, para obtener el reconocimiento de los efectos jurídicos establecidos por la legislación de fondo, deberán ser mayores de edad, no estar unidos por vínculos de parentesco por consanguinidad en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado, ni por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta, no tener impedimento de ligamen, ni tener registrada otra convivencia de manera simultánea.

Una convivencia configurada con estos elementos puede acreditarse por cualquier medio de prueba a los efectos de gozar de los derechos y obligaciones que le establece el estatuto convivencial consagrado en le legislación de fondo. Pero si la convivencia así configurada, adicionalmente, se registra en el registro de uniones convivenciales del registro civil y capacidad de las personas de la jurisdicción que corresponda, gozará además de los beneficios del régimen de protección de la vivienda y de la posibilidad de reglar sus relaciones patrimoniales a través de contratos convivenciales con oponibilidad a terceros.

3. Régimen de protección de la vivienda

3.1. Régimen primario

El estatuto convivencial o el régimen jurídico de la convivencia, basado en los principios de autonomía de la voluntad, igualdad y libertad, reconoce como límite el conjunto de normas que se encuentran consagradas en el régimen primario.[6] La introducción de estas normas imperativas tiene su origen en la reforma de la regulación patrimonial del matrimonio en el *Code Civil* francés, operada en virtud de la Ley de 13 de julio de 1965. Con ella, se introdujo en Francia un nuevo sistema donde se les otorgaba a los esposos, como expresión del principio de autonomía privada de la voluntad, una libertad para configurar sus relaciones patrimoniales considerablemente más amplia que en las redacciones anteriores de dicho cuerpo legal. No obstante, al ser consciente de los peligros que dicha flexibilidad podía entrañar, el legislador galo introdujo una barrera infranqueable, que la doctrina designó con el nombre de "*regime primaire imperatif*". Este permitió establecer un mínimo grado de comunidad de vida entre los consortes desde una perspectiva patrimonial, en aras de conservar la esencia del negocio jurídico matrimonial.[7]

El régimen primario opera como el contrapeso a la autonomía de los convivientes y se encuentra organizado en virtud del reconocimiento de la vivienda como derecho humano fundamental y el principio de solidaridad como fundamento que liga las relaciones familiares bajo cualquier estructura. Dentro del libro II, título II del CCCN, la sección 3 estructura un capítulo denominado "Disposiciones comunes a todos los

6. Lacruz Berdejo, José L., *Elementos de derecho civil*, t. 4, Madrid, Dykinson, 2010 (4ª ed.), p. 123: "Con el nombre de régimen matrimonial primario, se conoce en la doctrina, desde hace poco tiempo y por influencia francesa, el conjunto de aquellas normas que, refiriéndose a la economía del matrimonio, se aplican a todos y cada uno de los celebrados para la disciplina del CC, y con independencia de su se rigen por un estatuto de comunidad o uno de separación…".

7. Figueroa Torres, Marta, *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura. En España, Estados Unidos y Puerto Rico*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 56.

regímenes". Allí, se establecen normas aplicables a las relaciones patrimoniales de los cónyuges casados bajo el régimen de comunidad o el régimen de separación de bienes, y se extienden a los convivientes cuyas uniones han sido regularmente constituidas e inscriptas en virtud de lo establecido por los artículos 519-522, los que remiten expresamente a las normas del régimen primario en materia matrimonial.

Este grupo de normas constituye el régimen primario[8] inderogable e irrenunciable de los convivientes y no es susceptible de ser modificado o disminuido a través de los pactos convivenciales. Se inicia en el artículo 519, que establece el deber de asistencia de los convivientes durante la convivencia. Cabe destacar que la asistencia se desarrolla en el doble aspecto, material y personal, y se exige durante la convivencia, es decir, mientras se desarrolle y esté vivo el proyecto de vida en común, por lo cual el deber de asistencia se extingue una vez cesada la convivencia. El deber de asistencia deriva del principio de solidaridad familiar, ya que los convivientes que han elaborado su plan familiar direccionado a un proyecto en común se deben mutuamente ayuda, favor, socorro y presencia. A diferencia de lo que sucede con el régimen matrimonial, en donde se distingue la asistencia de los alimentos (arts. 431 y 432), en las uniones convivenciales se establece un deber único de asistencia general, que entendemos comprende ambos aspectos, tanto la asistencia, como ayuda espiritual y apoyo mutuo, como el aspecto material y económico. El deber alimentario que surge de la convivencia se exige solo durante la efectiva convivencia donde se desarrolla el plan de vida común. Los alimentos en la unión convivencial cesan cuando finaliza la convivencia, a diferencia del matrimonio, donde el deber alimentario se reconoce durante la separación de hecho y se extiende a los reconocidos posdivorcio en situaciones de excepción (art. 434) donde se pueden fijar prestaciones alimentarias a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse y del cónyuge que no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, conforme la edad, estado de salud y capacitación y desarrollo laboral.

El artículo 520 establece que los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos en proporción a sus recursos, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas. Esta obligación tiene los mismos alcances que la establecida por el artículo 455 para el régimen matrimonial y se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de uno de los integrantes de la unión que conviva con ellos. El deber de contribución equitativo es otra de las derivaciones del principio de la solidaridad familiar e implica la necesaria contribución igualitaria de los integrantes de la unión, en atención al proyecto de vida común. Para la consideración de la contribución, se tienen en cuenta los recursos de cada integrante y se los iguala cualitativamente, independientemente de su causa, considerando que si alguno de ellos no cuenta con medios económicos debe existir ponderación material de la realización de las tareas del hogar y el cuidado de los hijos, así como está expresamente previsto para la responsabilidad parental en donde se determinan las pautas para la fijación de alimentos en el matrimonio.[9] La contribución

8. Azpiri, Jorge O., [análisis del art. 454], en Bueres, A. J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 356.

9. Faraoni, Fabián, Lloveras, Nora y Orlandi, Olga, [comentario al art. 520], en Faraoni, F., Lloveras, N. y Orlandi, O. (dirs.), *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.

que se debe es a su propio sostenimiento, al del hogar, de los hijos comunes y de los hijos no comunes conforme las pautas relacionadas. La contribución a los gastos domésticos incluye los derivados de la vivienda, de la vestimenta y del cuidado y educación de los integrantes y de sus hijos, y también incluye la prestación alimentaria entre los convivientes. Por tales motivos, ambas normas, tanto el artículo 519 como el que estamos comentando, son la base para el reconocimiento de los derechos alimentarios entre convivientes durante la convivencia.

Como contrapartida del deber de contribución a los gastos comunes, los convivientes son responsables solidariamente por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos. Esta responsabilidad solidaria es la excepción en materia de relaciones de los convivientes frente a terceros, ya que, en principio, se vinculan con una responsabilidad separada y personal, pero, con relación a este tipo de deudas que configuran la cara pasiva del principio de solidaridad familiar, la norma establece la responsabilidad solidaria frente a las deudas que tiene su causa justamente en las obligaciones derivadas del proyecto de vida común, tanto con relación al hogar como a los hijos.

El artículo 522 establece que, si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de la vivienda. La necesidad del asentimiento se traduce en un poder de protección habitacional del conviviente.[10] El concepto de disposición de los derechos sobre la vivienda es más amplio que la idea figurativa derivada de la distinción entre actos de administración y disposición, ya que abarca todo acto por el cual se comprometa la posibilidad habitacional del conviviente. Tampoco es necesario diferenciar el título que ostenta el conviviente con relación a la cosa, ya que puede estar causado en una relación real o personal.

El reconocimiento de la vivienda familiar y su protección mediante el asentimiento habitacional es el contrapeso del principio de la autonomía de la voluntad que rige en materia matrimonial, que redistribuye la justicia equitativa del derecho. La protección de la vivienda consagrada en el régimen primario es parte de un verdadero sistema tuitivo, que va más allá de la vivienda efectiva de la familia y cuenta con un amplio sustrato normativo en el derecho internacional de considerable desarrollo.[11] Asimismo, la garantía constitucional de protección de la vivienda familiar ampara no solo el derecho de los titulares de la vivienda sino también el derecho a la vivienda del que gozan quienes

10. La Ley 5/2012 de Uniones de Hecho de la Comunitat Valenciana (del 15 de octubre) regula con detalle en el art. 10 el régimen a que debe atenerse la unión de hecho formalizada en cuanto a la disposición de la vivienda habitual o de los muebles de uso ordinario. El titular necesitara en estos casos el consentimiento del conviviente no titular, o en su defecto, la autorización judicial. Además se le impone la obligación de manifestar en el documento en que formalice el acto o negocio de disposición si concurre esta circunstancia en el inmueble objeto de tráfico. En caso de que la manifestación fuera errónea o falsa se protege al adquirente de buena fe, puesto que no le perjudicara. (Téngase en cuenta que por sentencia del Tribunal Constitucional 110/2016, del 9/6/2016, se declara inconstitucional y nulo lo indicado en los arts. 6 a 14, con los efectos señalados en el fundamento jurídico Nº 10 [Ref. BOE-A-2016-6838]).

11. Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, p. 76.

aún no lo son. El concepto de vivienda es más amplio y se aplica también a aquellas viviendas familiares no tradicionales así como a las porciones de terreno, jardines, unidos a la vivienda y utilizados habitualmente con ella.[12] El derecho a una vivienda digna "obliga al Estado a procurar mediante políticas diversas que todos los hombres puedan obtener un ámbito donde vivir decorosamente, sean o no propietarios de él".[13]

Entendemos aplicable al asentimiento del conviviente los requisitos establecidos para el asentimiento conyugal anticipado que consagra el artículo 457, así como la limitación del mandato a favor del conviviente que se desprende de la aplicación extensiva del artículo 459. Y, en caso de negativa del conviviente a prestarlo, se podrá solicitar la venia judicial y el juez autorizará al titular de dominio a la realización del acto dispositivo si no se encuentra comprometido el interés familiar. La jurisprudencia delineó el concepto de interés familiar y coincide en que el mismo se ve vulnerado si el acto priva al conviviente o a sus hijos de la habitación, y la autorización solo debe conferirse cuando se reemplaza el inmueble por otro de comodidad suficiente de acuerdo al estándar de vida familiar.[14]

En lo que respecta a nuestro quehacer notarial, en materia de disposición de bienes inmuebles,

> La declaración del […] conviviente titular en el sentido de que el bien transmitido no constituye la vivienda familiar será manifestación suficiente para: 1) dar por cumplido con los requisitos de ley, 2) considerar el título inobservable desde el punto de vista de un futuro estudio de títulos.[15]

Con respecto al acto dispositivo otorgado sin asentimiento, se establece que el mismo es un acto inválido relativo, con un plazo de caducidad de la acción de seis meses de haberlo conocido y siempre que continuase la convivencia. El artículo 522 se encuentra enmarcado en el régimen primario de la convivencia, no es susceptible de ser modificado a través de una cláusula contractual y se exige siempre y cuando la unión convivencial haya adquirido emplazamiento registral en el registro de uniones convivenciales de cada Jurisdicción.

Cabe destacar que para acceder al beneficio especial de protección de la vivienda familiar a través del control dispositivo que opera vehiculizado por el asentimiento, es requisito indispensable que los integrantes hayan optado por publicitar su unión por medio de la registración respectiva, de manera que la necesidad del asentimiento conyugal es exigible únicamente en estos casos.

12. Medina, Graciela, (su intervención en Medina G. y otras, "Derecho de familia" [mesa redonda Nº 6 del «Ciclo de mesas redondas desarrollado durante 1999 en homenaje al profesor doctor Marco Aurelio Risolía. Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998» {Buenos Aires, 14/9/1999}]), en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, separata "Temas de derecho privado", v. 12, 2000, p. 137.

13. Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1986, p. 437.

14. CNCiv., Sala C, 27/5/1986 "M. J. M c/ C. de M. D. M. s/ Disolución de sociedad conyugal" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1986-IV, p. 150).

15. AA.VV., (conclusiones de la 38 Jornada Notarial Bonaerense [Bahía Blanca, 2013]), tema 1 "Matrimonio y uniones convivenciales…", subtema 4) "Del régimen de ganancias y asentimiento", punto 4.5 [*N. del E.*: ver conclusiones completas aquí; fuente: CEPBA; última consulta: 14/1/2020].

3.2. El acto dispositivo otorgado sin asentimiento. Invalidez

El acto otorgado sin asentimiento está afectado por una nulidad relativa que sólo puede ser invocada por el conviviente que debía prestar el asentimiento omitido y en cuyo interés se ha establecido. Por esa razón, este puede confirmar el acto en forma expresa o tácita, aunque para su inscripción registral necesita la forma correspondiente al acto principal, produciendo efecto retroactivo al día del acto confirmado. El vicio también puede ser subsanado por la consolidación o convalidación judicial en el caso de que se otorgue *a posteriori* la autorización supletoria del juez, sea a pedido del titular del bien o del tercer adquirente.

Con relación al efecto frente a terceros de la declaración de nulidad del acto, decimos que la buena fe del tercer adquirente del artículo 392 estaría protegida si del estudio de títulos que se realiza, el vicio no era ostensible; caso contrario, no podrá amparase en su buena fe y sufrirá también las consecuencias de la nulidad.[16] El artículo 522 establece que el conviviente que no ha prestado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto, por lo cual este será válido hasta tanto sea declarado nulo por petición del cónyuge omitido y siempre que afecte el interés familiar o habitacional comprometido. Habiéndose derogado la categoría de actos nulos y anulables, el artículo establece que el conviviente omitido "puede" demandar la nulidad, lo que nos lleva a concluir que la sentencia judicial será el elemento configurante de dicha nulidad.

En síntesis, la nulidad relativa consagrada en el artículo en estudio no puede ser declarada de oficio sino únicamente a petición de parte (art. 388). Solo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio se establece, aunque, a modo de excepción, puede ser invocada por la contraparte si es de buena fe y ha sufrido un menoscabo importante. El acto puede ser confirmado. La acción es prescriptible y renunciable y no podrá ser alegada por la parte que, careciendo de capacidad de ejercicio para el acto, haya actuado con dolo.

A diferencia de lo que sucede en materia matrimonial, en que se extiende el plazo de caducidad de la acción de nulidad por omisión de asentimiento en caso de disposición de los derechos sobre la vivienda a partir de la extinción del régimen matrimonial, el artículo 522 exige que el conviviente omitido demande la nulidad del acto siempre que continué la convivencia; es decir que, producido el cese de la convivencia, el omitido no podrá demandar la nulidad del acto. Entendemos necesaria la aplicación igualitaria en materia convivencial, ya que, al tratarse de una cuestión de protección de la vivienda familiar, y agregando que los plazos de prescripción se suspenden durante la unión convivencial, el plazo de caducidad de seis meses deberá contarse también desde el cese de la unión convivencial acaecido por cualquiera de las causas establecidas en el artículo 523. Para ello, será fundamental establecer de manera certera la fecha cierta de cese de la convivencia en caso de voluntad unilateral de los convivientes, cese de la convivencia mantenida o mutuo acuerdo, en donde los pactos convivenciales tendrán protagonismo a la hora de establecer pautas y medios de notificación fehaciente, domicilios especiales

16. CNCiv., Sala G, 26/12/1985 (*El Derecho*, t. 118, p. 435); CNCiv., Sala A, 13/12/1982 (*El Derecho*, t. 103, p. 704); C. Civ. de Tucumán, 14/5/1981 (*El Derecho*, t. 95, p. 659); CNCiv., Sala F, 31/12/1997, "Affonso, Roberto M. c/ Garrido, Carlos E. s/ Ejecución hipotecaria (elDial.com, cita AE1AC).

a los efectos de las notificaciones que se cursen y formas de resolución pacífica de controversias, sea mediante arbitraje o mediación.

3.3. El régimen general de inejecutabilidad de la vivienda

Además del régimen especial consagrado en los artículos 244 y siguientes, la legislación de fondo protege la vivienda a través del instituto de la inejecutabilidad, consagrado dentro del régimen primario. El artículo 522, al igual que el artículo 456 lo consagra para el régimen matrimonial, contiene dos normas de protección: el asentimiento en interés familiar o asentimiento habitacional y el régimen de inejecutabilidad de la vivienda por deudas contraídas por uno solo de los convivientes (párr. 3º):

> La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas **después de la inscripción** de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Con esta norma, queda completamente terminado el problema que se había planteado en razón de los intentos de consagración normativa de la inembargabilidad de la vivienda única en las jurisdicciones provinciales, tales como el artículo 58 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, la Ley 8067 de esa provincia y la Ley 14432 de la Provincia de Buenos Aires, cuya inconstitucionalidad fue reclamada en varios antecedentes jurisprudenciales.

La norma impide claramente la ejecución de la vivienda común si la deuda fue contraída después de la inscripción de la unión convivencial sin el asentimiento del otro conviviente o sin haberla contraído conjuntamente. La idea central del régimen general apunta a evitar que el endeudamiento de uno de los convivientes afecte a la familia.[17] Garantiza la conservación del centro de vida de la familia.

Como analizamos, el concepto de vivienda familiar se ha integrado con aspectos que van más allá de la edificación inmobiliaria: se trata del lugar donde reside la familia para la satisfacción de sus necesidades básicas. Sin embargo, la familia que protege la norma general todavía sigue siendo la convivencial, cuando la unión convivencial se haya inscripto; ergo, si la unión convivencial no estuviera inscripta, no goza, según la norma en estudio, de la protección de inejecutabilidad, aun cuando hayan celebrado un pacto de convivencia.[18] En este caso, para gozar de los beneficios de la inejecutabilidad y relativa inembargabilidad, los convivientes deberán optar por el régimen especial de afectación a vivienda consagrado por los artículos 244 y siguientes CCCN, ya que el artículo 246 no exige que la convivencia esté inscripta, para declarar beneficiario del régimen especial al conviviente, sin perjuicio de la mención que hace el artículo 255 con relación a la necesidad del asentimiento del conviviente en caso de desafectación del régimen, si la

17. Molina Sandoval, Carlos A., *Empresas familiares. Herramientas de planificación y profesionalización*, Buenos Aires, Erreius, 2014, p. 430.

18. Lamm, Eleonora y Molina de Juan, Mariel F., "Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 2014-3; Pellegrini, María V., "Los pactos en las uniones convivenciales", en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, Nº 70, 2015, p. 137 (cita online: AR/DOC/4968/2015).

convivencia estuviera inscripta, y la publicidad que configura dicha designación a los efectos de proceder a su desafectación de la vivienda. Por todo ello, entendemos que la desafectación del régimen de vivienda, cuando el conviviente hubiera sido declarado beneficiario, surgiendo tal calidad de la publicidad cartular del instrumento público notarial o administrativo de constitución, es suficiente para exigir el asentimiento del artículo 255 (inc. 2), aunque la unión convivencial no estuviera inscripta en el registro de uniones convivenciales, y, en caso de imposibilidad de conseguirlo y no poder acreditar el cese de la unión, se deberá recurrir a la autorización judicial.

Con respecto al inmueble, la vivienda se independiza del criterio de titularidad de un derecho real de dominio, siendo susceptibles de protección los derechos sobre la vivienda que vinculen a la persona humana con la cosa desde una relación real o personal, incluyendo los casos de dominio, condominio, usufructo, derechos nacidos de un boleto de compraventa y derechos sucesorios, entre otros.

Otro tema fundamental es que la norma no exige que la vivienda familiar haya sido adquirida por los convivientes de manera previa a la deuda. La deuda debe ser posterior a la inscripción de la unión convivencial, con independencia de la fecha de adquisición de la vivienda o las vicisitudes que esta haya experimentado a lo largo del tiempo, ya que la inejecutabilidad de la vivienda será evaluada al tiempo del incumplimiento de la obligación por parte del deudor, momento en el que se analizarán los bienes dentro de su patrimonio susceptibles de ejecución. Por otro lado, el artículo 522 (párr. 3º) no presenta el criterio de inoponibilidad en virtud del tipo de acreedor ejecutante, como sí lo contemplan las excepciones del artículo 249 en materia de régimen de protección de la vivienda. El problema se plantea con las deudas que derivan de tasas, contribuciones que gravan el inmueble, servicios, expensas comunes y obligaciones derivadas de las reformas o construcciones realizadas en la vivienda. Conforme lo expresa Medina,[19] entendemos que

> … en tales casos, el inmueble puede ser ejecutado cuando los convivientes conjuntamente han contraído la deuda, ya que indiscutiblemente ambos han prestado su asentimiento a la prestación del servicio o a la realización de la mejora, o se han beneficiado con el objeto de la tasa o contribución, o se trata de deudas que hacen al sostenimiento del hogar […] que excepcionan a la responsabilidad separada por aplicación del principio de solidaridad que consagra el artículo 521.

La aplicación del régimen de inejecutabilidad consagrado para el matrimonio en el artículo 456 *in fine*, que es idéntico al establecido en el artículo 522 para las uniones convivenciales, abrió la puerta de una intensa discusión doctrinaria y jurisprudencial sobre el conflicto de la ley en el tiempo. En un fallo reciente, en la Provincia de Córdoba, se recogió dicha discusión y la consecuente aplicación del artículo 456 a un proceso concursal "en trámite". En el fallo se discutió básicamente la aplicación o no del artículo en estudio a una situación jurídica existente y la interpretación del artículo 7 CCCN ajustada al caso particular. Al respecto, Boretto (en comentario a fallo) refiere las dos posturas existentes sobre el tema:

19. Medina, Graciela, (comentario al art. 454), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 123.

a) *No corresponde aplicar el art. 456, CCiv.yCom.*: Según esta tesis, esta norma sólo rige para las obligaciones contraídas con posterioridad al 1/8/2015. Según Roland Arazi: "La inejecutabilidad de la vivienda por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro (art. 456, Cód. Civ. y Com. de la Nación), puede afectar la seguridad jurídica si se intenta oponer esa inejecutabilidad cuando se trae de deudas contraídas por uno de los cónyuges, después de celebrado el matrimonio pero antes de la entrada en vigencia del C.C. y C.N. Si en el momento de asumida la obligación por medio de un contrato no se exigía la conformidad del cónyuge, debe continuar rigiendo la ley vigente en el momento en que se celebró dicho contrato (doc. art. 7º Cód. Civ. y Com. de la Nación)". (Caso contrario, se estaría aplicando la nueva ley con efecto retroactivo, en contra del mandato del art. 7 CCCN)".

b) *Sí corresponde aplicar el art. 456, CCiv.yCom.*: Para esta otra postura, la cuestión de la ejecutabilidad o inejecutabilidad de un bien no se vincula con la [fecha de nacimiento] de la obligación del acreedor, la que queda indudablemente regida por la ley vigente al momento de la constitución de la relación, sino con las "consecuencias" de la obligación, lo que justificaría la aplicación inmediata del novel dispositivo. Según Aída Kemelmajer: "(i) Obviamente, si el inmueble ya se subastó, el Cód. Civ. y Comercial no puede afectar una situación ya agotada. (ii) Si al momento de la entrada en vigencia no se he embargado, no será posible trabarlo con posterioridad. Como explico infra 34, el régimen de embargabilidad e inembargabilidad se rige por la ley vigente al momento de la traba. (iii) Si al 1º de agosto de 2015 el inmueble se había embargado, pero aún no se había subastado, la regla debe ser la misma, o sea, el inmueble no puede liquidarse por las siguientes razones: La cuestión no se refiere a la validez de la obligación, regida indudablemente por la ley vigente al momento de la constitución de la relación. La obligación es válida, aunque no cuente con el asentimiento del cónyuge. El problema es qué bienes del patrimonio responden por esa deuda. Esta es una cuestión relativa a las consecuencias de la obligación y, por eso, no hay razón para que no sea de aplicación inmediata. Como regla, el deudor conserva la plena administración de todos los bienes que integran el patrimonio, que puede variar sensiblemente, desde que la deuda se contrajo hasta que se ejecuta judicialmente. El embargo sobre el inmueble no implica que el acreedor tenga un derecho real sobre esa cosa; se trata de una mera medida cautelar, que responde a los principios de provisoriedad típica de este tipo de medidas. La defensa de la vivienda familiar integra el bloque de constitucionalidad. Como mínimo, ante una situación dudosa, la interpretación debe priorizar a quien tiene un derecho sobre la vivienda, por encima de quien sólo ostenta un derecho crediticio".[20]

El tribunal de alzada cordobés agregó un fundamento concursal para llegar a entender que, en el caso en análisis, la vivienda sí era ejecutable desde que entendió que la postura de Kemelmajer de Carlucci no era aplicable en los procesos como el concursal

20. Boretto, Mauricio, "Apostillas sobre la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994) a un proceso concursal iniciado con anterioridad a su entrada en vigencia", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, Nº 2017-I, cita online AR/DOC/5033/2016 (comentario al fallo C. Civ. y Com. de 2ª Nom. de Córdoba, 11/11/2016, "Oviedo, José Ramón s/ Quiebra pedida simple s/ Recurso de apelación" [ídem, cita online AR/JUR/76558/2016]). Allí se cita a: Arazi, Roland, "Aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones existentes y a los procesos en trámite en el derecho de familia", *Revista de Derecho Procesal*, 2015-2, p. 31; y a Kemelmajer De Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte. Análisis de doctrina y jurisprudencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, pp. 136 y ss. (Lo comentado entre paréntesis al final del punto a] nos pertenece).

o quebratorio en donde existe desapoderamiento de los bienes del deudor ordenado con anterioridad a la vigencia del CCCN. La cuestión se vuelve compleja a la hora de decidir la cuestión ya que salen a la luz dos intereses contrapuestos, el derecho al cobro del acreedor y el derecho a la vivienda del deudor.

Saux expresó:

> … la decisión final del intérprete debe propender a no atenerse a soluciones radicales, buscando la conciliación. La más eficaz manera de intentarla es mediante el juicio de ponderación (que admite sacrificios parciales de unos a favor de los otros en base a pautas de la obtención de la menor dañosidad en el resultado final), complementado por el de las previsiones, que implica que el juzgador debe evaluar los alcances reales que más allá del caso juzgado proyecte su decisión en otros ámbitos, tanto relacionados con procesos futuros como con secuelas económicas y sociales, consideraciones de rango axiológico que tampoco pueden ser dejadas de tener en cuenta, toda vez que "el juzgador que no mide los efectos de lo decidido en cuanto al caso concreto, las secuencias posteriores o el impacto del fallo en otros pronunciamientos, consuma una interpretación descalificable por imprevisora"… [21]

Otro precedente jurisprudencial, en la Provincia de Chubut, trató el tema en estudio en el marco de una ejecución de sentencia ejecutiva de un pagaré. En el caso, un matrimonio y su hijo promueven un incidente de nulidad de la subasta que había liquidado la vivienda familiar, con fundamento en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos. En primera instancia, se rechaza la acción por falta de legitimación por una cuestión de derecho transitorio y criterio de aplicación del artículo 7 CCCN. El incidentista recurre el decisorio de primera instancia y la cámara de apelaciones revoca el fallo, declarando su carácter de vivienda familiar y que no se configuran las excepciones del artículo 456 (párr. 2º):

> En este marco legal y fáctico, no cabe sino concluir que se acreditó en autos que el inmueble sujeto a ejecución parcial, constituye la vivienda familiar y que la deuda fue contraída por uno de los cónyuges sin el asentimiento del restante, de tal modo que resultan inaplicables al caso las excepciones que prevé la regla. Por ello, se adelanta que el inmueble en cuestión era inejecutable al tiempo de realizarse su subasta y en consecuencia procede declarar la nulidad de la misma.
>
> La injerencia estatal que limita la disponibilidad de la vivienda familiar, afectando la autonomía de la voluntad del cónyuge titular del bien encuentra justificación indiscutible en el principio de solidaridad, colocando a la vivienda familiar –y a los enseres que la componen– en un lugar central por su implicancia para las personas que integran la familia. La protección jurídica de la vivienda que emana de dicha norma comprende el derecho "a la vivienda", que es un derecho fundamental de la persona, nacido de la vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable suficiente para desarrollar su personalidad, reconocido en los arts. 17 de la Const. Nac., 20 de la Const. Prov., además de la inembargabilidad del bien de familia que consagra el art. 25 y el reconocimiento de derechos no enumerados en su texto pero que corresponden al hombre en su calidad de tal como individuo y como integrante de la sociedad.

21. Saux, Edgardo I., "Conflicto entre derechos fundamentales", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2004-A (cita online AR/DOC/11715/2003) (con cita de Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1989 [2ª ed.], p. 370).

> Asimismo, los tratados internacionales de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Const. Nac.) abonan la decisión que aquí se adopta.[22]

La Cámara, luego de citar los tratados internacionales que reconocen el derecho a la propiedad y a la vivienda con carácter operativo, concluye que la protección de la vivienda familiar es una regla de orden público, de manera tal que, para el derecho de familia, las relaciones jurídico-familiares se rigen por las normas de orden público o normas imperativas, y la excepción son las normas que establecen la libertad de pactar o las supletorias. Así, particularmente enfatizó que los objetivos y pautas que regulan el derecho de familia prevalecen sobre las normas procesales, por lo cual entiende irrelevante el análisis o consideración de la extemporaneidad del planteo de la nulidad de la subasta y, en consecuencia, le hace lugar.

4. Contractualización de las relaciones convivenciales

En ejercicio del principio de autonomía de voluntad que rige la materia convivencial, los integrantes de la unión tienen la libertad de pactar sobre aspectos personales y patrimoniales de ella. El derecho a pactar o no pactar tiene que ver con la voluntad de los integrantes de la unión de preestablecer mecanismos de solución de las controversias que se pueden suscitar durante la convivencia y, más aún, en caso de cese.

Los precedentes jurisprudenciales demuestran que, pese a la pretendida voluntad de los integrantes de la unión de vivir al margen de la norma, la ruptura hace nacer una intensa demanda por el reconocimiento de los derechos y obligaciones derivadas de la convivencia. Los pactos convivenciales son la primera fuente de regulación de la convivencia y buscan solucionar los problemas que ocurren, precisamente, cuando las partes no autorregulan las consecuencias de su relación. Los pactos convivenciales son acuerdos que constituyen una manifestación del libre ejercicio de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida expresamente por el artículo 514 CCCN, que establece una enumeración ejemplificativa de los posibles objetos susceptibles de regulación a través de estos contratos y con las limitaciones basadas en la protección del orden público, el estatuto legal forzoso de la vivienda familiar, el principio de igualdad de los convivientes y la afectación de los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión. En caso de optar por no regular los efectos personales y patrimoniales de la convivencia, sus relaciones se regirán subsidiariamente por las normas del título III, libro 2 del Código.

El entramado normativo que permite dotar de contenido particular a cada pacto convivencial se justifica por el principio de autorregulación y la libertad de otorgamiento, que se refiere a la facultad de decidir el contenido más o menos amplio y más o menos típico de esos pactos. Les corresponde a los convivientes determinar el contenido que resulte más recomendable para la cobertura de sus intereses y considerar la pertinencia de incluir extremos o circunstancias que consideren oportuno pacta.

22. C.Apel. de Trelew, Sala B, 11/12/2015, "P. C. SA c/ R., G. D. y otro s/ Ejecutivo" (*Derecho de Familia y de las Personas*, julio 2016; *La Ley Patagonia*, agosto 2016 [*N. del E.*: ver completo aquí; fuente: SAIJ; última consulta: 15/1/2020]).

La ley les otorga a los convivientes la oportunidad única de autoregularse, pero, en defecto de pacto, se establece un entramado normativo supletorio basado en el régimen de separación de bienes, que coexiste con el régimen primario, el respeto por los derechos fundamentales de los convivientes, la atribución de la vivienda familiar, la compensación económica y el derecho real de habitación de conviviente supérstite.

4.1. Forma y prueba

Los pactos deben celebrarse por escrito y pueden ser formalizados en instrumento público o privado. Sin perjuicio del principio de libertad de formas que rige la materia, los beneficios de la escritura pública son innegables en este caso de primacía de la autonomía de la voluntad y de la necesidad del debido y cabal asesoramiento profesional, para lograr el consentimiento informado de cada uno de los integrantes de la unión.

Estos deberán asumir las consecuencias que se derivan de la delimitación de su propio estatuto convivencial, que regirá durante toda la vida de la convivencia y será la herramienta de solución de conflictos en caso de cese de la convivencia, no solo entre ellos sino también, y especialmente, frente a terceros. No solo la fecha cierta, que también podrá ser establecida a través de la certificación de las firmas estampadas en instrumento privado, sino principalmente su matricidad, considerando que el cambio de las circunstancias que dieron origen al pacto puede derivar en la necesidad de su modificación o rescisión y la consecuente e imperiosa vocación registral de estos documentos cuando regulen la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común en caso de ruptura o la necesidad del asentimiento convivencial para la disposición de determinada clase de bienes.

4.2. Contenido

La libertad de autorregulación es amplia, y, como vimos, el artículo 514 CCCN solo enuncia algunas cuestiones sobre las cuales los convivientes pueden contratar, con el límite establecido por el régimen primario en relación al deber de asistencia, contribución a los gastos del hogar y responsabilidad frente a terceros. Con relación al régimen de protección de la vivienda, en aquellas convivencias inscriptas, no podrán pactar sobre el asentimiento convivencial en contra de lo establecido por el artículo 522.

Al operar como piso mínimo, estas normas pueden ser modificadas, otorgando mayores derechos y obligaciones.

4.2.1. Contribución a las cargas del hogar durante la convivencia

Con respecto a los aportes que hagan para el desarrollo del plan común en el hogar, los convivientes pueden pactar la forma de contribuir a los gastos comunes, estipulando el pago de determinados servicios, o la asunción de cargas por partes iguales, o en porcentajes diferenciados o solo uno de ellos. También podrán pactar cuestiones atinentes a la responsabilidad parental, con las limitaciones derivadas del régimen especial, la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de cese por un plazo mayor al establecido por el artículo 526, y por supuesto la distribución de los bienes en caso de cese.

4.2.2. Atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura

En toda crisis de pareja, la vivienda familiar se configura en un bien afectado al servicio de la familia, y se analizará en cada caso particular quién seguirá ocupando la vivienda familiar o, en su caso, qué determinación se tomará respecto de la misma. La fuente reguladora de estos efectos es el pacto, bajo el cual, y por el amparo de la autonomía de la voluntad, los convivientes podrán regular ciertos aspectos de sus relaciones futuras y el régimen que se aplicará a las relaciones con los hijos. En consecuencia, los convivientes pueden decidir, a través del pacto convivencial, cuál de ellos continuará en el uso de la vivienda familiar. Uno de los reclamos judiciales más repetidos ha sido, sin lugar a dudas, la atribución del hogar común en caso de ruptura. Por eso, es uno de los objetos posibles de regulación que nos brinda la figura.

La existencia de pacto es, justamente, el título jurídico que legitima el uso y disfrute de la vivienda por el conviviente no titular, pues, en principio, son los integrantes de la unión quienes mejor conocen la realidad íntima de sus familias y pueden adoptar las soluciones más adecuadas a su nueva situación, por lo que, salvo que el interés familiar esté seriamente comprometido, la petición judicial con base en el artículo 526 opera solo en subsidio. A falta de pacto, como en caso de desacuerdo, la atribución del uso de la vivienda familiar será cuestión de contienda judicial. Tanto el pacto como la resolución judicial que atribuya el uso pueden ser modificados en virtud de las diferentes vicisitudes que se dan a lo largo de la vida familiar.

Es importante destacar que el uso de la vivienda queda afectado al interés familiar, independientemente de quién sea el propietario de la misma. Este principio refleja un propósito asistencial en beneficio de la familia, aun sin la existencia de hijos menores o aunque los mismos sean mayores o se hubieran independizado, si el conviviente acredita extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. Se reconoce teniendo en cuenta circunstancias que evidencian una mayor necesidad de protección respecto del otro conviviente, basadas en el reconocimiento del derecho superior del niño y en el derecho humano a la vivienda.

No se incluye el estado de salud y edad del conviviente como causa de atribución, como sí lo contempla el artículo 443, pero entendemos que los supuestos de la norma matrimonial pueden ser base orientadora ya que será el juez quien analice las circunstancias que rodean cada caso particular y justifican el pedido de atribución. El derecho de atribución del uso, en caso de falta de pacto, solo se extiende por un período de dos años, a contarse desde el cese de la convivencia, y cesa por las mismas causales establecidas en el artículo 445 para el matrimonio: a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez; b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación; c) por las mismas causas de indignidad previstas en el artículo 2281 CCCN.

Para la atribución del uso de la vivienda, el juez puede establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se le atribuye la vivienda. Esta opción puede ser regulada también en el pacto convivencial, estableciendo forma y lugar de pago y consecuencias de incumplimiento. El juez puede establecer la necesidad de acuerdo expreso de ambos convivientes para la disposición de la vivienda o el pacto de indivisión para el caso de condominio, conforme a los artículos 1999 y 2000. Esta materia también es susceptible de regulación contractual por voluntad de los

convivientes. En caso de inmuebles alquilados, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar la locación hasta el vencimiento del contrato, en los términos del artículo 1190 y con los alcances de los artículos 1208-1210.

4.2.3. Atribución del uso de la vivienda familiar al conviviente que tiene hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad

Puede darse el caso de la atribución judicial de la vivienda familiar al conviviente que tiene a su cargo hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, y, conforme al artículo 526, el juez deberá fijar el plazo de la atribución, que no puede exceder de dos años, a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a las causales del artículo 523. En primer lugar, entendemos que el plazo de dos años establecido en este caso resulta contrario a la finalidad que busca la norma al reconocerle al conviviente la atribución del derecho humano a la vivienda causado en la existencia de menores, discapacitados o con capacidad restringida, ya que, más allá de los derechos del conviviente, la norma tutela la familia y la vivienda con núcleo de desarrollo de los integrantes de la mismas, por lo cual, en estos casos, será el juez quien, en definitiva, establezca el plazo de atribución, que podrá exceder, sin lugar a dudas, el máximo establecido por la norma. Asimismo, existen circunstancias que impiden la tutela en el plazo que marca la norma, ya que este deberá contarse desde el cese de la convivencia, hecho que puede desdibujarse cuando estamos frente a un cese unilateral o bien un cese por ruptura de la vida común. A este respecto, el Congreso Internacional del Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia (Mendoza, 2018) ha expresado:

> A. En virtud de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2º inc. 2), los arts. 2, 558 párrafo segundo y 659 del código civil y comercial corresponde interpretar que el límite de dos años previsto en el art. 526 no rige cuando la vivienda se atribuye al ex conviviente que tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad.
> B. Se reputa inconstitucional el plazo de dos años establecido respecto del inc. a) del art. 526 por considerarlo discriminatorio respecto de los hijos matrimoniales –frente a los cuales no se computan plazos– y de los habidos en unión convivencial.[23]

4.2.4. ¿Qué clase de derecho ostenta el titular del derecho de uso de la vivienda familiar?

Cuando el uso del inmueble que ha constituido la vivienda familiar se atribuye, ya sea por pacto convivencial o por resolución judicial, a quien resulta ser titular del inmueble, al coincidir las titularidades, el análisis de la cuestión carece de sentido. Sin embargo, cuando la vivienda pertenece al conviviente que no resulta ser el titular del dominio, cabe preguntarnos cuál es la naturaleza jurídica del derecho que ostenta el usuario. Esta

23. AA.VV., (conclusiones del Congreso Internacional del Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia [Mendoza, 2018]), comisión 5 "Protección de la vivienda. Afectación. Crisis familiares y vivienda. Niños adultos y mayores".

cuestión genera una división doctrinaria tanto en el derecho comparado como en el nacional.

La doctrina española se encuentra dividida y, para la mayor, parte se trata de un derecho real. Para Lacruz Berdejo, este derecho no se subsume ni en la categoría de derecho real ni en la de derecho personal, por lo que hay que recurrir a una categoría *sui generis*.[24] Para Serrano Alonso, la atribución del uso no altera la situación jurídica del titular, ya que únicamente se le priva de la facultad de utilizar el inmueble. El no titular adquiere la facultad de ocuparlo durante un tiempo y con las condiciones estipuladas en el pacto convivencial o en la resolución judicial que le atribuyó el derecho de uso.[25] Según Roca Trías, la atribución de la vivienda familiar a uno de los convivientes no crea un derecho nuevo, sea real o personal, a favor del cónyuge no titular, sino que se sustituye la posesión compartida por la posesión en exclusiva.[26]

Dentro de la doctrina argentina, y circunscripta al caso de la atribución del derecho de uso de la vivienda al excónyuge en caso de divorcio (en los términos del art. 443), Kemelmajer de Carlucci sostiene:

> La atribución de la vivienda sobre un inmueble no ganancial no tiene naturaleza real […] por eso, el derecho puede hacerse valer frente al esposo, pero no puede perjudicar el dominio de un tercero propietario de la vivienda que la familia ocupaba en precario; es que el título que viniera amparando la ocupación para fines de vivienda ajena durante la convivencia, no sufre modificación en virtud del convenio o de la decisión judicial; por eso, corresponde el desalojo de la cónyuge si el inmueble había sido cedido en comodato precario por la madre del marido.[27]

Y, coincidiendo con la doctrina española actual mayoritaria, agrega:

> En definitiva, la atribución del uso de la vivienda familiar es un derecho específico y propio de las relaciones familiares, de tipo personal e intransmisible, oponible a terceros ante su registración, de tipo asistencial y condicionado por las circunstancias…[28]

4.2.5. Características de la atribución del derecho de uso de la vivienda

a) Puede recaer sobre un bien propio, ganancial, en condominio entre cónyuges o un inmueble alquilado o de titularidad de un tercero.
b) Es esencialmente temporal, ya que provoca una fuerte restricción al poder dispositivo del titular de dominio.
c) Su constitución puede ser convencional o judicial.

24. Gil Membrado, Cristina, *La vivienda familiar*, Madrid, Reus, 2013, p. 77 (donde cita a Lacruz Berdejo, J. L., "Introducción al estudio del hogar y ajuar familiar", en Viladrich Cataller, J. [coord.], *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, EUNSA, 1986).

25. Ibídem (donde se cita a Serrano Alonso, E., "El hogar y el ajuar familiar", en Viladrich Cataller, J. [coord.], *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, EUNSA, 1986).

26. Ibídem (donde se cita a Roca Trías, *Comentarios del código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991).

27. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar. Vías procesales, criterios jurisprudenciales*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, pp. 298-299.

28. Ibídem.

d) Es personal e intransmisible.
e) Con vocación registral (es oponible a terceros desde su registración).

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar no se identifica con la naturaleza y tipología del derecho real. Si atendemos a la forma de constitución, la atribución del uso puede ser impuesta judicialmente, mientras que el artículo 1896 establece la prohibición de constitución judicial de derechos reales.

La atribución del uso de la vivienda se podría asemejar a los derechos reales de usufructo, uso o habitación. Descartamos el usufructo por su carácter transmisible. Tal vez, puede asemejarse al derecho real de uso y a la habitación, pero esta caracterización se desdibuja cuando el inmueble sobre el cual se ejerce no es de titularidad de alguno de los convivientes sino de un tercero y estos lo ostentan a título personal, como si fuera por contrato de locación o comodato. Se trata de un derecho que no tiene naturaleza real sino **familiar**, ya que el derecho de familia y el derecho a la vivienda desdibujan la línea divisoria histórica de los derechos patrimoniales entre los derechos reales y personales.

El reflejo de su naturaleza *sui generis* lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que entiende que

> … la naturaleza del derecho de uso responde a una situación singular, que trae causa de la imposición judicial de una prestación en especie y que produce como efectos el mantenimiento y la fijación de un *ius possidendi* que excluye el que le corresponde al titular.[29]

La atribución conlleva la limitación de disponer al cónyuge titular, ya que requerirá su asentimiento o en su defecto autorización judicial. La atribución del uso de la vivienda, tanto en el caso de pacto como en el caso de sentencia que acuerda el uso en caso de falta de acuerdo, es oponible a terceros desde su registración. Por tal motivo, será oponible al adquirente del inmueble y también a los acreedores del conviviente titular no beneficiario de la atribución generando una limitación importante. No se trata de una medida cautelar,[30] por lo cual no estará sujeta al plazo de caducidad de la inscripción registral de cinco años, sino de un derecho personal derivado del derecho de familia, que implica una fuerte restricción a la disponibilidad del inmueble que requiere una publicidad suficiente e impone la necesidad de conocer y publicitar los pactos que contengan dichas limitaciones y compulsar el expediente en donde se dirime tal atribución en caso de contienda judicial.

4.2.6. Distribución de los bienes a la ruptura de la unión convivencial

Otro de los puntos sobre los cuales los convivientes pueden gestionar su autorregulación tiene que ver con la forma de distribución de los bienes adquiridos por el esfuerzo común una vez que se produce el cese de la convivencia. A falta de pacto, será de aplicación subsidiaria el artículo 528 CCCN, que establece la distribución de los bienes conforme al régimen de separación de patrimonios, es decir, cada uno de los integrantes

29. Sentencia SAP Madrid, AC/2010/1211, del 29/3/2010.

30. A diferencia de las medidas provisionales que pueden ser solicitadas en caso de acción de nulidad o divorcio o antes en caso de urgencia a pedido de parte, en los términos del art. 722 CCCN.

de la convivencia mantiene los bienes en su mismo patrimonio. Este es uno de los aspectos sobre el cual se ha desarrollado la jurisprudencia, ya que se identifica como un reclamo recurrente; por eso se ha incluido en la materia regulable. La finalidad de la norma es que sean los mismos integrantes de la unión quienes diseñen su propio régimen patrimonial, con reglas propias, tomadas de régimen patrimonial matrimonial, por ejemplo, o creando su propio estatuto patrimonial ajustado a las circunstancias de cada unión.

Los problemas que surgen de la ruptura de las uniones convivenciales han impulsado a los jueces a buscar soluciones ante los diversos conflictos que aparecen entre los convivientes en relación a la distribución de los bienes que acrecentaron el patrimonio de los convivientes durante la unión. Señalan Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras que se trata, simplemente, de la discusión acerca del encuadre jurídico que puede darse a los bienes que los miembros de la unión han adquirido durante la convivencia, y una solución a la titularidad y al reparto de esos bienes, sin que exista una opinión unánime al respecto. La doctrina y la jurisprudencia, a raíz de los conflictos que surgen como consecuencia de la separación o extinción de la unión convivencial, han recurrido a distintas construcciones jurídicas para solucionar dichos problemas. Desde la doctrina, se enuncian algunas reglas sobre los efectos patrimoniales de la unión convivencial. Las autoras citadas realizan una síntesis de las principales posiciones, fundamentos y respuestas ante el cese de la unión convivencial, que se basa en la distribución de los bienes que acrecentaron el patrimonio de los convivientes durante la unión.[31]

4.2.6.1. Sociedad de hecho

La configuración de una sociedad de hecho entre los convivientes requiere probar la efectiva existencia de la organización societaria, basada en los aportes comunes y el fin de lucro y la obtención de utilidades. Este último requisito, unido a la ausencia total de *affecto societatis* destinado a desarrollar una determinada actividad económica con miras a obtener renta o utilidad, participando ambos en las ganancias y en las pérdidas que la empresa común pudiera producir, hizo difícil la aplicación de esta figura para obtener en definitiva la división de los bienes adquiridos por el esfuerzo común. La unión convivencial por sí misma no configura la sociedad de hecho, es decir, la sola convivencia en aparente matrimonio no genera ni hace suponer la existencia de una sociedad de hecho entre los convivientes.

4.2.6.2. Aplicación analógica de las normas del régimen patrimonial matrimonial

Aparece esta figura jurídica de aplicación analógica, tendiente a distribuir los bienes en la ruptura convivencial ante la imposibilidad probatoria de diferentes casos. Cuando no se han demostrado los aportes realizados por cada uno de los convivientes, se recurre a la atribución por mitades a los dos convivientes de los bienes adquiridos durante la unión,

31. Herrera, María, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lloveras, Nora (Dirs.), *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 216.

como si se tratara de bienes comunes, teniendo en cuenta los principios de la mal llamada sociedad conyugal. Esta es una posición minoritaria.

4.2.6.3. Enriquecimiento sin causa

Este es otro de los principios al que puede recurrirse como respuesta al conflicto patrimonial entre los miembros de la unión. Como se sabe, es principio del derecho que toda atribución patrimonial debe obedecer a una causa justa. Es por ello que cuando se traslada un bien o un valor del patrimonio de uno de los convivientes al de otro enriqueciéndose sin título o razón jurídica que lo justifique, se está configurando el instituto del enriquecimiento sin causa. De no restituirse la cuantía efectuada por el otro conviviente, se consolidará una verdadera injusticia y un enriquecimiento sin causa por parte de uno de los miembros de la unión convivencial a costa del otro miembro; situación que no puede merecer amparo ni en la ley ni en la justicia.

Es el magistrado quien debe resolver que uno de los convivientes no se quede con una cantidad de bienes que no haya podido adquirir y que configure un enriquecimiento ilícito a su favor en detrimento del otro miembro de aquella unión. Así, cabe interpretar la existencia de enriquecimiento injusto a consecuencia de la disolución de la unión. En este caso, es posible que el desequilibrio producido justifique la consideración como comunes de todos los desembolsos realizados desde la adquisición del inmueble hasta el cese de la convivencia, sin entender que lo gastado es exclusivo de uno o de otro si se puede comprobar la existencia de pactos, promesas o actos se puedan justificar que hubo ese proyecto de vida en común.

Para la procedencia del enriquecimiento, deben concurrir los siguientes requisitos para que prospere la devolución: a) aumento patrimonial del demandado, b) el correlativo empobrecimiento del deudor, c) la falta de causa justificadora del enriquecimiento, y d) la ausencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio de enriquecimiento sin causa.

5. Principio de autorregulación: previsión convencional y subsidiaria legal de la comunidad de derechos reales

Por remisión expresa del artículo 528, a falta de pacto, se establece una presunción *iuris tantum* de separación de patrimonios entre los convivientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales analizados, relativos al enriquecimiento sin causa y la interposición de personas, para demostrar la verdadera concurrencia de aportes para la adquisición de los bienes que ostentan una titularidad registral diferente a los hechos. La cláusula de cierre que el nuevo ordenamiento introduce al artículo 528 recepta lo que la doctrina y la jurisprudencia venían estableciendo: si no existía o se podía demostrar una realidad operativa-funcional subyacente distinta, los bienes adquiridos se mantienen en el patrimonio al que ingresaron. Así, a través del pacto convivencial, los integrantes de la unión sustraen los bienes del régimen de separación y los aplican al régimen patrimonial por ellos diseñado, que puede estructurarse, por ejemplo, como un

régimen de comunidad o un régimen de participación, o un régimen de separación con asentimiento para la disposición de todos los bienes.

Recurrir a la construcción jurídica de la comunidad de derechos reales para los bienes adquiridos por los convivientes por el esfuerzo común[32] permite causar la división y futura adjudicación en las proporciones establecidas en el pacto en caso de cese de la convivencia. La importancia que adquiere la publicidad de estos pactos es palmaria, no solo para la oponibilidad frente a los acreedores de uno u otro conviviente sino también para sus futuros herederos.

La jurisprudencia comparada viene sosteniendo que las uniones de hecho se regulan exclusivamente por la voluntad de los convivientes, y, en consecuencia, los efectos de la ruptura de la relación serán los derivados o propios de la institución que en cada caso proceda y no precisamente del matrimonio. Pero es posible que por la voluntad de los convivientes se cree un sistema de comunicación de bienes parecido a cualquiera de los admitidos en el matrimonio o bien se utilicen otras fórmulas para configurar como comunes todos o algunos de los bienes que se adquieran durante la convivencia.

> A la hora de resolver, el mayor desafío de los magistrados será la búsqueda del equilibrio entre la independencia patrimonial por la que optaron –consciente o inconscientemente– los convivientes de hecho y la equidad, que sólo se realiza reconociendo a cada uno el derecho a que se le compense el sacrificio económico realizado a favor del otro.[33]

La existencia de un pacto convivencial por aplicación del artículo 514 (incs. b] y c]), que prevea anticipadamente la división de los bienes adquiridos por el esfuerzo común, permitirá la adjudicación de los bienes conforme se haya estipulado en dicho contrato. Esta situación deberá obtener, sin lugar a dudas, publicidad registral para su oponibilidad, anoticiando a los terceros, registrando en el rubro "B" de la matrícula del inmueble el objeto del pacto. La posibilidad de la adjudicación importa la existencia de titularidad de derecho en condominio del inmueble o pacto convivencial que genere una comunidad de bienes de hecho. La causa de transmisión del derecho real de dominio será este acuerdo entre los convivientes, que importa el de las compensaciones que han establecido por los aportes de cada uno de ellos al proyecto de vida en común, que se traducen en el esfuerzo común. A falta de pacto, no se podrá adjudicar el bien y se deberán formalizar escrituras traslativas de dominio a título de dación en pago, por ejemplo.

Cabe destacar que la exhibición del pacto al momento de la adquisición de bienes inmuebles es elemento fundamental y necesario para cristalizar en el texto escriturario el carácter de la adquisición del bien, conforme a las normas establecidas en el pacto convivencial.

Acaecida alguna de las causales de cese de la convivencia, se torna operativa la exigibilidad del pacto que se celebra en previsión de ruptura y que autorregula la división

32. Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Madrid, 26/1/2006 (RJ/2006/417): "«La demostración de una voluntad expresa o tacita de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia puede determinar la existencia de una comunidad en sentido jurídico, en concordancia con nuestra jurisprudencia mas reciente sobre la naturaleza y los efectos de las uniones de hecho»". [*N. del E.*: ver aquí; fuente: Poder Judicial de España; última consulta: 15/1/2020].

33. Galli Fiant, María M., "Conflicto sobre bienes en las uniones de hecho. La búsqueda del equilibrio entre la libertad y la equidad", en *La Ley Litoral*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2011, p. 404 (cita online: AR/DOC/1151/2011).

de los bienes obtenidos por el esfuerzo común. Así, se genera la causa que permitirá el otorgamiento y autorización de la escritura de adjudicación de bienes por cese de la unión convivencial, con la comparecencia de ambos integrantes de la unión o bien solo uno de ellos en caso de haber previsto el otorgamiento de poderes especiales irrevocables causados en el pacto convivencial que permitan la comparecencia de uno solo de ellos a ejecutar lo que ambos se han comprometido en el pacto, configurándose un verdadero negocio partitivo. El pacto es ajeno al concepto de gratuidad ya que ambos convivientes han realizado aportes y esfuerzos en común para el sostenimiento del proyecto de vida por ellos elegido.

El conviviente supérstite también podrá oponer la existencia del pacto para retirar los derechos adjudicados a su favor a través del acuerdo, siendo esto oponible a los herederos del causante, quienes deberán respetarlo, y quien pretenda la aplicación de las acciones de complemento, reducción o simulación deberán probar los extremos para que dichas acciones sean procedentes, iniciando el pertinente proceso sucesorio del conviviente fallecido.

Si el pacto no contuviese poderes con validez *post mortem*, por supuesto que el conviviente supérstite deberá presentarse en el proceso judicial de la sucesión correspondiente al conviviente fallecido a hacer valer todos sus derechos. Pero si, por el contrario, ya en el mismo pacto se hubiesen previsto este tipo de poderes, entendemos que los mismos son perfectamente válidos y eficaces, y el conviviente supérstite podría ejecutarlo a los fines de cumplir con las previsiones del mismo. A tal fin, se propone la siguiente cláusula básica de redacción de este tipo de instrumentación:

> *Cláusula xxxx: A los fines del cumplimiento y la ejecución de lo acordado por las partes en este Pacto, y en base al deseo que sea cumplido de manera efectiva y con el mínimo contenido de litigiosidad posible, las mismas se confieren de manera recíproca poder irrevocable y con efectos de subsistencia en caso de fallecimiento de alguno de ellas, de acuerdo a lo establecido en los artículos 380 incisos b) y c) del Código Civil y Comercial de la Nación, para proceder a la división y adjudicación de los bienes anteriores mencionados y de la manera en este acuerdo prevista, aun en caso de fallecimiento de alguno de los otorgantes.*

6. Pactos convivenciales con eficacia transfronteriza

Cabe destacar que, a pesar de la regulación establecida en el CCCN para las uniones convivenciales, donde prima el principio de la autonomía de la voluntad, la falta de criterios unificados a nivel internacional, en especial con referencia no solo al reconocimiento de la unión de hecho sino también al reconocimiento de la unión de parejas del mismo sexo, hace que la eficacia transfronteriza de los pactos se vea limitada por la norma establecida en el artículo 2628, que establece que la unión convivencial se rige por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer, aplicando derecho nacional y adoptando una solución territorialista, a diferencia de lo que sucede en materia matrimonial. Esto significa que el lugar donde se pretenda hacer valer la unión es el que en definitiva determinara el reconocimiento o no de la unión de hecho como institución jurídica, su forma de publicidad, la admisión de pactos y los efectos jurídicos

que se derivan de ellos. En definitiva, entonces, la posibilidad del reconocimiento de una unión convivencial celebrada en otro país dependerá de la acreditación de los requisitos tipificantes que exige nuestra norma de fondo para el otorgamiento de los efectos jurídicos del régimen de la convivencia.

7. La compensación económica

Las compensaciones económicas surgen dentro de un escenario respetuoso de la igualdad y la solidaridad familiar, el divorcio incausado y el reconocimiento de la configuración familiar bajo el instituto de la unión convivencial. El CCCN recepta una figura que tiene aceptación en varias legislaciones del derecho comparado y fue extraída e importada de los derechos español, francés e italiano, en donde ha evolucionado significativamente a partir de su utilización y aplicación práctica por parte de los tribunales, "ajustando su fisonomía jurídica a la idiosincrasia y condicionamientos sociales de cada país".[34]

La compensación económica está prevista tanto para las uniones conyugales como para las convivenciales y se la define en doctrina como una institución jurídica de naturaleza *sui generis* que propicia la superación de la injusta pérdida patrimonial que el divorcio puede provocar en alguno de los cónyuges o convivientes. Integra la órbita de los derechos-deberes derivados de las relaciones familiares.[35] Desaparecida la comunidad de vida y la contribución a las cargas del hogar que permitían que ambos gozaran del mismo estándar, afloran los niveles económicos y sociales correspondientes a los recursos y las posibilidades que cada uno tenía y ha podido forjar en razón de la peculiar división de funciones llevada a delante durante la vida en común.[36] Cabe destacar que no corresponderá su reconocimiento si el desequilibrio económico entre los integrantes de la unión es por causas personales no atribuibles al proyecto en común ni al otro, como, por ejemplo, si uno de ellos ha recibido una herencia o donación o ha desarrollado una actividad profesional más rentable que la de su compañero. Todas estas variables deberán ser apreciadas judicialmente en cada caso particular, ya que su determinación no se simplifica con un criterio cuantitativo sino que requiere un análisis de las circunstancias y tipologías de cada unión conyugal.

En las uniones convivenciales debemos partir del principio de proporcionalidad, es decir, los convivientes deben contribuir a las cargas del hogar común proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. Desde el momento en que se produce una ruptura en dicha proporcionalidad, la misma debe ser compensada para evitar un desequilibrio entre los patrimonios. A lo largo del articulado del CCCN en materia de derecho de

34. Fanzolato, Eduardo I., "Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 2001-1, p. 20.

35. Schiro, María V., "El derecho de daños en el derecho de familia", en Krasnow, A. N. (dir.), *Tratado de derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 1082.

36. Molina de Juan, Mariel F., "Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, Nº 57, p. 188.

familia, se hace continua referencia a dicha contribución equitativa o proporcional; incluso, en relación al deber de los hijos, se establece que contribuirán "equitativamente, según sus posibilidades". Por consiguiente, se trata de restablecer el desequilibrio patrimonial entre los convivientes causado a consecuencia de no cumplir la regla de la proporcionalidad a lo largo de la vida en común. Se adoptará un criterio de equidad para salvaguardar el desequilibrio entre patrimonios y comprobar si se ha originado un enriquecimiento de un conviviente a costa del otro.

Esta figura está regulada en el capítulo 4 del título II como efecto propio del cese o extinción de la unión convivencial. El artículo 523 establece las causales de cese de la unión convivencial: a) muerte o sentencia de ausencia con presunción de fallecimiento, b) matrimonio o nueva unión, c) matrimonio entre los convivientes, d) mutuo acuerdo, e) voluntad unilateral, y f) cese de la convivencia mantenida. A continuación, el artículo 524 establece como efecto del cese de la convivencia el nacimiento del derecho del conviviente que objetivamente encuadre en los criterios de la norma, al reclamo de la compensación económica. Esta figura está basada en el desequilibrio manifiesto que sufre uno de los integrantes de la unión causado en la ruptura, y puede tener origen contractual o bien judicial. Los convivientes pueden introducir en el acuerdo regulatorio de sus relaciones patrimoniales cláusulas que impacten sobre la compensación económica. Podrían fijarla anticipadamente, mediante el establecimiento de una suma de dinero o la entrega de determinados bienes, o bien renunciar a su exigibilidad. Frente a la inexistencia de pacto sobre la compensación económica, se dispara el efecto legal y se establece un plazo de seis meses de caducidad desde el cese de la convivencia por cualquiera de las causales enumeradas *ut supra* para su reclamo.

La viabilidad del reconocimiento judicial de la compensación económica dependerá de la existencia o no de un desequilibrio manifiesto que tenga por causa la convivencia y su cese y la alteración patrimonial provocada por la vida en común. En principio, consistirá en una prestación única, pues esta es su esencia, y la finalidad es lograr que el deudor pueda liberarse definitivamente, desembolsando un precio final invariable, sin tener que arrastrar durante toda la vida o un largo período las consecuencias y los malos recuerdos de la unión disuelta.[37] Puede establecerse también como una renta por un tiempo determinado, que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencia. Aquí se diferencia del matrimonio, en donde la compensación puede alcanzar formas vitalicias, de acuerdo a las circunstancias de cada caso. Puede pagarse en dinero o en especie, con el usufructo de determinados bienes o con rentas y regalías de bienes o derechos. Para la procedencia y el monto, el juez tendrá en consideración las circunstancias establecidas en el artículo 525.

La compensación se reconoce como un derecho creditorio, por lo cual es susceptible de negociación, se le aplican las normas de las obligaciones de dar, y, asimismo, los acuerdos podrán modalizarse con condiciones resolutorias o plazos. Finalmente, frente a la muerte del cónyuge deudor, el beneficiario podrá reclamarlo en la sucesión como un acreedor más del causante.

37. Bedrossian, Gabriel, "El instituto de la compensación económica en el Código Civil y Comercial" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], 30/3/2017 (cita MJ-DOC-10639).

No reconoce base constitucional como institución particular, pero en ella subyacen principios constitucionales, como es la solidaridad familiar, y se encuentra regulada como efecto de la unión convivencial, que relaja la tensión entre autonomía de la voluntad y solidaridad familiar, cuyo reconocimiento efectivamente tiene base constitucional en virtud de la libertad de configuración familiar que ella consagra. Pero la compensación económica en sí misma deriva como efecto patrimonial de la regulación convivencial y su cese, por ello, es susceptible de previsión contractual en cuanto a su reconocimiento, cuantía y renuncia.

El reconocimiento de la compensación económica se separa de toda relación de culpa y de las subjetividades de la ruptura y se analiza sobre un criterio objetivo de desequilibrio manifiesto causado en la ruptura. El Código establece las circunstancias que deben ser apreciadas por el juez para la determinación de su procedencia, haciendo especial énfasis en la atribución de los roles de cada uno de los convivientes durante el proyecto de vida en común y sus vinculaciones personales, para evaluar finalmente la existencia o no de desequilibrio objetivo resultante del cese del proyecto en común. En cambio, si los convivientes han pactado, se entiende que ellos han diseñado un mecanismo de nivelación entre los roles, preestablecido por ellos mismos, conforme al principio de autonomía de la voluntad. Dicho mecanismo puede reflejarse en una atribución exclusiva de determinados bienes y en una renuncia al reclamo compensatorio.

7.1. La compensación económica no reviste el carácter de prestación alimentaria

Como consecuencia de lo explicado, entendemos que la compensación económica no reviste el carácter de prestación alimentaria, ya que los alimentos se encuentran establecidos para paliar una situación de asistencia y tienen origen legal o convencional. Por lo general, se trata de una prestación única, a diferencia de los alimentos, que son prestaciones sucesivas y periódicas. Podría ser excepcionalmente pactada en un plazo determinado pero nunca mayor a la vida de la unión convivencial, independientemente de la necesidad alimentaria del conviviente. La convivencia no genera obligación alimentaria luego del cese.

Las compensaciones económicas tienen una naturaleza específica que se debe distinguir de los alimentos, ya que los presupuestos de procedencia de una y otra institución son completamente diferentes. La compensación económica nace de un presupuesto base, que es el desequilibrio patrimonial manifiesto que signifique un empeoramiento de la situación de uno de los convivientes causada en la extinción de la unión convivencial.

La jurisprudencia tuvo oportunidad reciente de expedirse en relación con la caducidad para el reclamo de compensación económica:

> En lo referido específicamente a la caducidad establecida por el art. 525 para la compensación económica, explica Jorge L. Kielmanovich (¿Caducidad de oficio de la acción de compensación económica? LL2017/B, 1068): "Si bien ninguna duda que en supuesto del derecho a la compensación económica nos hallamos en presencia de una caducidad de origen legal por oposición a una convencional, en cualquiera de los regimenes antes

> vistos el derecho a la compensación en nuestro ordenamiento no es materia sustraída a la disponibilidad de las partes, como, sobre similares bases se ha reconocido por el Tribunal Supremo Español y por diversas Audiencias Provinciales, por cuanto se ha expresado 'está basada en un interés privado, y por ello es renunciable, transaccionable y convencionalmente condicionable y limitable en el tiempo', como expresa la sentencia del STS del 21 de noviembre de 2008 que reproduce la doctrina del mismo Tribunal sentada el 2/12/1987, en exquisita sintonía con el sistema bajo el cual se la regula en nuestro ordenamiento sustancial […]".[38]

En otro precedente jurisprudencial, se resolvió la procedencia de la compensación económica como efecto del divorcio vincular y se modificó la sentencia de primera instancia que había estipulado la compensación económica como una renta mensual representativa del 20% de la facturación mensual del demandado por termino indeterminado, alejándose así de los criterios y características de la prestación alimentaria, y fijó una suma fija de $150.000, pagaderos en tres cuotas.[39]
Asimismo, la doctrina se expide también en este sentido:

> Se trata de un derecho esencialmente disponible. Ello significa al menos tres cosas: la primera, que puede ser decidida por acuerdo de partes; la segunda, que el interesado puede reclamarla o decidir no hacerlo; la última, que el juez no debe fijarla si aquel a quien podría corresponderle no la solicitó.[40]
>
> La compensación económica es un derecho inherente al patrimonio y por ende disponible. Por lo tanto, es posible su renuncia, transacción, conciliación…[41]
>
> No existe una norma que establezca una limitación expresa como la que existe en el matrimonio (arts. 446, 447 y 449), en donde el contenido de las convenciones matrimoniales es taxativo, bajo pena de nulidad. Cuando mediare un acuerdo de voluntades de la pareja que este precedido de un conocimiento del alcance de la renuncia de este derecho resulta valida la renuncia por guardar sintonía con la libertad y autonomía como notas típicas de esta forma de vivir en pareja.[42]
>
> La compensación económica no integra las normas expresamente excluidas del ámbito de la autonomía de la voluntad reconocida a los convivientes y dado su carácter patrimonial, tampoco se relaciona con el orden público, ni la igualdad o derechos fundamentales de los convivientes.[43]

Entendemos que, como todo acto jurídico, la renuncia contenida en el pacto convivencial se encuentra condicionada a que la misma haya sido emitida de forma valida y eficaz,

38. (Voto del Dr. Juan José Guardiola), en C.Civ.yCom. de Junín, 7/6/2018, "C., F. A. c/ T., A. S. s/ Materia a categorizar" (JU-7625-2017) (*Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2019-1; cita online AR/JUR/26605/2018).

39. C. Civ. y Com. de Junín, 25/10/2016, "G. M. A. c/ D. F. J. M. s/ alimentos" (en microjuris.com, MJ-JU-M-101662-AR | MJJ101662 | MJJ101662).

40. Molina de Juan, Mariel F., "Cuestiones prácticas: el reclamo judicial de la compensación económica" [online], en elDial.com [portal web], 26/9/2017, cita DC23F4.

41. Bedrossian, Gabriel, (cfr. nota 37).

42. Medina, Graciela, "Compensación económica en el proyecto de código", en *La Ley*, Buenos Aires, 20/12/2012 (t. 2013-A; cita online: AR/DOC/4860/2012).

43. Azpiri, Jorge O., *Uniones convivenciales. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 102.

por lo cual la referencia al consentimiento informado de los otorgantes del pacto asume un valor más que relevante en este punto, así como el asesoramiento del profesional que coadyuva a la autorregulación, evitando la inserción de cláusulas nulas por contrariar el orden público y los derechos fundamentales de los convivientes. Y con relación a la eficacia de la cláusula de renuncia, cabe aclarar que la misma puede haber sido efectuada de manera válida pero que devenga ineficaz si las circunstancias de hecho se han modificado de tal forma que la renuncia no resulte operativa, todo lo cual estará sujeto a la apreciación judicial.

Es plenamente aplicable la teoría de la alteración de la base del negocio jurídico ante una modificación sustancial de las circunstancias fácticas al momento de pretender la fijación de la compensación.[44] Asimismo, en materia matrimonial,

> … es característico de la regulación catalana […] la posibilidad de que el juez declare ineficaz un acuerdo con previsiones para el caso de ruptura, nacido válido, cuando, al momento de ejecutarse el resultado, es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges como consecuencia de un importante cambio de las circunstancias en las que éste se tomó. Para que dicha causa de impugnación prospere, es necesario que el resultado perjudicial fuera imprevisible al momento de la firma del acuerdo, de tal suerte que las circunstancias que lo generan sean del todo fortuitas. Dada la excepcionalidad de la medida, el cónyuge que así lo demande debe asumir la carga de la prueba.[45]

En este sentido, coincidimos con Pellegrini cuando analiza los institutos de la imprevisión y el abuso del derecho y concluye que la renuncia en el pacto convivencial es válida pero puede devenir ineficaz si las circunstancias así lo justifican. En definitiva, admitimos que el juez deberá efectuar un control de legalidad de la renuncia en caso de reclamo.[46]

7.2. Compensación económica y muerte del conviviente

A diferencia de lo regulado en materia matrimonial, en donde la compensación económica está establecida como efecto del divorcio vincular, en las uniones convivenciales la procedencia del reclamo de la compensación económica en caso de muerte tiene sustento en los artículos 523 y 524, que establecen las causales de cese de la unión, dentro de las cuales la muerte es una de ellas, y la procedencia de la compensación en todos los casos de cese de la unión convivencial. Si la compensación económica se contempló dentro del pacto convivencial o bien fue reclamada judicialmente luego del cese de la unión, producida la muerte del obligado al pago, la obligación se transmite a sus herederos y el conviviente está legitimado para iniciar la sucesión del causante como acreedor de esta obligación.

44. Sentencia de AP de Granada Nº 327/2001 del 14/5/2000; sentencia de AP de Madrid Nº 141/2007, del 27/2/2007; STS 2/12/1987; sentencia de la AP de Barcelona del 17/3/2000.

45. Cervilla Garzón, María D., "Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano", en *La Ley*, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer, 29/1/2013, Nº 8011 [*N. del E.*: ver aquí; fuente: ResearchGate; última consulta: 16/1/2020].

46. Pellegrini, María V., ob. cit. (cfr. nota 18).

Como corolario de esta situación, el conviviente supérstite puede intimar a los herederos del conviviente fallecido aceptar o renunciar a la herencia (art. 2289), presentarse a reclamar el cobro de su crédito y solicitar la estimación del monto de su crédito (art. 2356), oponerse a la entrega de bienes a herederos y legatarios hasta el pago efectivo de su acreencia (art. 2359), y solicitar la apertura del concurso o quiebra de la sucesión (art. 2360), además de poder requerir todas las medidas preventivas y cautelares que hacen a su derecho.

8. La adquisición legal del derecho real de habitación del conviviente supérstite

El artículo 1894 CCCN establece una forma distinta de adquisición de ciertos derechos reales, los cuales no requieren la concurrencia de título y modo suficiente, sino que es la ley misma la causa de su adquisición. Esta categoría no surgía expresamente del código velezano, pero los autores la reconocían en los supuestos de condominio de accesorios de dos o más heredades que pertenezcan a diversos propietarios, por confusión de límites, el derecho real de usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos bajo su patria potestad, y el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (arts. 2710, 2746, 287, 2816 y 3573 bis del Código Civil).

El artículo en estudio consagra los siguientes casos en los que los derechos reales se adquieren por el mero efecto de la ley:

1) Condominio con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles.
2) Condominio de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso.
3) Condominio que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables.
4) **Derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite.**
5) Derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe.

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite fue consagrado por la Ley 20798, que incorporó el artículo 3573 bis al Código Civil, configurando una iniciativa que no contaba con sustento de doctrina previa ni antecedentes en el derecho comparado.

El artículo 2383 CCCN consagra este derecho al cónyuge supérstite en forma vitalicia y gratuita y de pleno derecho, conforme a la causa de su adquisición que venimos analizando. Establece que este derecho se ejerce sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar conyugal, y con la única limitación de no encontrarse en condominio al momento de la apertura de la sucesión. Paralelamente, el artículo 527 establece que el conviviente que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta puede invocar este derecho real por un plazo máximo de dos años, sobre el inmueble del causante que constituyó el ultimo hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.

Este derecho tiene carácter asistencial en el caso del conviviente supérstite, y opera *iure proprio* y no *iure hereditatis*, ya que el conviviente obtiene un beneficio directamente de la cosa sin intermediación alguna, y constituye, asimismo, un desmembramiento del

dominio que es necesario exteriorizar para el conocimiento de los herederos o legatarios y de los terceros interesados. Configura un derecho propio del beneficiario que debe ser invocado en el expediente sucesorio, momento en el cual su derecho será oponible a los herederos del causante, pero no será oponible a los acreedores del difunto y a todas aquellas personas a cuyo favor se impongan cargas en la sucesión.

El conviviente podrá realizar todo tipo de actos materiales para efectivizar su derecho sobre el inmueble. Conforme al artículo 2160 CCCN, este derecho no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte, y el habitador no puede constituir derechos reales o personales sobre las cosas. Quien tiene un derecho de habitación es realmente usuario de todo o en parte de la casa sobre la cual ese derecho se ha constituido, según que el conviviente la ocupe en todo o en una parte material. El habitador tiene derecho a usa y gozar de los muebles indispensables de la casa porque son los objetos accesorios del inmueble, para cuya comodidad han siso establecidos y porque el derecho de habitación no es un simple alojamiento personal sino un derecho real de uso y goce de todos los accesorios del fundo.

Moisset de Espanés reconoció el carácter tuitivo de esta figura y entendió que el objeto del derecho real es el hogar conyugal, por lo cual la protección debería incluir, asimismo, los muebles que forman el ajuar de la casa o lo que denomina "inmuebles por accesión moral".[47]

El derecho se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda propia habitable, o cuenta con medios necesarios y suficientes para asegurarse su subsistencia.

8.1. Plazo de vigencia

El artículo 527 CCCN establece claramente que el plazo de vigencia del derecho concedido al habitador es de dos años, a contar desde el fallecimiento del otro conviviente. Desde el punto de vista normativo, el plazo citado guarda consonancia con el fijado en el artículo 526 en lo referente a la atribución de la vivienda familiar. Entendemos que este plazo de dos años puede ser considerado totalmente exiguo por la jurisprudencia en futuros casos que se judicialicen, en los que el juez que entienda en la sucesión deberá hacer frente al dilema que pueda originarse entre la pretensión de los herederos del causante de recuperar para la masa indivisa el dominio pleno del inmueble al cabo de esa fecha, y el derecho del conviviente supérstite que carece de vivienda propia o fondos suficientes para acceder a ella de permanecer por un plazo mayor habitando el mismo, basándose para ello en las normas constitucionales de acceso y protección a la vivienda y los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que regulan el tema, muchos de ellos además con jerarquía supra legal. A tal fin, y para evitar este enfrentamiento que parece casi inevitable en sede judicial, y de resolución no exenta de complicaciones, proponemos una solución que lo evite: la de prever de manera anticipada

47. Moisset de Espanés, Luis, "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite (protección de bienes muebles)" [online], en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [portal web], [s.e.], [s.f.], pp. 7-9 [última consulta: 1/9/2019].

en el pacto a suscribir por los integrantes de la unión convivencial un plazo mayor al de dos años establecido en el CCCN.

Consideramos que nada impide aumentar el contenido del mismo en este aspecto, más allá de lo establecido en el artículo 514 con esta previsión, la que funcionará de manera eficaz y automática en caso de no tener el causante herederos forzosos; y, en el caso de tenerlos, se deberá previamente calcular y establecer si la atribución del derecho habitacional vulnera o no la legítima hereditaria de estos. En caso de oponerse los herederos forzosos del conviviente fallecido a la ampliación del plazo, repetimos, estos deberán probar de manera fehaciente la afectación a su derecho a la legítima, recurriendo para ello a un cálculo similar al que se establece para la determinación de la legítima prevista en las normas pertinentes del CCCN.

Proponemos la siguiente redacción para esta disposición del pacto:

Cláusula …: Considerando las partes que el plazo de dos años establecido en el artículo 527 del Código Civil y Comercial no contempla el legítimo derecho a la vivienda digna que debe gozar el conviviente xxxx de acuerdo a las normas de la Constitución Nacional y Tratados y Convenciones de Derechos Humanos con reconocimiento constitucional y legal, se amplía de común acuerdo el plazo a gozar por el citado conviviente a … años (establecer el tiempo de la atribución), respecto del Inmueble sito en … (datos del bien), en caso que al momento del fallecimiento del conviviente yyyy, esa sea la vivienda familiar de los mismos, y siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en dicha norma para la atribución del mismo.

9. Importancia del pacto en relación a cuestiones probatorias y de resolución de conflictos

El pacto de convivencia, además de establecer los recaudos mínimos previstos en el artículo 514 CCCN y considerar situaciones como las ya reseñadas, puede servir de manera eficaz y segura para evitar otras cuestiones que pueden presentarse como complejas en caso de cese de la convivencia o finalización de la unión, como, por ejemplo, lo relativo a las notificaciones que deban realizarse las partes y lo atinente a la resolución de conflictos entre ellos.

Dentro del contenido del pacto, es posible establecer de manera fehaciente domicilios especiales donde notificar cuestiones tan trascendentales como la decisión de la voluntad unilateral de alguno de los convivientes de dar por concluida la unión (art. 523 inc.f]). Esta notificación puede realizarse por cualquier medio, incluso por acta notarial de notificación requerida a un notario. Pero también, si es que ha sido previsto de común acuerdo entre las partes, entendemos que podría ser realizada a través de una dirección de correo electrónico, en donde la labor notarial podría ser la de comprobar, mediante un acta notarial de constatación, el envío de dicho correo electrónico a la casilla designada previamente en el pacto.

Asimismo, y como medio de proceder a una resolución rápida, privada y exenta de complicaciones burocráticas y administrativas, puede convenirse en el pacto que, en caso de existir un conflicto entre los integrantes de la unión, e incluso ante la ruptura de la misma, se establezca, como paso previo a la judicialización del conflicto –y tratando

de evitarla–, una instancia de mediación por intermedio de los centros de mediación que los colegios notariales del país poseen. Esta cláusula, integrativa del pacto, explicada de manera debida por parte del notario, seguramente será atractiva para todas aquellas personas que no prefieren sujetarse a la a veces rígida regulación de las normas legales matrimoniales.

10. Otras convivencias. ¿Es posible su regulación?

Sintéticamente, el CNNN ha tratado, en los artículos 509-528, de establecer la caracterización de las uniones convivenciales, a la par que los derechos y obligaciones de cada uno de los integrantes de la unión. Sin embargo, a más de cinco años de la sanción de las nuevas normas, cabe preguntarse si solo existen como sujetos de derecho y reconocidas como tales aquellas convivencias cuyos integrantes llenan fiel y acabadamente los requisitos del artículo 510 o si, por el contrario, pueden existir "uniones convivenciales" o simplemente "uniones personales" que, si bien no cumplen con la totalidad de los requisitos antes requeridos, sí efectivamente encuadran dentro de los postulados esenciales generales del artículo 509, es decir, una "relación afectiva, singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida en común".

Consideramos que la respuesta enfáticamente positiva es la que más se acerca a la realidad. Estas uniones convivenciales no formales o "uniones personales", si bien no podrán gozar de la posibilidad de ser registradas en el registro pertinente ni tampoco podrán requerir la inscripción de un pacto en el mismo, así como no regirá la necesidad de requerir el asentimiento del artículo 522 ni, en principio, el conviviente supérstite podrá invocar el derecho habitacional establecido en el artículo 527, no están exentas de la generación de derechos u obligaciones para las personas que las conforman.

Indudablemente, un conviviente de un notario, por más que la unión sea calificada como "no convivencial" por existir un impedimento de ligamen de uno de sus integrantes, no podrá ser testigo en una escritura pública otorgada por el notario a cargo de un registro notarial. Lo mismo, en los casos de los artículos 33 (legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y capacidad restringida), 108 (prohibición para ser tutor dativo), 109 (designación de curador), 672 y siguientes (normas consagradas al progenitor afín), entre otras múltiples situaciones. En estos casos, en donde a todas luces existe una situación inconclusa en cuanto a la regulación y el marco legal, se impone el asesoramiento preventivo por parte del notario para garantizar de la mejor manera los derechos y obligaciones de estas personas que constituyen un orden jurídico no regulado de manera plena el en nuevo ordenamiento civil, ya sea mediante el otorgamiento de un pacto, a semejanza de los previstos para las uniones convivenciales formales, u otros instrumentos jurídicos, como por ejemplo la confección de sendos testamentos, en donde se declaren beneficiarios o se determinen indivisiones de herencia o legados.

6. Bibliografía consultada

AA.VV., (conclusiones de la 38 Jornada Notarial Bonaerense [Bahía Blanca, 2013]), en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 973, 2013.

— (conclusiones del Congreso Internacional del Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia [Mendoza, 2018]).

Azpiri, Jorge O., *Uniones convivenciales. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Hammurabi, 2016.

— [análisis del art. 454], en Bueres, A. J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

Bedrossian, Gabriel, "El instituto de la compensación económica en el Código Civil y Comercial" [online], en microjuris.com. Inteligencia jurídica [portal web], 30/3/2017 (cita MJ-DOC-10639).

Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. 1, Buenos Aires, Ediar, 1986.

Boretto, Mauricio, "Apostillas sobre la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994) a un proceso concursal iniciado con anterioridad a su entrada en vigencia", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, Nº 2017-I, cita online AR/DOC/5033/2016.

Bossert, Gustavo, *Unión extraconyugal y matrimonio homosexual*, Buenos Aires, Astrea, 2011.

Cervilla Garzón, María D., "Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano", en *La Ley*, Madrid, La Ley-Wolters Kluwer, 29/1/2013, Nº 8011.

Fanzolato, Eduardo I., "Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 2001-1.

Faraoni, Fabián, Lloveras, Nora y Orlandi, Olga (dirs.), *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.

Figueroa Torres, Marta, *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura. En España, Estados Unidos y Puerto Rico*, Madrid, Dykinson.

Galli Fiant, María M., "Conflicto sobre bienes en las uniones de hecho. La búsqueda del equilibrio entre la libertad y la equidad", en *La Ley Litoral*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2011 (cita online: AR/DOC/1151/2011).

Gil Membrado, Cristina, *La vivienda familiar*, Madrid, Reus, 2013.

Herrera, María, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lloveras, Nora (dirs.), *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, t. 2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar. Vías procesales, criterios jurisprudenciales*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995.

Lacruz Berdejo, José L., *Elementos de derecho civil*, t. 4, Madrid, Dykinson, 2010 (4ª ed.).

Lamm, Eleonora y Molina de Juan, Mariel F., "Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 2014-3.

Medina, Graciela, (su intervención en Medina G. y otras, "Derecho de familia" [mesa redonda Nº 6 del «Ciclo de mesas redondas desarrollado durante 1999 en homenaje al profesor doctor Marco Aurelio Risolía. Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998» {Buenos Aires, 14/9/1999}]), en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, separata "Temas de derecho privado", v. 12, 2000.

— "Compensación económica en el proyecto de código", en *La Ley*, Buenos Aires, 20/12/2012 (t. 2013-A; cita online: AR/DOC/4860/2012).

— (comentario al art. 454), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014.

Moisset de Espanés, Luis, "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite (protección de bienes muebles)" [online], en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [portal web], [s.e.], [s.f.].

Molina de Juan, Mariel F., "Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot.

— "Cuestiones prácticas: el reclamo judicial de la compensación económica" [online], en elDial.com [portal web], 26/9/2017, cita DC23F4.

Molina Sandoval, Carlos A., *Empresas familiares. Herramientas de planificación y profesionalización*, Buenos Aires, Erreius, 2014.

Parra Lucán, M. A, "Autonomía de la voluntad y derecho de familia", en *Autonomía de la voluntad en el derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. XX, v. XX, Madrid, Consejo General del Notariado, 2012.

Pellegrini, María V., "Los pactos en las uniones convivenciales", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, Nº 70, 2015 (cita online: AR/DOC/4968/2015).

Pellegrini, María V., "Los pactos en las uniones convivenciales", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, Nº 70, 2015 (cita online: AR/DOC/4968/2015).

Pisarrello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003.

Saux, Edgardo I., "Conflicto entre derechos fundamentales", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2004-A (cita online AR/DOC/11715/2003).

Schiro, María V., "El derecho de daños en el derecho de familia", en Krasnow, A. N. (dir.), *Tratado de derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2015.

6.1. Bibliografía complementaria

Armella, Cristina N., *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998 (1ª ed.).

Armella, Cristina N. y Esper, Mariano, *Summa notarial registral e inmobiliaria. Doctrina, legislación, jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot-UNA, 2013.

Belluscio, Claudio A., *Régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones convivenciales según el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, García Alonso, 2019.

Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Contratos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

Bossert, Gustavo A., *Régimen jurídico del concubinato*, Buenos Aires, Astrea, 4ª ed. act. y amp.

Clusellas, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

De la Torre, Natalia, "La unión convivencial en el nuevo Código Civil y Comercial. La regulación integral de otra forma de vivir en familia", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/12/2014, suplemento especial "Código Civil y Comercial. Familia".

— "Algunas consideraciones en torno a la regulación proyectada en las uniones convivenciales. El difícil equilibrio entre el principio de autonomía y la solidaridad familiar", en Graham, M. y Herrera, M. (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, Buenos Aires, Infojus, 2014.

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.

Lamber, Néstor D., "El título de adjudicación de inmueble por partición privada de la indivisión hereditaria y poscomunitaria" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 927, 2017.

Faraoni, Fabián, Lloveras, Nora y Orlandi, Olga, *Uniones convivenciales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Lloveras, Nora., "Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial" [online], en SAIJ-Infojus [portal web], 15/7/2015, cita DACF150401.

— "Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/12/2014, suplemento especial "Código Civil y Comercial. Familia".

Medina, Graciela, "Claves del derecho de familia en el Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº extraordinario 2015.

Medina, Graciela y Roveda, Eduardo G., *Derecho de familia* (serie "Derecho civil y comercial", dirigida por J. C. Rivera y G. Medina), Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2017.

Minyersky, Nelly, "Los nuevos paradigmas en las relaciones familiares. Código Civil y Comercial. Ley 26994", [online], en SAIJ-Infojus [portal web], diciembre 2014, cita DACF150181.

Millán, Fernando, "Atribución de la vivienda ante la ruptura familiar", en *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2015-21, cita online AR/DOC/2668/2015.

Molina de Juan, Mariel F., "Las uniones convivenciales en el proyecto de reforma del Código Civil. No será lo mismo casarse que no casarse" [online], en elDial.com [portal web], 8/1/2014.

— "Los límites a la libertad en el régimen de bienes", [online], en SAIJ-Infojus [portal web], 3/12/2014, cita DACF140865.
— "Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges" en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/12/2014, suplemento especial "Código Civil y Comercial. Familia".

Sambrizzi, Eduardo A., "Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 4/11/2014 (cita online AR/DOC/3941/2014).

— "Las denominadas uniones convivenciales en el proyecto de código", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 12/12/2012 (cita online AR/DOC/4619/2012).

Szmuch, Mario G., "Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 919, 2015.

Situación jurídica del adquirente de inmueble embargado*

Pedro F. Sáenz

RESUMEN

El presente trabajo –analizando normas del derecho registral, procesal y sustancial– pone el foco en la situación en que queda emplazado el tercero adquirente de un inmueble embargado, procurando dar respuesta a dos preguntas básicas: por cuánto y con qué responde. Para ello, se abordan las dos posiciones doctrinarias y jurisprudenciales prevalentes, para concluir con una proposición basada en una hermenéutica sistemática del derecho vigente.

PALABRAS CLAVE

Medidas cautelares; embargo; libre disponibilidad de la cosa embargada; tercero adquirente; publicidad registral; prioridad registral; fe pública registral; buena fe subjetiva.

Fechas de recepción y aceptación
11/9/2019 - 18/9/2019

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Conceptos preliminares.* ***3.*** *Cuantificación de la obligación asumida por el adquirente.* ***3.1.*** *Tesis restrictiva.* ***3.2.*** *Tesis amplia.* ***3.3.*** *Mi opinión.* ***4.*** *Extensión patrimonial de la responsabilidad del adquirente.* ***5.*** *Conclusiones.* ***6.*** *Bibliografía.*

1. Introducción

El objetivo de las presentes reflexiones apunta a dilucidar la situación jurídica en la que queda emplazado el adquirente de un inmueble embargado, procurando particularmente determinar su responsabilidad patrimonial al responder dos preguntas fundamentales: ¿cuál es el monto que necesitará eventualmente desembolsar para lograr el levantamiento de la medida cautelar que pesa sobre la cosa adquirida?, y ¿puede el acreedor embargante extender su agresión a los demás bienes del adquirente o necesariamente limita este su responsabilidad a la cosa gravada objeto de adquisición? Para saber, entonces, "por cuanto" y "con qué" responde el adquirente, se impone el estudio sistemático y armónico de normas del derecho de fondo y también de carácter procesal y registral,

* Edición revisada, corregida y adaptada para la *Revista del Notariado* del trabajo homónimo presentado en el XX Congreso Nacional de Derecho Registral (San Fernando del Valle de Catamarca, 2019), que fue galardonado por el jurado del congreso con un accésit.

pues confluyen en este menester diversos aspectos e intereses que extienden su ámbito de influencia sobre bastas dimensiones del ordenamiento jurídico.

Sabido es por todos que estamos ante una materia que ha generado –y aún genera– una ardua disputa tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, habiéndose consagrado soluciones totalmente opuestas en fallos de los más altos tribunales de las provincias y del poder judicial nacional. Soy consciente, entonces, del desafío que me apresto a enfrentar. Aclaro desde ahora que mi finalidad es simplemente enriquecer el debate y poner a consideración de los operadores del derecho en general los argumentos que me han llevado a la convicción en cuanto a extender la obligación del tercero adquirente al crédito y sus accesorios –independientemente del monto publicitado– pero limitando su responsabilidad, en principio, a la cosa embargada.

A los fines de un mejor abordaje de la materia, se impone la necesidad de delimitar, con la más alta estrictez posible, el objeto de estudio, procurando destinar el mayor esfuerzo y extensión de páginas a las dos cuestiones nucleares arriba indicadas. Desde ya, pido las dispensas del caso por no poder abordar con mayor ahínco tópicos de extrema relevancia vinculados a nuestro cometido, a los que solo haremos referencia de manera tangencial. En este orden de ideas, la metodología que se propone como estructura de trabajo será abordar primeramente –y de manera concisa– una serie de conceptos preliminares que sirvan de base a este tratamiento, para luego abordar de lleno el objetivo central, presentando las distintas posiciones sostenidas en la doctrina y la jurisprudencia, y, así, finalmente, exponer las conclusiones.

2. Conceptos preliminares

No se podría abordar el efecto del embargo en relación con el tercero adquirente sin antes establecer –al menos someramente– determinados conceptos básicos cuyo conocimiento es presupuesto necesario para analizar el núcleo de estas c consideraciones. En primer lugar, y siguiendo a Falcón, se puede definir el sistema cautelar como

> … una medida o conjunto de medidas tendientes a resguardar los derechos de las personas, ya sea por anoticiamiento (judicial o extrajudicial) por actuaciones sobre bienes o personas (de modo judicial o extrajudicial), por actuación sobre las pruebas del proceso o sobre la pretensión.[1]

Dentro de ese sistema de cautelas se inscriben, como una especie dentro del género, las medidas cautelares decretadas en el marco de un proceso judicial.

Sin perjuicio de las disquisiciones que la doctrina especializada ha formulado respecto de la denominación y el concepto con respecto a este instituto jurídico,[2] a los fines de nuestro trabajo podemos conceptualizar las medidas cautelares como el acto procesal, dictado por el órgano jurisdiccional, que tiene por finalidad evitar que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de un proceso

1. Falcón, Enrique M., *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, t. 4, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2013, p. 9.

2. Arazi, Roland y Rojas, Jorge A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014 (3ª ed.), pp. 931 y ss.

pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que dure la sustanciación del mismo.[3] Efectivamente, el proceso que debe sustanciarse para que el juzgador resuelva acerca de la procedencia de la pretensión puesta a su conocimiento insume necesariamente un tiempo más o menos prolongado, planteándose, en consecuencia, la probabilidad de que, en ese lapso, tenga lugar algún hecho o acto que de alguna u otra forma ponga fuera del alcance del poder jurisdiccional bienes o pruebas necesarios o conducentes para la concreción de los derechos en juego. En lo que a aquí respecta, nuestras reflexiones se han de enfocar en las medidas precautorias tendientes a establecer resguardos patrimoniales, afectando uno o más bienes del obligado, para dotar de potencialidad efectiva a la sentencia que eventualmente se dicte en el proceso.

El presupuesto generalmente exigido para la traba de una medida cautelar es, en primer lugar, la "verosimilitud en el derecho", en cuya protección se pretende dictar la medida. Desde luego, no se trata de una prueba acabada de los extremos de la pretensión pero sí de la existencia de suficientes indicios que le permitan al juzgador, al menos *prima facie*, considerar creíble aquella. La sola circunstancia de que exista tal verisimilitud no es suficiente para la procedencia de una medida cautelar, pues a ello debe agregársele el otro presupuesto indispensable, consistente en el "peligro en la demora". Esta se configura cuando las circunstancias que rodean al proceso hacen presumir, con cierto grado razonable de probabilidad, que, de no dictarse la providencia, el reconocimiento del derecho llegaría demasiado tarde, esterilizando la sentencia que eventualmente se dicte. Finalmente, se exige la "contracautela", consistente en la garantía que debe brindar quien solicita la medida a los fines de asegurar la reparación de los daños que podrían generarse al afectado en el supuesto de haberse dispuesto indebidamente aquella.[4]

Lo hasta aquí dicho busca dejar establecido que las medidas cautelares no son un fin en sí mismas sino que revisten un carácter instrumental, pues su razón de ser es garantizar el eventual resultado del proceso en cuestión. De allí que su procedencia requiere que se den los presupuestos referenciados.

Sabido es que el embargo es la medida cautelar de mayor aplicación práctica a la hora de procurar el resguardo de bienes patrimoniales en el marco de un proceso judicial, y, sin perjuicio de la dificultad de dar una definición genérica, podemos decir que el embargo es "«la afectación, por orden del órgano judicial, de uno o de varios bienes del deudor, o del presunto deudor, al pago del crédito sobre el cual versa el proceso»".[5] De la definición dada surge lo que –a mi entender– es la esencia del embargo: **la afectación del bien al pago del crédito**, esto es, establecer una ligazón entre el bien

3. CNCiv., Sala E, 12/4/1985, "Delbue, Ana M. c/ Ortiz, Francisco M." (*La Ley*, t. 1985-E, p. 40; *Doctrina Judicial*, t. 1986-1, p. 459; cita online AR/JUR/971/1985); citado por Falcón, Enrique M., ob. cit. (cfr. nota 1), t. 4, p. 86 (al pie, Nº 3).

4. Debe tenerse presente que "este elemento no es considerado por la mayoría de la doctrina como un presupuesto de la cautelar, sino una condición de su ejecutoriedad". Existen incluso supuestos en los que la propia norma establece que la contracautela no es necesaria para disponer la medida cautelar (art. 200, 531 CPCCN etc.). (Falcón, Enrique M., ob. cit. [cfr. nota 1], t. 4, p. 128).

5. Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. 7, §1009, p. 230; cita obtenida de Cossari, Nelson G. A., "Embargo de bienes registrables, anotación registral y límites de la responsabilidad del adquirente (la cuestión en el ámbito nacional y en la provincia de Santa Fe)", en *La Ley Litoral*, Buenos Aires, La Ley, 2002 (cita online AR/DOC/11325/2001).

embargado y el resultado del proceso en cuanto se encamina a efectivizar la obligación cuyo cumplimiento se pretende obtener a través del ejercicio de la acción judicial. Este concepto es sostenido expresamente por Guasp Delgado:

> … "embargar no quiere decir sino afectar un cierto bien a un proceso, ligarlo o trabarlo de tal modo que no pueda más tarde desvincularse de la resultas del mismo", y, por lo tanto, "embargo es, pues, toda afectación de bienes a un proceso con la finalidad de proporcionar al juez los medios necesarios para llevar a normal término una ejecución procesal".[6]

Como afirmar Eisner, el embargo puede tener por finalidad garantizar la solvencia para asegurar el cobro de un crédito o conservar la misma cosa objeto del contrato.[7] En efecto, en algunas ocasiones, el bien sobre el cual habrá de recaer el embargo será el mismo objeto de la pretensión procesal, tal como puede ocurrir en el caso del ejercicio de una acción de escrituración o de una acción reivindicatoria,[8] mientras que, en otros supuestos, el embargo se va a establecer en el marco de un proceso en el que se persigue la ejecución de una obligación cuya prestación no tiene por objeto el bien embargado sino el cobro de un crédito, constituyéndose en este caso el embargo en una medida tendiente a garantizar la solvencia del deudor, afectando un bien que eventualmente podrá ser ejecutado para satisfacer, con su producido, la acreencia.

Tal como lo adelantáramos, nuestra hipótesis de trabajo estará dada por la enajenación de la cosa embargada, para analizar en qué situación jurídica queda el adquirente. Por lo tanto, debemos dejar claramente establecida la *enajenabilidad* de la cosa sujeta a embargo.

Si bien se ha sostenido una posición autoral y jurisprudencial en el sentido de negar la posibilidad de transmitir válidamente los bienes sometidos a embargo,[9] la mayor parte de la doctrina se ha inclinado por una postura afirmativa. En ese orden de ideas, durante la vigencia del Código Civil (en adelante, "CCIV"), y a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 1174 y 1179,[10] no podía sino sostenerse la posibilidad

6. Guasp Delgado, Jaime, *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1961, pp. 432 y 433; cita obtenida de Eisner, Isidoro, "Sobre la posibilidad y efectos de la venta privada de bienes embargados judicialmente", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 155, 1974, p. 959 (cita online AR/DOC/3504/2009).

7. Ibídem.

8. En este caso, por lo que veremos más adelante en este trabajo, es conveniente que el embargo se complemente con otras medidas, como la anotación de litis o la prohibición de contratar, para evitar que la enajenación de la cosa deje al accionante sin la posibilidad de obtener el objeto mismo de su pretensión.

9. En este sentido se ha sostenido: "El efecto del embargo no es otro que el poner la cosa a disposición del juez que lo ordenó, si cuyo conocimiento no puede dársele otro destino o someterlo a una afectación diferente. Importa una limitación a la libertad patrimonial del embargado" (Highton, Elena I. y Nabar, María J., "Venta del inmueble embargado", en *La Ley*, t. 1985-C, p. 1194, cita online AR/DOC/1297/2001 [las autores refieren a la opinión de Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. 5, Buenos Aires, 1962, p. 64, y Molinario, Alberto D., "El embargo es trámite esencial en el cumplimiento de la sentencia de trance y remate, aun cuando se trate de un juicio ejecutivo en el que se persigue la realización de un crédito garantizado con hipoteca", *Jurisprudencia Argentina*, t. 1957-II, p. 277]). No obstante esta premisa, en el desarrollo de sus ideas, las autoras citadas se acercan a la posición mayoritaria, inclinándose por una indisponibilidad relativa que acarrea no la nulidad sino la inoponibilidad del contrato. Así ocurrió también en el fallo CSJN, "Bodega del Estado de San Juan en Ares (José) c. Provincia de San Juan" (*Jurisprudencia Argentina*, t. 46, 1934, p. 454).

10. Art. 1174 CCIV: "Pueden ser objeto de los contratos las cosas litigiosas, las dadas en prenda o en anticresis, hipotecadas o embargadas, salvo el deber de satisfacer el perjuicio que del contrato resultare a terceros". Art. 1179 CCIV: "Incurre también en delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses quien contratare

de enajenar la cosa embargada siempre y cuando se le informara al adquirente tal circunstancia, debiendo este soportar las consecuencias del embargo. Es decir, el acto de enajenación se consideraba válido pero inoponible al embargante, quien eventualmente podría hacer efectivos sus derechos como si la enajenación no hubiera existido.[11] En el artículo 1009 del Código Civil y Comercial (en adelante, "CCCN") se establece:

> Los bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares, pueden ser objeto de los contratos, sin perjuicio de los derechos de terceros. Quien de mala fe contrata sobre esos bienes como si estuviesen libres debe reparar los daños causados a la otra parte si ésta ha obrado de buena fe.

En consecuencia, la interpretación indicada en el párrafo antecedente mantiene su vigencia en el ordenamiento jurídico actual.[12]

Lo antes desarrollado debe complementarse teniendo en cuenta que

> … de acuerdo con la función, sus efectos y con el título que le sirve de base, podemos clasificar el embargo en preventivo y ejecutorio. El embargo preventivo puede a su vez ser clasificado en: embargo preventivo *strictu sensu* o propiamente dicho y embargo ejecutivo.[13]

La importancia de esta clasificación –al menos en lo que respecta al objeto de este trabajo– radica en que el embargo ejecutorio implica un desapoderamiento jurisdiccional, de manera tal que, a partir de su traba, el propietario ya no podría enajenar válidamente la cosa. Esto quiere decir que lo antes dicho sobre la posibilidad de transmitir la cosa embargada solo se aplica cuando se hubiere trabado embargo preventivo o ejecutivo, excluyéndose los casos en los que hubiere tenido lugar un embargo ejecutorio. Por otro lado, para definir claramente el límite del objeto de este estudio, solo nos abocaremos a la hipótesis de enajenación de un inmueble embargado por monto determinado, pues en el supuesto de haberse trabado la medida sin especificar

---

de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas o embargadas, como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiere aceptado la promesa de buena fe".

11. Ver Andorno, Luis O., "Quantum de la deuda que asume el adquirente de un inmueble embargado", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, LexisNexis, t. 2001-IV, p. 104; Dodda, Zulma, "Hipoteca y Embargo. Su Registración", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 972, 2012, pp. 664 y ss. [*N. del E.*: ver aquí; fuente: Revista Notarial; última consulta: 23/1/2020]; Eisner, Isidoro, ob. cit. (cfr. nota 6), p. 964; Spota, Alberto G., "Efectos del embargo frente el tercer adquirente de la cosa embargada", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1956-II, p. 110; Lafaille, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2009 (2ª ed. act. y ampl. por Alberto J. Bueres, Jorge A. Mayo y otros), §183, p. 329.
En la jurisprudencia, asimismo, se ha sostenido la inoponibilidad en los siguientes fallos (entre otros): *Jurisprudencia Argentina*, t. 1945-III, p. 904; t. 106, p. 1962; t. 46, p. 453; *La Ley*, t. 84, p. 51; *La Ley Cuyo*, t. 2007, p. 195. También se sostuvo la posibilidad de "efectuar válidamente la enajenación de un inmueble embargado e inscribirlo en el registro respectivo" en la IX Jornada Notarial Argentina (Salta, 1962), por unanimidad [*N. del E.*: ver aquí {p. 55}; fuente: CFNA; última consulta: 23/1/2020], y en la IV Reunión Jurídico Notarial de Santa Fe (Santa Fe, 1971).

12. Ver Acquarone, María T., Cosola, Sebastián J. y Roca, Ricardo, (comentario al art. 1009), en Clusellas, 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. 751; Ariza, Ariel, (comentario al art. 1009), en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 5, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 734.

13. Nuta, Ana R., Prósperi, Fernando F. y Rotondaro, Domingo N., *Medidas cautelares y bloqueo registral*, Buenos Aires, La Rocca, 2001, p. 41.

monto, no surgirían las dudas que constituyen la cuestión central de nuestro estudio, referida a la extensión de la suma por la cual debe responder el adquirente.

Finalmente, las disquisiciones a desarrollar a continuación solo tienen razón de ser cuando el tercero adquirente de la cosa embargada no asume la deuda, pues en caso de así hacerlo, no existirían dudas en cuanto a que, habiéndose voluntariamente emplazado en la relación obligacional de fondo, no podría pretender liberarse sin efectuar el pago íntegro al acreedor.

3. Cuantificación de la obligación asumida por el adquirente

En base a lo precedentemente relacionado, las próximas meditaciones estarán destinadas a establecer cuál es el monto que deberá desembolsar el adquirente de la cosa sujeta a un embargo preventivo o ejecutivo trabado por monto determinado en caso en que no hubiese habido asunción expresa de deuda. Para ello, se expondrán las dos posturas existentes en la doctrina y la jurisprudencia, tomando como eje central los argumentos contenidos en los dos fallos plenarios que constituyen la ineludible referencia en esta materia.[14] Por un lado, tenemos la tesis restrictiva, según la cual el adquirente de un inmueble embargado por una suma determinada puede obtener el levantamiento de la medida precautoria depositando el monto nominal del embargo. Esta tesis fue consagrada por mayoría en el fallo plenario de fecha 10 de octubre de 1983 dictado por la Cámara Nacional Comercial en autos "Banco de Italia y Río de la Plata c/ Corbeira Rey", que en adelante se denominará a lo largo de este trabajo "plenario comercial".[15] Por otro lado, existe la tesis amplia, según la cual el adquirente de una cosa registrable embargada por monto determinado, para obtener el levantamiento de la medida cautelar no puede liberarse pagando solo el monto inscripto, sino que responde también por la desvalorización monetaria si correspondiere, por los intereses, por las costas, por las sucesivas ampliaciones y por las demás consecuencias del juicio. Así lo resolvió la mayoría en el fallo plenario de fecha 23 de agosto de 2001 dictado por la Cámara Nacional Civil en autos "Czertok c/ Asistencia Médica Personalizada SA", que en adelante se denominará en este trabajo "plenario civil".[16]

3.1. Tesis restrictiva

Los principales argumentos esgrimidos por quienes limitan el *quantum* de la obligación del tercero adquirente al monto publicitado son los siguientes.

14. Sin perjuicio de recurrir a otras fuentes, en los mentados fallos se resumen los argumentos sostenidos por la doctrina y la jurisprudencia. En consecuencia, en la exposición de este capítulo, cuando no se cite autor o jurisprudencia específicos, debe entenderse que se están desarrollando las consideraciones emergentes de aquellos plenarios.

15. CNCom., en pleno, 10/10/1983, "Banco de Italia y Río de la Plata c/ Corbeira Rey, Teresa" (*La Ley*, t. 1983-D, p. 476, cita online AR/JUR/675/1983 [*N. del E.*: ver aquí; fuente: SAIJ; última consulta: 23/1/2020]).

16. CNCiv., en pleno, 23/8/2001, "Czertok, Oscar y otro c/ Asistencia Médica Personalizada SA y otro" (*La Ley*, t. 2001-E, p. 655; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2001-IV; *Doctrina Judicial*, t. 2001-3; *El Derecho*, t. 194 [*N. del E.*: ver aquí; fuente: SAIJ; última consulta: 23/1/2020]).

Uno de los razonamientos seguidos por la mayoría del plenario comercial radica en advertir que, conforme al artículo 22 de la Ley Nacional 17801,

> La plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición, solo puede acreditarse con relación a terceros por las certificaciones a que se refieren los artículos siguientes.

Este, que es un principio básico del sistema registral –no solo inmobiliario–, no puede llevar sino a concluir que no es posible endilgarle al adquirente una obligación mayor al monto publicitado, pues, de lo contrario, se consagraría la oponibilidad o eficacia de situaciones no publicitadas o gravámenes ocultos, contrariando las normas del derecho de fondo. En efecto, la expectativa del embargante no puede ser otra que la cuantía fijada por la inscripción de la medida, toda vez que el ordenamiento jurídico establece que las adquisiciones o modificaciones de los derechos reales no pueden ser opuestas a terceros si no cuentan con la publicidad suficiente. En el caso de los embargos sobre cosas registrables, esa suficiencia en la publicidad estará dada inexorablemente por la información emergente del pertinente asiento registral.

Se ha considerado contrario a derecho pretender imponerle al adquirente la obligación de acudir al expediente judicial donde se dispuso la medida para imponerse de la real extensión de la obligación en cuestión, por ir ello contra el espíritu y la razón de ser del sistema registral inmobiliario. Así, pues, se ha manifestado:

> Y los terceros, para cumplir con la diligencia debida a los efectos de conocer los embargos que afecten un inmueble, sólo están obligados a consultar las constancias que surjan de los respectivos Registros; no parece razonable obligarlos a inmiscuirse en el juicio principal para conocer el estado y alcance de la deuda que garantiza la medida, siendo que muchas veces se trata de algún complejo (sic), y sobre todo, cuyo tenor definitivo no puede saberse hasta que existe sentencia definitiva y firme en todos sus aspectos y cuestiones.[17]

Si el comprador de una cosa embargada no pudiera confiar en la publicidad registral, quedando expuesto a "sorpresas" emergentes eventualmente del expediente en el que se decretó la medida cautelar, se estaría obstaculizando el tráfico jurídico, pues no podría el adquirente saber con certeza, al momento de concretar el negocio jurídico, el monto al que ascendería el precio total de la cosa objeto de adquisición porque su esfuerzo patrimonial (contraprestación) no sería definitivo sino hasta lograr la liquidación final del crédito judicializado y sus accesorios. Es por ello que se ha afirmado:

> Desde esta perspectiva, entonces, resulta inasequible interpretar que la adquisición de un bien embargado incluya al redimensionamiento del crédito con posterioridad a la venta, pues ello importa la obstrucción al derecho de comprar ejercido honestamente y, de alguna manera, discrimina al derecho del adquirente, al prejuzgar su mala fe sin elementos aptos siquiera para presumirla. Así las cosas, pensamos, y con nosotros gran parte de la doctrina y jurisprudencia […] que la hermenéutica más acertada es la que promueve la circulación de riqueza, teniendo en cuenta que su fluencia dinámica constituye la esencia de la vida comercial y la base del progreso.[18]

17. Voto del Dr. Roberto G. Loutayf Ranea, por la mayoría, en C. Civ. y Com. de Salta, en pleno, 31/3/1997, "Banco Provincial de Salta c/ Ledesma Carlos A. y Ledesma Luis Darío - Preparación vía ejecutiva y emb. prev." (Expte. 3007/94) [*N. del E.*: ver completo aquí; fuente: Poder Judicial Salta; última consulta: 23/1/2020].

18. STJ de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 2001, auto interlocutorio N° 319, "Fisco de la Provincia de Córdoba SA - Apremio - Recurso de Casación"; citado por Ahumada, Daniel E., "Oponibilidad del embargo frente a

En ese orden de ideas, se ha argüido que si el monto por el cual oportunamente se trabó el embargo ya no reflejara la cuantía del crédito que lo motivó, el interesado debe instar la ampliación del monto, procurando la debida publicidad. Así, pues, en el plenario comercial se sostuvo que el acreedor embargante que no inscribe modificación ampliatoria del embargo trabado produce la apariencia de una situación jurídica cautelar firme. Existe aquí una responsabilidad por dicha apariencia jurídica, pues el acreedor pudo postular mayor monto para el embargo y aun lograrlo sin limitación pecuniaria en ciertos supuestos.

> Propiciar una solución distinta alteraría el régimen de publicidad instrumentado a través de los registros, y en lugar de proteger a los terceros la jurisdicción saldría en defensa del embargante que por no obrar diligentemente es responsable de la apariencia jurídica generada por la inscripción parcializada de la realidad extrarregistral.[19]

En igual sentido, Moisset de Espanés, al fundar su voto en oportunidad de resolver sobre esta temática como miembro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, ha sostenido que

> Está en la diligencia del acreedor asegurar que las medidas cautelares trabadas sean idóneas para satisfacer la deuda y si considera que el embargo originario resulta insuficiente debe pedir, oportunamente, su ampliación.[20]

De lo contrario,

> … significaría darle relevancia a la alegación de la propia torpeza, y –como si fuera poco– haciendo cargar sobre el tercero sus consecuencias, obligándolo a responder con el bien transmitido por la totalidad de una deuda que no asumió expresamente.[21]

También se ha dicho en el plenario comercial que

> … el embargo produce sobre la cosa una afectación equivalente a aquella que determinan lo que la doctrina hipotecarista llama "derechos redimibles", o lo que los civilistas llaman con mayor sistematicidad, "derechos reales de garantía". Esto es, son gravámenes que afectan la cosa en la medida de aquello que es garantizado mediante tales derechos. Por esto, se dice que están sometidos a una regla de "especialidad": para evitar los gravámenes privilegiados pero a la vez indefinidos […] [de manera tal que] si los gravámenes no perjudican a terceros sino mediante su inscripción registral, es obvio que sólo los perjudican en la medida de lo inscripto.[22]

---

los adquirentes de inmuebles", *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Nº 83-84, 2004, p. 190 [*N. del E.*: ver aquí; fuente: Revista Notarial; última consulta: 24/1/2020]. Según surge de la recapitulación de fallos en la jurisprudencia del Superior Tribunal y de las Cámaras de la Provincia de Córdoba hecha por el autor, el criterio prevaleciente hasta esa fecha coincide con lo resuelto en el plenario comercial (cfr. nota 15). No obstante, como veremos más adelante, advertimos un cambio de criterio en la actualidad, al menos por parte de la Sala Laboral.

19. Voto de la minoría, en forma impersonal, en el plenario civil mencionado (cfr. nota 16).

20. STJ de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 2001, auto interlocutorio N° 97, 29/2/1996, "Cuerpo de ejecución en Cuello Inés Edit c/ Oscar Moisés - Ejecutivo - Recurso Directo - Hoy Recurso de Ejecución"; citado por Ahumada, Daniel E., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 188.

21. Voto de la minoría, en forma impersonal, en el plenario civil mencionado (cfr. nota 16). En igual sentido, se ha sostenido que ello implicaría quebrar el principio de instancia y premiar la negligencia, en perjuicio de terceros (Nuta, Ana R., Prósperi, Fernando F. y Rotondaro, Domingo N., ob. cit. [cfr. nota 13], p. 62).

22. Cfr. nota 15.

Los magistrados siguieron su razonamiento alegando que, conforme al artículo 3109 CCIV, la función del monto máximo de la cobertura hipotecaria radica precisamente en establecer el límite pecuniario que debe acordársele a los embargos.

Haciendo una aplicación analógica de los principios en materia de hipoteca, conforme a la legislación velezana, se concluyó que, a los efectos del embargo, se le deben hacer aplicables los límites que emerja

> … de los preceptos sobre los derechos reales de garantía […], pues nunca podría decirse que el embargo prescripto en los códigos procesales tenga extensión mayor que los derechos reales del Código Civil […] sería una contradicción normativa…[23]

3.2. Tesis amplia

En el otro extremo, encontramos a quienes consideran que el adquirente no puede pretender el levantamiento del embargo abonando solo el monto publicitado, sino que deberá afrontar el crédito reclamado y sus accesorios, en base a los siguientes fundamentos.

El embargo es una orden judicial que individualiza un bien determinado del deudor, afectándolo al pago del crédito en razón del cual se ha trabado aquel; por ende, los derechos del adquirente de la cosa embargada quedan supeditados a los resultados del proceso en el cual se dispuso la medida. Este argumento hunde sus raíces en la naturaleza misma del embargo, pues considera que lo esencial de esta medida cautelar es establecer esa ligazón entre la cosa y el proceso de la que ya hablaba el citado Eisner.[24]

Tomando como base la premisa del párrafo de marras, hay quienes plantean que el monto no es un elemento esencial del embargo pues el objetivo de este no es determinar la cuantía de la pretensión del embargante sino publicitar la existencia de un litigio que

23. Ibídem. Varios autores han visto en el embargo una figura asimilable a un derecho real, así pues: Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina (copia de la edición oficial íntegra) con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. 2, Buenos Aires, La Facultad, 1933, p. 347 (citado por Highton, Elena I. y Nabar, María J., ob. cit. [cfr. nota 9], p. 1196); Guasp Delgado, Jaime, *Derecho procesal civil*, Madrid, Instituto de Estudios políticos (citado por Ferrari Ceretti, Francisco, "Venta de bienes embargados", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1973, p. 60). En sentido concordante, se ha sostenido: "podríamos hallarnos en presencia de un instituto del derecho procesal configurado a la manera de los derechos reales" (Gatti, Edmundo, *Teoría general de los derechos reales*, p. 159 [citado por Highton, Elena I. y Nabar, María J., ob. cit. {cfr. nota 9}, p. 1196); Alterini, María E., "El embargo como derecho real procesal", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 4/2/2005 (consultado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 879).
Por mi parte, considero que el embargo no es un derecho real, en virtud de los siguientes fundamentos. En primer lugar, no está incluido dentro de la nómina del artículo 1887 CCCN ni en ninguna otra normativa de fondo. En segundo lugar, en materia de derechos reales de garantía (figura a la cual se pretende asimilarlo), rige para su constitución el principio de convencionalidad (art. 2185 CCCN) (Highton, Elena I. y Nabar, María J., ob. cit. [cfr. nota 9], p. 1197). En tercer lugar, el supuesto *ius preferendi* atribuido al embargo no es más que la consecuencia acordada por el principio de prioridad registral (art. 19 y cc. Ley 17801; art. 745 CCCN; art. 218 CPCCN). "El embargo no engendra privilegio a favor del embargante […] El embargo determina a favor del acreedor una preferencia para cobrarse antes que los demás acreedores, sobre el producto de la cosa y esta preferencia no cede sino ante los privilegios especiales que pudieran tener sobre el bien, salvo concurso civil o quiebra del deudor" (Alsina Atienza, Dalmiro A., "Condiciones y efectos jurídicos de la disposición de bienes embargados", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1933, p. 212). Finalmente, *el ius persequendi* no es tal sino el efecto de la afectación o ligazón que el embargo ha establecido entre la cosa embargada y las resultas del proceso en que se dispuso la medida, lo que se traduce en la inoponibilidad del acto de enajenación respecto del embargante.

24. Eisner, Isidoro, ob. cit. (cfr. nota 6).

tiene a la cosa embargada como garantía de eficacia de la sentencia que eventualmente se pronuncie.[25] El embargante, mientras no sea desinteresado en la totalidad del derecho –cuya protección íntegra garantiza la medida precautoria–, tiene una pretensión legítima, que puede hacer valer ante el tercer adquirente para que el embargo subsista con todos sus efectos. Por otro lado, en virtud de los efectos relativos de los contratos (art. 1021 CCCN), cabe concluir que las estipulaciones entre el embargado y terceros no pueden afectar los derechos del embargante.[26]

Además de lo dicho, la norma más elemental sobre transmisión de derechos, consagrada en el CCCN en su artículo 399, establece que "nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene"; por lo tanto, no podría acordársele al adquirente (sucesor a título singular) la posibilidad de obtener el levantamiento de la medida cautelar depositando el monto del embargo, pues su transmitente no cuenta entre sus facultades con tal prerrogativa. En efecto, el deudor embargado no podría unilateralmente pretender el desembargo depositando el monto del mismo, menos aún el adquirente. Procurar el levantamiento de la cautelar a través del depósito de dinero no es ni más ni menos que una sustitución de embargo, la cual exige (conforme al art. 203 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [en adelante, "CPCCN"]) una resolución judicial fundada, siempre que se garantice suficientemente el derecho del acreedor y se le corra a este traslado previo.[27]

Planteada la contraposición de intereses entre el tercero adquirente y el embargante, no parece justo que la cuestión se dirima a costa del interés del embargante que obtuvo en sede judicial, tras haber sido oído, la medida cautelar que está afectando un bien a la satisfacción de lo que se presumió –al dictar la medida– era un interés legítimo. De lo contrario, se atentaría contra la autoridad y el prestigio de la justicia.[28]

25. "Por las razones expuestas y las que resultan de la naturaleza del embargo, que constituye un instituto de derecho público que interfiere en la circulación de los bienes para dar eficacia a los pronunciamiento del órgano jurisdiccional, pensamos que si bien el embargo inmobiliario es ordenado para amparar ciertos créditos, la determinación de su montante al tiempo de la traba y su anotación mediante el pertinente asiento en el folio del inmueble, lejos de fijar en dicho importe el máximo de la responsabilidad pecuniaria a que queda sometido el inmueble embargado, significa que la medida cautelar ha sido dictada en amparo de un crédito pecuniario, cuyo importe definitivo resultará de la liquidación que oportunamente se practique en forma previa a su levantamiento toda vez que el monto que recogió el asiento registral no constituye sino un mero indicio del alcance del crédito al tiempo del dictado de la medida cautelar" (Adrogué, Manuel I. y Amuy, Juan C., "La proyección del embargo en el tráfico jurídico inmobiliario", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 795, 1984, p. 669). Profundizando este razonamiento, se ha llegado a considerar que es conveniente que no se anoten los embargos a los fines de inseguridad en cuanto a la oponibilidad con relación a los terceros adquirentes (Dodda, Zulma, ob. cit. [cfr. nota 11], p. 665).
En posición contraria, se ha entendido que el monto es un elemento esencial del embargo pues es la única forma de establecer a ciencia cierta la preferencia otorgada entre los sucesivos embargos que recaen sobre una misma cosa (Nuta, Ana R., Prósperi, Fernando F. y Rotondaro, Domingo N., ob. cit. [cfr. nota 13], p. 57).

26. Cabe preguntarse: "¿Y por qué, una circunstancia que es totalmente ajena a su voluntad [del acreedor embargante] habría de privarlo de la preferencia bien ganada beneficiando, sea a los acreedores posteriores, sea al deudor y facilitando el fraude?" (Alsina Atienza, Dalmiro A., ob. cit. [cfr. nota 23], p. 214).

27. Highton, Elena I. y Nabar, María J., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 1203.
Ver también CNCiv., Sala B, 16/12/2016, "Rojas, Jorge Armando c/ Koltai, Tomás s/ medidas precautorias" (*La Ley*, t. 2017-B, p. 249, cita online AR/JUR/83013/2016).

28. Ferrari Ceretti, Francisco, ob. cit. (cfr. nota 23), p. 64.
No debemos olvidar, por otro lado, las enseñanzas de Von Ihering en cuanto a que, detrás de las acciones que ejercen los individuos en defensa de sus intereses particulares, subyace la consecución de la justicia como valor

Asimismo, en apoyo a la tesis amplia, se ha destacado que

> En España el valor publicitado en el registro en relación con los embargos no constituye límite de responsabilidad ni para terceros adquirentes, ni para acreedores con gravamen inscripto con posterioridad, ya que quien adquiere una finca embargada se subroga en la responsabilidad en las mismas condiciones que el deudor principal y debe abonar no solo la deuda principal sino los intereses y costas.[29]

También se ha echado mano oportunamente al texto del artículo 218 CPCCN, según el cual:

> El acreedor que ha obtenido el embargo de bienes de su deudor, no afectados a créditos privilegiados, tendrá derecho a cobrar íntegramente su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores, salvo en el caso de concurso. Los embargos posteriores afectarán únicamente el sobrante que quedare después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores.

Si bien el artículo se refiere a la prioridad entre embargantes, parece claro que el primer embargante tiene derecho a cobrar íntegramente su crédito, intereses y costas y no solo el monto inscripto.[30] Ante el artículo 745 CCCN, que replica la norma de forma arriba transcripta, algunos autores han visto ratificado aquel argumento, considerando zanjada la cuestión en favor de la tesis amplia.[31]

Finalmente, otro de los argumentos esgrimidos por quienes adhieren a esta posición –probablemente, el más convincente– se funda en el concepto de buena fe del adquirente. En este sentido, aclaran que para que la misma se configure no puede bastar el mero acceso a las constancias registrales. Una actitud pasiva es incompatible con el concepto de buena fe en nuestro derecho. Así, pues, Dodda sostuvo:

---

ideal (Von Ihering, Rudolph, *La lucha por el derecho*, Madrid, Imprenta de J. M. Pérez, 1881 [traducción de Adolfo Posada y Biesca]).

29. Dodda, Zulma, ob. cit. (cfr. nota 11), p. 664 (donde se cita a Vegas Torres, Jaime, *El reembargo*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral, 2004, p. 134). La autora aclara, en párrafo siguiente, diciendo: "Mencionamos la doctrina española porque, si en un país donde rige la fe pública registral, donde lo publicitado es lo único oponible a los terceros, se concluye que adquirentes y acreedores responden por el total de la deuda, con más fundamento aún debe aplicarse este criterio en nuestro país, donde –como ya dijimos– conviven distintas formas de publicidad" (ibídem). Por su parte, Roca Sastre y Roca Sastre Muncunill ratifican ese criterio (ver Adrogué, Manuel I. y Amuy, Juan C., ob. cit. [cfr. nota 25], p. 673, al pie Nº 38).

30. Cossari, Nelson G. A., ob. cit. (cfr. nota 5); Adrogué, Manuel I. y Amuy, Juan C., ob. cit. (cfr. nota 25), p. 673 (al pie Nº 37).

31. Ver Zalazar, Claudia E., "Las medidas cautelares y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en *La Ley Cuyo*, Buenos Aires, La Ley, 2015 (septiembre), cita online AR/DOC/2979/2015; Badrán, Juan P., "El incidente de levantamiento de embargo frente al art. 745 del Código Civil y Comercial de la Nación" [online], en *Revista Argentina de Derecho Civil*, Buenos Aires, IJEditores, Nº 2 (8/8/2018), cita online IJ-DXXXVII-412 (allí se cita el fallo STJ de Córdoba, Sala Laboral, 18/12/2017, "Cuerpo de cancelación de embargo iniciado por María E. Boue en autos: 'Barrera, Claudia Marcela c/ Editorial R.Q. SRL y otros, Ordinario, Despido"). No obstante, cierta doctrina considera que la norma debe ser interpretada siempre poniendo como tope el monto de los respectivos embargos a la hora de establecer la prioridad (Nuta, Ana R., Prósperi, Fernando F. y Rotondaro, Domingo N., ob. cit. [cfr. nota 13], p. 61; Arazi, Roland y Rojas, Jorge A., (comentario al art. 218), en ob. cit. (cfr. nota 2), t. 1, p. 1052; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia, "El embargo anotado el en registro inmobiliario y la venta o la subasta judicial de la cosa", en *Idearium. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza*, Mendoza, Universidad Nacional de Mendoza, Nº 10/12, 1984-1986, p. 150 [*N. del E.*: ver aquí; fuente: Idearium; última consulta: 24/1/2020]).

> El tercero interesado es de mala fe no sólo cuando conoce la situación jurídica que quiere oponérsele, sino además cuando con una razonable diligencia hubiera podido conocerla. Como dice el proyecto del Código Civil del año 1998, en su art. 1843, no pueden invocar la falta de publicidad quienes conocían o hubieran de haber conocido la respectiva situación jurídica.[32]

En sentido concordante, pero tal vez con mayor vehemencia, se ha reflexionado:

> Puede decirse que el tercero que va a adquirir un inmueble embargado es de buena fe si ni siquiera se molestó en ir a ver el expediente de que surge un embargo? ¡Absolutamente no! La buena fe importa diligencia.[33]

3.3. Mi opinión

En virtud de lo precedentemente desarrollado, puede advertirse que ambas posiciones postulan argumentos atendibles. No obstante, una interpretación sistemática y armónica del ordenamiento jurídico en su conjunto lleva a inclinarse por la tesis amplia, porque refleja, a mi entender, la solución más justa y que mejor se adecua al entramado de normas jurídicas involucradas.[34]

En primer lugar, debe tenerse presente que comparto la idea según la cual el embargo establece una ligazón entre la cosa y el resultado del proceso y la de que esa vinculación pretende garantizarle al embargante la solvencia necesaria para evitar que su pretensión –una vez reconocida por sentencia firme– se torne ilusoria. En tal sentido, el embargo afecta la cosa, siendo el monto por el cual se trabó –en caso de que la medida precautoria efectivamente se haya dispuesto por un monto determinado– una apreciación

32. Dodda, Zulma, ob. cit. (cfr. nota 11), p. 666. Es dable destacar que el art. 1843 del proyecto citado por la autora es el actual art. 1893 CCCN [*N. del E.*: ver proyecto de 1998 aquí; fuente: Universidad de Salamanca; última consulta: 24/1/2020].

33. Highton, Elena I. y Nabar, María J., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 1197.
En sentido concordante, reciente jurisprudencia ha sostenido: "La intención del legislador fue que la eficacia del embargo subsista hasta la total cancelación del crédito que lo motivó con más sus accesorios e, incluso, las costas del juicio, sin condicionar tal subsistencia al eventual monto que pudo haber sido informado al registro respectivo en la oportunidad de la solicitud de la anotación de la medida, el cual posee una finalidad informativa para los terceros quienes, en todo caso, podrán tomar vista de las actuaciones judiciales en las que tal medida fue dispuesta para estimar el monto total de la deuda comprendida en dicho embargo (arts. 213 y 218 del CPCCN)" (CNTrab., Sala X, 31/8/2013, "Páez, Andrés Antonio c/ Sinkevicius Laimutis s/ despido" [Expte. Nº 46.367/2010, sent. int. Nº 20.257]).

34. Considero que la tesis restrictiva encuentra su causa en un abordaje aislado de la cuestión, ya que centra sus reflexiones en principios estrictamente registrales (en especial, la regla consagrada en el art. 22 Ley 17801), lo que, a mi entender, resulta una hermenéutica cuestionable –conforme se explicará–. Tampoco resulta convincente la pretendida aplicación analógica de las normas hipotecarias, ya que el tercero adquirente del bien gravado no necesariamente limita su responsabilidad al monto del gravamen porque la norma contenida en el art. 2199 CCCN debe ser interpretada no solo atendiendo al art. 2189 sino también al 2193, ambos del citado cuerpo legal. Es por ello que se ha dicho: "El poder de agresión del acreedor sobre el objeto gravado puede desplegarse 'hasta el máximo del gravamen'. Esta expresión debe matizarse según se trate de un derecho real de garantía de créditos determinados ('cerrados') o bien de créditos indeterminados ('abiertos'). En el primer caso, la cuantía del gravamen coincide con el monto del capital del crédito y, por su carácter provisional, luego se propaga de acuerdo al art. 2193. En cambio, la cuantía del gravamen en los derechos reales de garantía indeterminados ('abiertos') se precisa definitivamente" (Alterini, Jorge H., Alterini, Ignacio E. y Alterini, María E., *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2018, §1861, p. 817). En sentido concordante, a la luz del CCIV, se habían pronunciado Highton, Elena I. y Nabar, María J., ob. cit. (cfr. nota 9), pp. 1196 y ss.

en dinero de la pretensión procesal al momento de la resolverse la medida, pero de ninguna manera puede sostenerse que la eficacia asegurativa de la cautelar esté atada a ese monto histórico originario, pues lo determinante –insisto en este concepto– radica en que el embargo ha afectado a la cosa al resultado final del proceso.

Partiendo de ese concepto, y ya en referencia a la oponibilidad del embargo al tercero adquirente, considero que la problemática no puede ser desentrañada sin hacer foco en las normas jurídicas regulatorias de la transmisión de derechos, particularmente en la regla contenida en el artículo 399 CCCN y concordantes ("*nemo plus iuris in alium transferre*"). En efecto, si bien frente a la relación procesal que ha motivado la traba del embargo el adquirente es un tercero, desde el momento en que decide adquirir la cosa embargada –tomando conocimiento de tal circunstancia– no puede pretender ostentar derechos más extensos que los que correspondían a su antecesor en la titularidad.[35] Claramente, el adquirente de la cosa embargada se ha emplazado voluntariamente en una posición jurídica como consecuencia de la cual, y más allá de la situación registral publicitada, se encuentra expuesto a las consecuencias o resultas del proceso judicial en cuestión, pues el transmitente –en cuyas potencialidades jurídicas abreva el derecho del adquirente– no podría pretender el levantamiento del embargo ofreciendo depositar el monto publicitado en el asiento del embargo respectivo. Acordarle tal posibilidad al adquirente implicaría violar la citada y universal regla en materia de transmisiones, atribuyéndole al sucesor un derecho más extenso que el que perteneciera a su antecesor.

En este contexto –y complementando la idea–, no debe perderse de vista que la pretensión de lograr el levantamiento del embargo mediante el depósito del monto publicitado no es otra cosa que una sustitución de la medida precautoria. Por ello, en tal hipótesis, no puede desatenderse a lo dispuesto en los códigos procedimentales que –al igual que el artículo 203 CPCCN– disponen que toda sustitución requiere del previo traslado al embargante y una merituación por parte del juez del proceso en orden a garantizar que no se afecten las garantías de aquel. Lógicamente, si, pese a la suficiencia del bien ofrecido en sustitución –en el caso hipotético, el dinero–, el acreedor se negara a aceptar la propuesta, el juez podrá darle curso a tal sustitución, pues de lo contrario se estaría avalando el ejercicio abusivo del derecho acordado al embargante (art. 10 CCCN). Ahora bien, sostener lo contrario, es decir, pretender que –sin darle intervención al embargante y sin mayor valoración judicial– el juez de la causa deba proceder sin más al levantamiento del embargo, en base al argumento de que no puede extenderse la oponibilidad más allá del monto publicitado, nos parece que también implicaría amparar un ejercicio abusivo del derecho pero por parte del tercero adquirente.

Por otro lado, entiendo que la temática, necesariamente, debe abordarse teniendo muy en cuenta la buena fe que debe informar la conducta del adquirente de la cosa embargada. En efecto, y tal como surge del artículo 1893 CCCN, para la configuración de la buena fe por parte del tercero interesado se requiere un proceder diligente. Coincidimos con el maestro Alterini en cuanto a que en nuestro ordenamiento jurídico vigente se exige la "buena fe subjetiva", de manera tal que

35. Highton, Elena I. y Nabar, María J., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 1201.

> "[…] Si se adopta una actitud despreocupada e indiferente se desecha la buena fe, pues la buena fe no puede invocarse por quienes no despliegan todo el cuidado y el esmero razonablemente necesarios para no quedar supeditados a una realidad registral inexacta. Para ser de buena fe no hay que conocer ni deber conocer". [36]

En el marco de esta diligencia exigible al adquirente, no comparto la preocupación manifestada por destacada doctrina al sostener que la oponibilidad de un monto mayor al publicitado conlleva consagrar la eficacia de situaciones no publicitadas o gravámenes ocultos, pues, tal como lo sostiene Dodda, la publicidad registral en estos casos debe ser complementada con las constancias del expediente. O sea, el real monto del crédito asegurado por el embargo podría ser cabalmente conocido por el adquirente accediendo a las pertinentes actuaciones judiciales, pues la publicidad cartular del expediente completa la registral, brindándole la posibilidad de conocer la verdadera extensión de la pretensión a quien efectivamente quiere contratar con el debido cuidado y previsión. [37]

Por lo precedentemente expuesto, podemos concluir, junto a Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, que

> … raramente podrá predicarse buena fe del adquirente, pues ante la existencia del registro que publica un embargo, excepcionalmente podrá afirmarse que no se conoció ni se pudo conocer la mayor extensión del crédito del embargante. [38]

Por último, y con apoyo en el concepto de buena fe, creo que la tesis amplia, a la que adhiero, encuentra también un fundamento axiológico: en el contexto inflacionario que atraviesa la economía nacional desde hace más de una década, considerar que el tercero adquirente ha podido razonablemente entender que el monto publicitado al trabar un embargo –que, conforme al plazo de caducidad previsto en el artículo 37 inciso b) de la Ley 17801, puede llegar a tener un antigüedad de casi cinco años– refleja íntegramente el crédito que lo ha motivado es una afirmación que roza los contornos de la burla. [39]

36. Cossari, Nelson G. A., (comentario al art. 1893), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016 (2ª ed.), p. 144 (con cita de Alterini, J. H., "La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 14/9/2006 [t. 2006-E, p. 1126]). Y, ampliando la idea, el autor agrega: "El cuarto párrafo del art. 1893 del Código Civil y Comercial deja muy clara la necesidad de la buena fe subjetiva al establecer que 'No pueden prevalerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real'. Es decir, se utiliza la expresión no conocía o debía conocer y si bien se refiere al título del derecho real, es obvio que muchas veces por el hecho del ejercicio material del derecho real puede inferirse la existencia del título y una averiguación mayor dará con él" (ídem, p. 145).
Asimismo, se ha dicho: "No puede admitirse que el adquirente sea de buena fe, tanto si existe prueba directa de su mala fe, como también si adoptó la actitud cándida de tomar conocimiento de la existencia de un juicio a través del embargo y, pese a su condición de sucesor, en vez de asumir todas sus consecuencias, se escudó en la frágil y equívoca apariencia del asiento registral en cuanto al monto de esa medida precautoria" (Alterini, María E., ob. cit. [cfr. nota 23], p. 109).

37. Dodda, Zulma, ob. cit. (cfr. nota 11), p. 665.

38. Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia, ob. cit. (cfr. nota 31), p. 148.

39. Resulta ilustrativo en este sentido un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de un reajuste contractual de un contrato de compraventa inmobiliaria, en el cual el tribunal, destacando el agudo proceso inflacionario, consideró que para la determinación del reajuste equitativo los jueces de la causa no debieron juzgar la cuestión como si se tratara de "obligaciones dinerarias" sino que debieron darle el trato de las "obligaciones

4. Extensión patrimonial de la responsabilidad del adquirente

Habiendo definido la extensión respecto del *quantum* de la obligación del tercero adquirente de la cosa embargada, corresponde indicar ahora "hasta dónde" puede extender el acreedor embargante su agresión o, dicho de otro modo, "con qué" responde el adquirente. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en cuanto a limitar la responsabilidad del adquirente a la cosa embargada, no pudiendo el acreedor embargante pretender avanzar sobre los restantes bienes del adquirente, salvo que este haya asumido la deuda que motivó el proceso judicial en el que se decretó el embargo.

Son aplicables a nuestra temática lo dispuesto en los artículos 1937 y el 2199 CCCN. Comentando el primer artículo, Cossari ha dicho:

> El único detalle que puede agregarse en estos últimos dos supuestos es que salvo que el adquirente asuma personalmente la deuda en el caso de una hipoteca, o un embargo, su responsabilidad se limita a la cosa adquirida… [40]

Ante ello, resultan de suma importancia las palabras que se emplean en la escritura pública de adquisición a la hora de indicar el "reconocimiento" del embargo, toda vez que una manifestación confusa podría acarrear gravísimas consecuencias para el adquirente. [41] En ese orden de ideas, considero que si la intención del adquirente no es incorporarse a la relación jurídica obligacional, el notario autorizante del instrumento debe ser absolutamente cauto en su redacción, utilizando expresiones de las cuales surja claramente que no es intención del adquirente asumir la deuda. Como contrapartida, sería conveniente que el asiento registral destinado a publicitar el reconocimiento del embargo esté confeccionado de manera tal que permita saber si ha habido o no asunción de deuda. Por último, y en base a lo expuesto, resultan criticables normas como el artícu-

---

de valor", para restablecer el equilibrio de las prestaciones (CSJN, 19/2/2019, "Di Cunzolo, María Concepción c/ Robert, Rubén Enrique s/ nulidad de acto jurídico" -516/2016/RH1 [*N. del E.*: ver aquí; fuente: Secretaría de Jurisprudencia; última consulta: 11/2/2020]).

Por otra parte, y respecto a embargos en periodos inflacionario, cierta jurisprudencia ha sostenido que si bien en principio frente a terceros la cuantía (del embargo) no es otra que la que surge registrada y por tal medio publicada *erga omnes*, cuando su traba se remonta a períodos inflacionarios el monto nominal inscripto no debe ser considerado definitivo pues la depreciación monetaria ha de considerarse comprendida en los daños y perjuicios que resultaren a terceros (CNCiv., Sala I, 11/8/1998, "Richter de Schulze E. c/ López, José [*Jurisprudencia Argentina*, t. 2002-II, [índice: pp. 67-68]); citado por Falcón, Enrique M., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 196 (al pie Nº 60).

40. Cossari, Nelson G. A., (comentario al art. 1937), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016 (2ª ed.), p. 347. En sentido concordante, y al abordarse la responsabilidad del propietario no deudor en materia de hipoteca (regulada en el citado art. 2199 CCCN), se ha concluido: "Por de pronto, la norma limita el poder de agresión del acreedor al objeto del derecho real de garantía, pues el "propietario no deudor" no integra la relación jurídica obligacional y, en ese sentido, los restantes bienes que integran su patrimonio no pueden ser atacados" (Alterini, Jorge H., Alterini, Ignacio E. y Alterini, María E., ob. cit. [cfr. nota 34], p. 817). Conf. Ferrari Ceretti, Francisco, ob. cit. (cfr. nota 23), p. 65; Highton, Elena I. y Nabar, María J., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 1201

41. Son sumamente ilustrativas y pedagógicas las consideraciones hechas al respecto en Nuta, Ana R., Prósperi, Fernando F. y Rotondaro, Domingo N., ob. cit. (cfr. nota 13), pp. 68 y ss.

Concordantemente, puede citarse la sentencia CNCom., Sala B, 10/3/1986, "Ingeniería Sánchez SA c/ Depetro, Salvador A." (*Jurisprudencia Argentina*, t. 1986-II, p. 140), en la que se interpretó que la manifestación de los compradores en el sentido de que "reconocen y toman a su cuenta y cargo" el embargo preventivo informado constituye una delegación de la deuda.

lo 20 de la Ley 6435 de la Provincia de Santa Fe[42] en la medida en que la expresión *tomar a cargo* puede eventualmente interpretarse como una asunción de la deuda.

En definitiva, lo relevante es que, al momento de concretarse la enajenación del bien embargado, el adquirente tome conocimiento de la existencia de la medida cautelar. Con eso basta, pues las consecuencias jurídicas ulteriores que hemos desarrollado en este trabajo derivan de la inoponibilidad de la transferencia respecto del embargante. Resulta un exceso de las normativas locales o de los propios registradores –y, en algunos casos, de los propios notarios autorizantes– pretender hacerle manifestar al adquirente expresiones que pueden entrañar efectos jurídicos no deseados.

5. Conclusiones

En virtud de lo precedentemente expuesto, se concluye que, haciendo una interpretación armónica y sistemática de todo el ordenamiento jurídico, el tercero adquirente de una cosa embargada judicialmente por un monto determinado no puede pretender librarla abonando el monto publicitado en el asiento respectivo. Tal pretensión implica una sustitución de la medida cautelar, cuya procedencia requiere de la correspondiente valoración por parte del juez que la dispuso, previo traslado al acreedor embargante.

Descartada tal prerrogativa con relación al propio deudor embargado, se impone necesariamente negársela al adquirente (sucesor a título singular), por aplicación de la norma consagrada en el artículo 399 del Código Civil y Comercial, según la cual nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene.

Finalmente, conforme a la normativa actualmente vigente (arts. 1893 y cc. CCCN), no puede considerarse de buena fe al adquirente que, habiendo conocido la existencia de un embargo en virtud de la certificación registral, no tomó la precaución de analizar las pertinentes actuaciones judiciales para imponerse de la real extensión de la pretensión del embargante, conducta esta aún más exigible en períodos inflacionarios como los actuales.

7. Bibliografía

AA.VV., (conclusiones de la IX Jornada Notarial Argentina [Salta, 1962]).

AA.VV., (conclusiones de la IV Reunión Jurídico Notarial de Santa Fe [Santa Fe, 1971]).

Acquarone, María T., Cosola, Sebastián J. y Roca, Ricardo, (comentario al art. 1009), en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 3, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

Adrogué, Manuel I. y Amuy, Juan C., "La proyección del embargo en el tráfico jurídico inmobiliario", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 795, 1984.

Alsina Atienza, Dalmiro A., "Condiciones y efectos jurídicos de la disposición de bienes embargados", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1933.

42. "El Registro General no inscribirá con carácter definitivo documento alguno en el que se invoque certificación por la que se haya hecho saber la existencia de algún gravamen o medida cautelar sin que consten cancelados en el mismo o tomados expresamente a su cargo por el adquirente. Tratándose de inhibiciones no es lícito a estos efectos que las tomen a su cargo las partes contratantes extrañas a las mismas". La misma norma fue reproducida en el art. 1 de la derogada DTR Nº 6-ORPI-2006 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de San Luis.

Alterini, Jorge H., Alterini, Ignacio E. y Alterini, María E., *Tratado de los derechos reales*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2018.

Alterini, María E., "El embargo como derecho real procesal", en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 4/2/2005 (consultado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 879).

Ahumada, Daniel E., "Oponibilidad del embargo frente a los adquirentes de inmuebles", *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Nº 83-84, 2004.

Andorno, Luis O., "Quantum de la deuda que asume el adquirente de un inmueble embargado", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, LexisNexis, t. 2001-IV.

Arazi, Roland y Rojas, Jorge A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014 (3ª ed.).

Ariza, Ariel, (comentario al art. 1009), en Lorenzetti, R. L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 5, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Badrán, Juan P., "El incidente de levantamiento de embargo frente al art. 745 del Código Civil y Comercial de la Nación" [online], en *Revista Argentina de Derecho Civil*, Buenos Aires, IJEditores, Nº 2 (8/8/2018), cita online IJ-DXXXVII-412.

Cossari, Nelson G. A., "Embargo de bienes registrables, anotación registral y límites de la responsabilidad del adquirente (la cuestión en el ámbito nacional y en la provincia de Santa Fe)", en *La Ley Litoral*, Buenos Aires, La Ley, 2002 (cita online AR/DOC/11325/2001).

— (comentario a los arts. 1893 y 1937), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 9, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016 (2ª ed.).

Dodda, Zulma, "Hipoteca y Embargo. Su Registración", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nº 972, 2012.

Eisner, Isidoro, "Sobre la posibilidad y efectos de la venta privada de bienes embargados judicialmente", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 155, 1974.

Falcón, Enrique M., *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, t. 4, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2013.

Ferrari Ceretti, Francisco, "Venta de bienes embargados", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1973.

Highton, Elena I. y Nabar, María J., "Venta del inmueble embargado", en *La Ley*, t. 1985-C, cita online AR/DOC/1297/2001.

Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia, "El embargo anotado el en registro inmobiliario y la venta o la subasta judicial de la cosa", en *Idearium. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza*, Mendoza, Universidad Nacional de Mendoza, Nº 10/12, 1984-1986.

Lafaille, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, t. 1, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2009 (2ª ed. act. y ampl. por Alberto J. Bueres, Jorge A. Mayo y otros).

Nuta, Ana R., Prósperi, Fernando F. y Rotondaro, Domingo N., *Medidas cautelares y bloqueo registral*, Buenos Aires, La Rocca, 2001.

Spota, Alberto G., "Efectos del embargo frente el tercer adquirente de la cosa embargada", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1956-II.

Von Ihering, Rudolph, *La lucha por el derecho*, Madrid, [editorial?], 1881 [traducción de Adolfo Posada y Biesca].

Zalazar, Claudia E., "Las medidas cautelares y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en *La Ley Cuyo*, Buenos Aires, La Ley, 2015 (septiembre), cita online AR/DOC/2979/2015.

Seminario *Abordaje integral de la regularización dominial y urbanización en la República Argentina*

El derecho a la vivienda es un derecho humano fundamental, muchas veces vulnerado en la actualidad de nuestro país. Esta insatisfacción plantea una problemática profunda que es abordada desde distintos sectores profesionales y sociales, en forma transversal. El abordaje nunca es integral, por lo cual muchas veces las soluciones no son completas.

Desde esa perspectiva, se desarrolló en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, los días 15 y 16 de mayo de 2019, el seminario "Abordaje integral de la regularización dominial y urbanización en la República Argentina". El mismo contó con la exposición de destacados profesionales e investigadores de todos los ámbitos, incluso el judicial. Entre ellos: Cristina Cravino, Nicolas Cafferata, Sebastián Tedeschi, Pablo Vitale, Melina Lis Maldonado, Ricardo Mansilla, Rosa Pueyo, Elena Liberatori, Valeria Snitcofsky, Fernando Murillo, Julián Castro, Juan Aicega, Victoria Cuesta, Franco Carballo y Hernán Petrelli.

El seminario tuvo por objetivo abordar, desde el punto de vista técnico de cada uno de los profesionales convocados (escribanos, agrimensores, sociólogos, abogados, jueces, antropólogos), el problema de la regularización dominial y urbanización de villas y asentamientos en la República Argentina. En el abordaje, se tomaron especialmente en consideración las experiencias de los proyectos llevados a cabo hasta el día de la fecha a nivel local y nacional, y los que están previstos para ser ejecutados en el futuro próximo (ACUMAR). La propuesta importó un tratamiento interdisciplinario de los tópicos, con el invalorable aporte de especialistas que trataron la cuestión teoréticamente y en campo, a los efectos de enriquecer el debate y las conclusiones y propuestas de trabajo a las que se arribaron.

La motivación de los organizadores fue elaborar, a partir de las conclusiones, con la intervención de la sociedad civil y de organismos estatales especializados, los instrumentos jurídicos, financieros y urbanísticos necesarios para abordar en forma completa el problema de la regularización dominial y la urbanización de tierras –muchas veces, e irónicamente, estratégicas– ocupadas por el sector más vulnerable de la población, de manera de que ese proceso sirva para su promoción social. A esos fines, fue muy importante tener en cuenta la interrelación que generalmente existe entre las zonas urbanas y productivas con la reorganización dominial y sus implicancias sistémicas y a largo plazo para el desarrollo económico y social de la población involucrada.

La perspectiva de abordaje de los diferentes académicos, especialistas y técnicos de las áreas de la sociología, la historia, la arquitectura y el urbanismo, el derecho y los organismos del Estado involucrados fue fundamental y enriquecedora para abordar una problemática compleja y que tiene muchas aristas a considerar para un problema que se vislumbra en el centro de las cuestiones a resolver en los próximos veinte años en la

Argentina. El abordaje de la problemática, en el desarrollo de la jornada, se llevó a cabo en forma gradual, avanzando desde una perspectiva general y antropológica a una más técnica, específica y concreta, desde la perspectiva de la praxis técnica de mensura y catastral a la judicial, litigiosa y de titulación.

A continuación, se ponen a disposición de los lectores de la *Revista del Notariado* dos de las ponencias desarrolladas en el seminario, de la Dra. Elena A. Liberatori –jueza, a cargo de la Secretaría Ad Hoc de Causas Colectivas en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Barrios Vulnerados de la Ciudad de Buenos Aires– y de la Agrim. Rosa Isabel Pueyo –profesional que participó activamente en el proceso de reurbanización y regularización dominial del barrio Los Piletones, en Villa Soldati, Ciudad de Buenos Aires–.

María Marta Herrera

La perspectiva judicial de los procesos de regularización dominial*

Elena A. Liberatori

RESUMEN

En la Ciudad de Buenos Aires, la problemática del acceso deficiente a la vivienda digna está ampliamente difundido. En este contexto, la regulación dominial es uno de los aspectos a considerar para que las condiciones de habitabilidad sean dignas de ser vividas. En la actualidad, el rol que cumple el Poder Judicial resulta fundamental para asegurar que se respete el derecho a un hábitat digno. Desde la Secretaría de Barrios Vulnerados, hemos intercedido para que la regularización dominial en los barrios vulnerados de la Ciudad de Buenos Aires sea efectiva.

PALABRAS CLAVE

Vivienda digna; regularización dominial; barrios vulnerados; Poder Judicial.

Fechas de recepción y aceptación

3/6/2019 - 4/9/2019

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Una aclaración preliminar necesaria.* ***3.*** *¿Cómo se hace para que sea una realidad el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado?* ***4.*** *Procesos de reurbanización a partir de 2015 y la perspectiva judicial de los procedimientos de titularización, dos etapas bien diferenciadas.* ***5.*** *Ley 6129 de Reurbanización Barrio 31 y 31 bis.* ***6.*** *A modo de conclusión.* ***7.*** *Bibliografía.*

1. Introducción

El creciente interés por el tema de la regularización dominial refiere, en nuestro caso, a la denominada **ciudad informal**, aquella que denominábamos *villas miseria*, *núcleos habitacionales transitorios*, *asentamientos*, palabras que denotan la intención gubernamental, según los tiempos políticos, de proceder a desalojar de modo violento o mediante otras vías de hecho también de común denominador de violencia física y simbólica. También este tema se refiere a los procesos de judicialización, en particular a partir de 2005, para tratar de dar eficacia a los derechos constitucionales a la vivienda digna y al hábitat por parte de sectores sociales de contexto crítico.

* Este trabajo, especial para la *Revista del Notariado*, fue presentado luego de la disertación brindada por la autora en el marco del seminario Abordaje Integral de la Regularización Dominial y Urbanización en la República Argentina, que se llevó a cabo en el mes de mayo en la sede del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, coordinado por la escribana María Marta Herrera.

Recientemente, la Universidad Nacional de Lanús, en el mes de abril de 2019, realizó el Encuentro Federal de Hábitat y Territorio con actividades previas en todo el país, cuyo documento de trabajo enuncia el hábitat como un derecho humano que incluye el derecho al territorio, a la ciudad y a una vivienda adecuada. Es parte esencial de la seguridad social, pero también tiene una dimensión económica trascendente ya que su producción significa un gran aporte al derecho al trabajo y a la producción de un marco de la planificación territorial del desarrollo con inclusión. A tal fin, han sido convocados integrantes de organizaciones sociales, sindicales, de la economía social, de derechos humanos, ambientalistas, de la defensa de los derechos del usuario y del consumidor, iglesias, colegios profesionales etc., a fin de consensuar los aspectos más relevantes e insoslayables a la hora de diseñar una política federal de hábitat y territorio.

2. Una aclaración preliminar necesaria

Nunca fui de la idea de denominar las villas como tales ni con su número asignado en la dictadura militar 1976-1983. Un derecho fundamental es el derecho a la identidad. Es más, es el centro de todos los derechos fundamentales. No se es un número aunque se nos asigne al nacer. Lo que nos identifica es el nombre. Y con los barrios de la pobreza crítica –denominación que utiliza la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (art. 31)– pasa lo mismo.

Además, también aclararemos que se trata de barrios vulnerados y no vulnerables, ya que, como explica la antropóloga que integra el plantel de la Secretaría de Barrios Vulnerados del juzgado a mi cargo, licenciada Lucía Guaimas, dicha condición de vulneración no es intrínseca al colectivo social que habita las villas de la ciudad, sino que dichas condiciones han sido generadas por o son consecuencias de innumerables hechos históricos, económicos y sociales. Ese cúmulo de condiciones llevó y lleva a que esa población se vea obligada a vivir en condiciones precarias e insalubres que no son generadas por los sujetos que deben padecerlas.[1]

El artículo 31 de la Constitución de la Ciudad establece el reconocimiento del derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Pero el constituyente fue mucho más lejos que el reconocimiento jurídico y pasó a desarrollar en este derecho, y en otros tan fundamentales como la educación y la salud, el cómo hacer para que ese derecho no quede ahí en el reconocimiento, que no sea declarativo o retórico. Reitero: que las normas confieran derechos no es poco pero no alcanza; y, por ello, siguiendo una técnica legislativa acertada, pasa a disponer los medios para tornarlo una realidad, es lo que denominamos eficacia jurídica.

1. Guaimas, María L., "El déficit habitacional en el mercado informal inmobiliario en las villas de la Ciudad de Buenos Aires" (tesis de licenciatura en Ciencias Antropológicas, Universidad de Buenos Aires), Buenos Aires, [s.e.], 2018; disponible aquí; última consulta: 10/2/2020. (Este trabajo compila también la experiencia de la Secretaría de Barrios Vulnerados, a cuyo cargo nos hallamos desde 2011).

3. ¿Cómo se hace para que sea una realidad el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado?

La respuesta a esa pregunta está contenida en el mismo artículo 31, que en tan solo tres incisos, enuncia las herramientas para que los Poderes Ejecutivo y Legislativo den eficacia al derecho a la vivienda digna y al hábitat adecuado.

El mismo artículo constitucional reconoce la premisa de una realidad social, de precarización y de situaciones a veces denigrantes de la condición humana, como hemos visto, en el caso de personas llevando su vida en un socavón infecto y húmedo permanente. Esa realidad es la que la Constitución de la Ciudad (en adelante, "CCABA") reiteradamente denomina de **pobreza crítica** o, como dice la socióloga Clemente, de **pobreza persistente**, que en la norma constitucional son las personas de los sectores de pobreza crítica.[2] Dichos conceptos aluden a quienes, además de la pobreza o de escasos recursos, como literalmente dice el inciso 1, tengan también necesidades especiales (incapacidades físicas, hacinamiento, enfermedades y padecimientos de salud crónicos, irreversibles, etc.).

El citado artículo 31, entonces, establece los siguientes caminos de acción:

- Resolver progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, con lo cual partimos de la situación de déficit en tres aspectos: viviendas, infraestructura, o sea, calles, plazas, escuelas, centros de esparcimiento, de salud, etc., y servicios públicos esenciales: electricidad, agua potable, saneamiento, recolección de basura, alumbrado público, etc.
- Auspiciar la incorporación de inmuebles ociosos.
- Promover planes autogestionados.
- Promover la integración urbanística y social de los marginados.
- Recuperar viviendas precarias.
- Regularización dominial y catastral con criterios de radicación definitiva.

En el inciso 3, la norma constitucional se ocupa del "mientras tanto se llevan a cabo las reurbanizaciones", y, en consecuencia, habla de la necesidad de que el Gobierno regule los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.

Son innumerables los amparos presentados en el fuero contencioso con motivo de los denominados hoteles, los paradores del gobierno, situaciones de intrusión y ocupación de edificios privados o exedificios industriales, los inquilinatos informales tanto en villas como en la ciudad formal, todos con el común denominador, ante los inexistentes controles estatales en muchos casos, del abuso en cuanto a los precios de los alquileres, ya que, sin miramientos, las personas con sus familias y pertenencias son literalmente puestos en la calle, sea, reitero, en las villas o en los hoteles e inquilinatos de la ciudad. Estas problemáticas habitacionales forman parte de nuestro quehacer cotidiano, puesto que se cursan a través de amparos individuales o colectivos, sea por los subsidios habitacionales (como el Decreto GCBA 690/2006) o bien para que su monto

2. Clemente, Adriana (coord.), *Territorios urbanos y pobreza persistente*, Buenos Aires, Espacio Editorial, 2014.

sea actualizado porque resultan insuficientes los fondos para afrontar el alquiler de una habitación, muchas veces sin baño privado ni cocina.

Estas cuestiones devinieron críticas y exacerbaron en consecuencia el accionar judicial ante la intención política, pese al claro dispositivo constitucional mencionado, que sienta claramente el criterio de radicación definitiva, de erradicar las villas de la ciudad –me estoy refiriendo a lo que aconteció desde el año 2007 en la Ciudad de Buenos Aires–. Recién en la actual gestión de gobierno se encaró firmemente la construcción de viviendas y los procesos de reurbanización, aunque los mismos no comprendan aún todos los barrios vulnerados; por ejemplo, han quedado fuera la villa 21-24, una de las más grandes, si acaso la más grande, Zavaleta, que está aledaña, la 1-11-14, etc.[3]

En diciembre de 2015, con la gestión actual de gobierno en la Ciudad, comenzaron los procesos de reurbanización de algunos barrios vulnerados, seleccionados en lugares claves, como surge de la siguiente enunciación: el barrio Padre Mugica (villa 31 y 31 bis), ubicado en el barrio de Retiro y cerca de uno de los barrios más cotizados de la Ciudad y con proyectos de infraestructura e inmobiliarios de gran envergadura en sus inmediaciones; el barrio Rodrigo Bueno, que se encuentra geográficamente entre Puerto Madero y un proyecto inmobiliario de lujo del Grupo IRSA; el barrio Playón Chacarita o Fraga, que se encuentra inserto en el medio del barrio de Chacarita y cerca de barrios en ascenso como Villa Ortúzar, permitiéndole más accesibilidad; el barrio "villa 20", ubicado en el barrio de Lugano, que se encuentra enfrente del complejo habitacional construido para los Juegos Olímpicos de la Juventud de 2018 y cuyos departamentos fueron puestos a disposición de empleados de la Ciudad (policía y docentes principalmente) para acceder a ellos como vivienda definitiva por medio de créditos hipotecarios.[4]

> "De las entre 40 y 60 villas y asentamientos porteños –según la fuente que se tome–, los cuatro casos que se han priorizado (Villa 20 y 31, Fraga, Rodrigo Bueno) son procesos asociados a desarrollos inmobiliarios y emprendimientos de *marketing* urbano vinculados al turismo. En este sentido, no debe entenderse la urbanización de villas como un proceso que únicamente implique avances en la resolución de los problemas habitacionales de sus pobladores".[5]

3. Existen innumerables trabajos del campo de las ciencias sociales que ampliamente dan cuenta de estos procesos históricos, expuestos en trabajos como, entre otros: Robertazzi, Margarita (coord. gral), *Estrategias interdisciplinarias y participativas de comunicación y divulgación de las problemáticas que involucran marginaciones sociales*, Buenos Aires, UBA (PIUBAMAS), 2017, 130 pp. [*N. del E.:* ver aquí; fuente: PIUBAMAS; última consulta: 23/12/2019]; Gallardo, Roberto (coord. gral.), *Derechos sociales y doctrina franciscana. Reflexiones y debates*, Buenos Aires, Jusbaires, 2019 [*N. del E.:* ver aquí {"Colección Doctrina"}; fuente: Consejo de la Magistratura; última consulta: 23/12/2019]; e informes del Ministerio Público Tutelar (p.ej., Lowy Copello, María C., "Informe de las condiciones de habitabilidad de los hoteles de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" [elaborado para la Asesoría Tutelar Nº1 ante la Cámara de Apelaciones CAyT CABA a cargo del Dr. Gustavo Moreno], Buenos Aires, 2016). También cabe destacar los estudios e informes de entidades como el Observatorio de Derecho a la Ciudad (pueden verse aquí; última consulta: 10/2/2020), el Centro de Estudios Legales y Sociales (p.ej., AA.VV., *Hábitat digno: diez propuestas de políticas públicas*, Buenos Aires, CELS, 2017 [ver aquí; última consulta: 10/2/2020]) y la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (pueden verse aquí; última consulta: 10/2/2020); entre otras.

4. Acerca de las inevitables preguntas de por qué se seleccionaron estos barrios vulnerados y no otros, por caso, el 21-24, que es uno de los más grandes, cabe remitirse a diversos trabajos académicos; por ejemplo: Guaimas, María L., ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 134-143.

5. Ibídem, p. 136 (donde se citan las palabras del arquitecto Julián Salvarredy en la entrevista publicada en El Grito del Sur [portal de noticias], 29/7/2018 [última consulta: 23/12/2019]).

A este respecto, no puedo soslayar la existencia de procesos de gentrificación en la Ciudad, que genera claras situaciones de desigual acceso a la vivienda para los sectores de recursos medios y bajos. Denominamos **gentrificación** al desplazamiento territorial de sectores bajos de la sociedad por parte de sectores más altos como consecuencia de la interacción de otros fenómenos, como el mayor valor de las tierras y de la propiedad misma, el cambio de la población del lugar por personas de mayores recursos económicos, el cambio de la fisonomía constructiva y el surgimiento de nuevos servicios, lo que lleva a la reunión de individuos con los mismos intereses de consumo. Por otra parte, el Estado propicia ese proceso de gentrificación con fomentos tributarios, traslado de edificios públicos (por caso, la sede de Gobierno a la zona sur de la Ciudad).

Es lo que Carman denomina el "ennoblecimiento urbano", tomando un concepto de O'Connor y Waynne (1997), señalando que se produce una modificación de la zona que antes era considerada marginal y ahora es habitada y visitada por una clase social más alta. Ello acarrea numerosos cambios, como el aumento del valor de las propiedades.[6]

4. Procesos de reurbanización a partir de 2015 y la perspectiva judicial de los procedimientos de titularización, dos etapas bien diferenciadas

La Secretaría de Barrios Vulnerados, a través de los expedientes judiciales que allí tramitan, ha intervenido para definir los criterios de asignación de viviendas y consecuente titularización, por ejemplo, el arraigo preexistente demostrable por medio de facturas de servicios a su nombre o la escolarización de les niñes. Ello, incluso, no necesariamente con relación a una nueva vivienda sino también para ser acreedor de alguna otra variante de solución habitacional definitiva, mediante las modalidades de intervención estatal que surgen del aludido artículo 31 CCABA y que enunciara al comienzo.

También hemos intervenido muy activamente, a partir de lo normado en la Ley 148, en los procesos eleccionarios de delegados de los barrios, a fin de canalizar la participación necesaria de los habitantes de los mismos. Por ello, a continuación, nos explayaremos acerca de los criterios judiciales de adjudicación de viviendas sociales en el marco de los procesos de amparos en la Secretaría de Barrios Vulnerados del juzgado a mi cargo.

Hasta el año 2016, si bien existían algunas leyes de urbanización por cada villa y la Ley 148 con respecto a la radicación y transformación definitiva de las villas y Núcleos habitacionales transitorios en la Ciudad, no existía una decisión política real de urbanizar, ni muchos menos, criterios objetivos (legales) de adjudicación de viviendas o de mejoramiento. Sin temor a exagerar, incluso, puede afirmarse que casi no se construían viviendas sociales en la Ciudad con fondos propios de esta. En efecto, a comienzos de la década de 2000, únicamente se construyeron viviendas a través del Plan Federal de Viviendas, es decir, con fondos de Nación, y de los que hemos podido saber el cupo

6. Carman, María, "El barrio del Abasto, o la invención de un lugar noble", en *Runa. Archivo para las Ciencias del Hombre*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, v. 25, Nº 1, 2005. [*N. del E.*: ver aquí; fuente: Runa; última consulta: 10/2/2020].

asignado a nuestra Ciudad fueron 5000 viviendas, no llegando a concretarse ni una mínima y razonable parte.

En este contexto, y hacia 2005, comienzan estos procesos judiciales colectivos que, a lo largo de su proceso, fueron plasmando casuísticamente, y según pautas de la normativa constitucional, convencional y legal vigente en la Ciudad, criterios para adjudicar viviendas nuevas en el marco de amparos habitacionales, donde siempre la disponibilidad de estas era escasa por la antedicha razón de que había una voluntad gubernamental tendiente a la erradicación de los habitantes de villas, aun cuando estaba vigente, desde 1996, el mandato constitucional contrario es decir, de radicación definitiva.

A continuación se cita los casos que resultan emblemáticos.

A) ***Caso Medina Benítez - villa Cartón***:

Se trata de la experiencia más sistemática de adjudicación de viviendas en la que intervenimos. Es una causa donde se condenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, "GCBA") a otorgar "soluciones habitacionales definitivas" a los exhabitantes de la villa Cartón (debajo de la AU7) mediante la adjudicación de viviendas en un complejo construido en el marco del Plan Federal de Viviendas con fondos de Nación.

Las viviendas se iban construyendo en tandas o "tiras" de 100/120 y el tribunal debía decidir a qué familias las adjudicaba (dentro de un universo que superaba ampliamente la disponibilidad real). El criterio que adoptó el tribunal, luego de analizar la Constitución Local y la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos y las leyes que protegen en forma específica la salud, a las personas discapacitadas y a los niños/as y adolescentes (en adelante, "NNA") fue el siguiente:

- Prioridad 1: Aquellos grupos familiares que acrediten que alguno de sus integrantes presenta alguna discapacidad.
- Prioridad 2: Aquellos grupos familiares que acrediten que alguno de sus integrantes presenta afectaciones severas a su salud.
- Prioridad 3: Se establecerá un orden de prelación en función de la cantidad de NNA a cargo del grupo familiar.
- En todos los casos, los beneficiarios deberán encontrarse contemplados en el censo de la Ley 1987.

Debe destacarse que, además de una ponderación desde la óptica de los derechos sociales (salud, discapacidad y protección de los NNA), un criterio ineludible fue la inclusión en el censo que previamente había realizado el GCBA sobre la población afectada, es decir, un relevamiento acerca de la conformación de los grupos familiares, los medios de sustento económico, las condiciones de salud, la tipología de la vivienda, el grado de precariedad, la escolaridad de los NNA, la conformación familiar con mujeres solas a cargo de hijos, la situación laboral permanente o precaria. Generalmente, abunda este último supuesto, porque existe una gran discriminación hacia las personas que buscan trabajo, y, a la hora de decir dónde viven, deben ocultar que lo hacen en una villa.

B) ***Caso "Elefante Blanco"***:

Al tribunal le tocó intervenir en la relocalización de la manzana 27 bis lindante al complejo conocido como Elefante Blanco en el barrio Ciudad Oculta (villa 15),

en el marco de un amparo habitacional interpuesto por las familias que habitaban dicho edificio y que luego, en buena medida, se habían asentado precariamente en las inmediaciones del mismo. Se adoptó una metodología de mesas de trabajo, en donde se analizó cada caso individualmente (539 personas, 169 familias) y se buscó una solución habitacional, consistente en la entrega de un subsidio para relocalización, consensuada en entre cada familia y el GCBA.

Cabe destacar que, en esta oportunidad, los criterios empleados no eran para adjudicar viviendas sino para fijar el *quantum* de la solución (subsidio) y otras cuestiones conexas al mismo (plazo, cooperación en la búsqueda de opciones y ciertas contemplaciones especiales). Entre los criterios se destacan:

1. La existencia dentro de una vivienda de más de un grupo familiar.
2. El estado de la vivienda, otorgando subsidios mayores a aquellas más consolidadas estructuralmente y calidad de terminación.
3. Existencia de algún emprendimiento comercial o productivo en la vivienda.
4. Situaciones de salud, discapacidad y otras consideraciones desde la óptica de los derechos sociales.
5. En todos los casos tenían que estar en el censo previo, realizado por la Defensoría Oficial y consensuado con el GCBA y la Asesoría Tutelar.

C) ***Caso "Piletones"***:

Se suscitó la intervención judicial en el marco de la relocalización de algunos sectores de algunas manzanas del barrio debido a la construcción de "sectores comunes" o "espacios verdes" en el marco de la reurbanización. Los casos en los que el Gobierno no pudo consensuar la relocalización se trabajaron en el tribunal también bajo la modalidad de mesas de trabajo. Este caso tuvo las siguientes particularidades. El GCBA ofrecía dos alternativas para relocalizarse fuera de los "polígonos":

- Acceder mediante un crédito blando a tasa fija a una "vivienda nueva" en el complejo habitacional construido por la Corporación Buenos Aires Sur.
- Relocalizarse en otra vivienda del barrio que se adecuara a las necesidades del grupo familiar (vivienda que dejaba libre otra familia afectada también a la relocalización).

En algunos de los casos judicializados, apareció un nuevo criterio asentado en una "perspectiva de género", debido a que se producían disputas dentro del grupo familiar. Se priorizó en la adjudicación de viviendas nuevas a aquellas madres a cuyo cargo tenían el cuidado de sus hijos/as como producto de una separación posterior al acto administrativo por el cual se adjudicaba la vivienda al grupo familiar y que incluía a la expareja.

D) ***Casos de refacción de viviendas***:

En nuestro fuero, lamentablemente, abundan los amparos habitacionales conocidos como "sin techo", por los cuales personas en situación de calle –actual o inminente– peticionan una solución habitacional. Es usual en esos casos que el GCBA intente paliar dicha situación mediante el otorgamiento de un subsidio habitacional conocido como "Decreto 690".

En varios casos, en los que intervino el juzgado a mi cargo, las personas en situación actual o riesgo inminente de calle eran habitantes de los barrios vulnerados. En muchos casos, la cuestión habitacional no estaba dada por la falta de vivienda literalmente sino porque la vivienda en la que residían no reunía requisitos mínimos de habitabilidad (usualmente por padecer los peticionantes alguna discapacidad, enfermedad, situaciones de hacinamiento o extrema precariedad).

En esos casos, el tribunal no se inclinó por la entrega del subsidio del 690, sino que ordenó al GCBA la reconstrucción o refacción de las viviendas que habitaban, apareciendo así un nuevo criterio en materia habitacional. Se ponderaba especialmente el arraigo de la familia en el barrio, las redes de contención y cuidado a cargo de vecinos, la concurrencia de los chicos a las escuelas de la zona, entre otras que no tornaban razonable la entrega de un subsidio para simplemente relocalizarse en otra zona de la ciudad.

E) ***Causas de urbanización***:

En el tribunal tramitan expedientes en donde se le reclama al Gobierno se lleve adelante la reurbanización de barrios vulnerados de la Ciudad, como consecuencia de la tramitación de demandas por parte de sus habitantes:

- Barrio 31: barrio Padre Carlos Mugica (villas 31 y 31 bis) y barrio San Martín agregado al polígono de urbanización.
- Barrio Villa 20 y predio Papa Francisco, denominación que los propios habitantes y originariamente ocupantes del predio decidieron al momento de la toma, que ocurriera en febrero. Al respecto, valga aclarar que la ocupación de tierras no la considero un delito de usurpación. Es, como siempre digo, un modo inapropiado de reclamar por un derecho legítimo. Y, en este caso, se trataba de un predio al lado de villa 20, donde era un cementerio de autos que por lixiviación habían contaminado toda esa tierra.
- Barrio Los Piletones.
- Barrio Playón Chacarita.
- Barrio Rodrigo Bueno: actualmente en ejecución ante el Tribunal Superior de Justicia, sentencia original del juzgado a mi cargo, de marzo de 2011, que constituyó un precedente único –me refiero al hecho de que se ordenara judicialmente una urbanización–. Las particularidades que devienen de esa circunstancia, primera sentencia judicial ordenando al Ejecutivo la urbanización, mereció del actual jefe de Gobierno de la Ciudad el calificativo de "disparate" y dio lugar a la realización de un documental.[7]
- Barrio Padre Ricciardelli (villa 1-11-14): se encuentra en una fase muy inicial vinculada a la urbanización.
- Barrio La Carbonilla: sin perspectivas de urbanización al momento.

En el marco de las recientes leyes de urbanización (en el contexto del cambio de política por parte del GCBA), existe una regulación particular sobre la adjudicación de

7. *Ladrillos capitales. La disputa por la tierra en el corazón de la burbuja inmobiliaria*, presentado en febrero de 2019 en el cine Gaumont.

viviendas respecto de cada barrio en particular. En alguna medida, puede decirse que dichos ordenamientos consolidan y sistematizan los criterios que se vienen usando de manera "artesanal" en las causas judiciales. Decimos artesanal porque las decisiones judiciales se toman en cada expediente y ante cada caso concreto. A modo de ejemplo, hace tiempo que, en atención a que la secretaría trabaja de modo colaborativo en este tipo de cuestiones, se determinó un sistema de *scoring* (puntaje); por ejemplo, en el caso de la villa 20, que contempla:

- La necesidad de estar en los censos, dando mayor prioridad a los habitantes que tengan mayor antigüedad.
- La contemplación de situaciones de discapacidad o enfermedad en el grupo familiar.
- La composición del grupo y la cantidad de NNA.
- La situación de hacinamiento.
- La Ley 6129 de Urbanización del Barrio 31 (ver punto siguiente) y la Ley 5705 de Urbanización de la Villa 20 contemplan en las soluciones habitacionales la existencia de una actividad comercial en la vivienda original, lo cual no era así con anterioridad.
- Tanto en villa 20 como en barrio 31 y en Piletones, una de las soluciones habitacionales ofrecidas contempla la posibilidad de mejoramiento de vivienda existente, siempre y cuando no afecte los planes de la urbanización (por ejemplo, que no tenga que abrirse una calle en ese lugar).

A priori, no se advierten criterios vinculados a la perspectiva de género aunque el tribunal siempre se encuentra atento a ello.

5. Ley 6129 de Reurbanización Barrio 31 y 31 bis

Ahora bien, a partir de la sanción y promulgación de la Ley 6129 en el mes de diciembre de 2018, estamos ante la norma más reciente con respecto a un proceso de urbanización. Concretamente, el que se está llevando a cabo en el barrio Padre Mugica (villa 31 y 31 bis de Retiro). Y, por tal razón, es también la norma más completa en lo que se refiere a la regularización dominial, pues, como veremos a continuación, establece claramente las distintas situaciones y requisitos respectivos.

Aunque la reurbanización esté visiblemente avanzada, el artículo 2 establece que la misma deberá realizarse respetando los siguientes lineamientos, que, a nuestro modo de ver, constituyen el resultado de los reclamos históricos de los habitantes, la labor de las entidades sociales intermedias y lo dispuesto por la CCABA.

En efecto, así dice:

> … la totalidad de las políticas públicas previstas en la presente ley contarán con el presupuesto que resulte necesario para su implementación y se ejecutarán bajo los principios de igualdad social y de género, de no discriminación, de sustentabilidad, de justicia espacial y ambiental, de derecho a la ciudad e integración e inclusión socio urbana.

Como se aprecia, y en nuestra opinión, constituye una novedad que haya un mandato legal de destinar las partidas presupuestales necesarias a fin de concretar esos pro-

pósitos, sentando una obligación a la hora de la elaboración anual del proyecto de ley de presupuesto. Desde luego, esta obligación se extiende al legislador al momento de aprobar la ley presupuestal de cada año. En suma, no pueden faltar dineros que impidan la terminación de la urbanización encarada en las villas 31 y 31 bis.

Como antes se dijo, a pesar de que las obras presentan un grado de avance notorio, la ley reitera la obligación de dotar al barrio de los servicios públicos, infraestructura y equipamiento comunitario necesarios que se suponen son los pasos iniciales de un proceso de reurbanización. En lo que respecta los habitantes, la ley, conforme al principio de radicación efectiva que establece la CCABA, determina que no se harán desalojos forzosos, y, ante la necesidad de efectuar una relocalización que resulte excepcionalmente necesaria, por caso, una apertura de calles o la instalación de infraestructura para las obras de saneamiento o tendido eléctrico, esa relocalización se realizará dentro del polígono del barrio y con el consentimiento de los/as beneficiarios/as.

Las viviendas existentes, cuando su realidad constructiva lo permita, serán readecuadas para alcanzar estándares de habitabilidad apropiados, por ejemplo, en lo que hace al hacinamiento o la ventilación adecuada. Con respecto a las viviendas, se asegura en esta ley que los habitantes tengan la seguridad de la tenencia de la vivienda respectiva, no siendo en ningún caso la incapacidad de pago un obstáculo para garantizar este derecho.

Que este mismo artículo 2 establezca que se impulsarán los mecanismos tendientes a fortalecer el arraigo (inc. 9) implica desde ya un rumbo cierto y definitivo que aventa los desalojos y, asimismo, correlativamente implica el proceso respectivo de titularización que, conforme a lo establecido en el artículo 30, hace al objetivo de alcanzar "una solución habitacional única y definitiva". El artículo 30 indica, a tales fines, es decir, la regularización dominial, que los/las beneficiarios/as de una solución habitacional única y definitiva se encuentren registrados/as en los empadronamientos realizados por la Dirección General de Estadística y Censos a requerimiento de la Secretaría de Integración Social y Urbana, entre los años 2016 y 2018. Es decir, que se encuentren censados entre los años 2016 y 2018, para lo cual se siguen criterios de arraigo demostrables, por ejemplo, a través de la escolaridad de los hijos, constancias de pago de servicios o de trabajo, etc. Por eso, la ley dice que los organismos de aplicación realizarán las acciones necesarias a efectos de incorporar a aquellas personas que acrediten que habitaban en el polígono del barrio al momento del último empadronamiento. Asimismo, deben acreditar la identidad con documento nacional de identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas quienes resulten adjudicatarios; en este caso, obviamente, la ley se refiere a las viviendas nuevas. También se podrá acreditar residencia permanente en el momento de la posesión definitiva, siempre que se encuentren previamente censados.

Por otra parte, la ley asegura una única solución definitiva habitacional, por lo cual requiere que los beneficiarios o adjudicatarios no hayan sido titulares de una solución habitacional definitiva correspondiente a otros programas de vivienda social en los últimos diez años dentro del área metropolitana de Buenos Aires (en adelante, "AMBA"), contados a partir del otorgamiento del último beneficio. Quedan excluidas las soluciones habitacionales transitorias derivadas de la aplicación del programa creado por el Decreto

690/2006 y sus modificatorios, consistente en la entrega de subsidios para procurar una alternativa habitacional que sigue teniendo condiciones de suma precariedad, durante seis meses. Las modificaciones posteriores incluyeron el criterio de una jurisprudencia sostenida en el fuero contencioso por la cual dichas sumas dinerarias debían actualizarse y ser entregadas en tanto y en cuanto no variaran las circunstancias de vulnerabilidad social de los destinatarios tenidas en cuenta a la hora del otorgamiento.

Otro requisito es que las personas beneficiarias no cuenten con otros inmuebles bajo titularidad del/la adjudicatario/a de vivienda o de los/as miembros de su hogar dentro del AMBA, con excepción de los otorgados en términos de la presente ley por la autoridad de aplicación. Quedarán exceptuados quienes cuenten con un porcentaje de propiedad inferior al 50% de un inmueble.

Por otra parte, el artículo 31 establece otros beneficiarios de una parcela y/o unidad funcional:

> … las organizaciones sociales que presten servicios y/o desarrollen actividades dentro de un establecimiento propio en el Barrio Padre Carlos Mugica, que cumplan los siguientes requisitos:
> a. Se encuentren registrados/as en los empadronamientos realizados por la Dirección General de Estadística y Censos a requerimiento de la SECISYU, entre los años 2016 y 2018. Los organismos mencionados realizarán las acciones necesarias a efectos de incorporar a aquellas organizaciones sociales que acrediten la prestación de servicios y/o el desarrollo de actividades al momento del último empadronamiento referido.
> b. Acrediten personería jurídica de la organización social conforme normativa vigente o hayan dado inicio al trámite correspondiente.
> c. Demuestren […] actividad permanente en el barrio Padre Carlos Mugica, de carácter educativo, promoción de la salud, comunicación, comunitario, cultural, deportivo y/o laboral al momento de la posesión definitiva.

El artículo 32, incluye como beneficiarios/as de una parcela y/o unidad funcional con destino comercial exclusivo

> … a quienes ejerzan actividades económicas dentro de un establecimiento propio en el Barrio Padre Carlos Mugica, que cumplan los siguientes requisitos:
> a. Se encuentren registrados/as en los empadronamientos realizados por la Dirección General de Estadística y Censos a requerimiento de la SECISYU, entre los años 2016 y 2018. Los organismos mencionados realizarán las acciones necesarias a efectos de incorporar a aquellas personas que acrediten el desarrollo de actividades económicas al momento del último empadronamiento referido.

Quienes resulten ser adjudicatarios –de vivienda nueva– deberán acreditar identidad con documento nacional de identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas, demostrar actividad en el barrio Padre Carlos Mugica, al momento de la posesión definitiva, no cuenten con inmuebles bajo titularidad del/de la adjudicatario/a o de los miembros de su hogar en el AMBA, con excepción de los otorgados en términos de la presente ley por la Autoridad de Aplicación, quedando exceptuados quienes cuenten con un porcentaje de propiedad inferior al 50% de un inmueble.

Un supuesto distinto es de las relocalizaciones, que la ley establece con criterio excepcional, como antes vimos, cuando es necesario por razones de interés público,

como instancia última en función de la mejora e integración del Barrio Padre Carlos Mugica.

> *Artículo 34.* Las relocalizaciones que se realicen con motivo del proyecto de reurbanización del Barrio Padre Carlos Mugica, deben ser efectuadas dentro de la delimitación territorial dispuesta en el artículo 3º de la presente norma. Las mismas incluyen los casos que se ajusten al menos a alguno de los siguientes parámetros:
> a. Sectores cuya desocupación resulte imprescindible por necesidad proyectual para la consolidación urbanística del barrio, por apertura o ensanchamiento de calles, pasajes o pasillos, esponjamiento, reconfiguración y ordenamiento de manzanas, disposición de espacios públicos o equipamiento comunitario.
> b. Edificaciones emplazadas en zonas de riesgo ambiental o edilicio (bajo autopista, cercanía a las vías del FFCC, sectores con peligro de ruina y derrumbe), previa verificación de los organismos de gobierno competentes, en coordinación con los equipos técnicos de la autoridad de aplicación.
> c. Edificaciones cuyas características técnicas resulten irrecuperables, previa verificación de los organismos de gobierno competentes, en coordinación con los equipos técnicos de la autoridad de aplicación.
>
> En cualquiera de los casos enunciados precedentemente,
>
> … las relocalizaciones no se realizarán mediante desalojos forzosos, cumpliendo a su vez con la planificación integral del proceso de relocalización y las instancias de participación establecidas en el Anexo IV de la norma.

En los casos de relocalización antedichos, "previo a la mudanza y desocupación del inmueble, la Autoridad de Aplicación garantizará la disponibilidad y terminación de unidades de iguales o superiores características respecto de la original", tal cual el caso Pedernera, que refiere a un supuesto de relocalización de un vecino del barrio Padre Mugica por tener que realizarse obras de infraestructura donde se ubicaba su hogar. A su vez, "deberá asegurar la toma de posesión legal en favor de los/as beneficiarios/as. La asignación de la unidad funcional y el plan de pagos se regirán por lo dispuesto en la presente norma".

La Secretaría de Barrios Vulnerados ha trabajado durante años la importancia de acompañar a los beneficiarios de los programas de vivienda desde que se les es asignada la misma hasta que ya no necesiten acompañamiento alguno. Por ello, nos parece importante que ello haya sido incorporado a la Ley de Reurbanización del barrio Padre Mugica en su artículo 42:

> *Artículo 42.* En consenso con cada grupo familiar, la autoridad de aplicación deberá implementar un abordaje que contemple el **acompañamiento de las familias** mediante instancias individuales y colectivas durante el tiempo que conlleve cada intervención de los programas de soluciones habitacionales únicas y definitivas.

La ley 6129 es reiterativa en cuanto a que el Poder Ejecutivo dispondrá las partidas presupuestarias necesarias para el cumplimiento de todas las políticas dispuestas en la norma y también deberá asimilar lo dispuesto por la presente ley a los términos del Código Urbanístico aprobado por la Legislatura en la sesión ordinaria del 6 de diciembre de 2018 una vez que este entre en vigor.

6. A modo de conclusión

No queremos dejar de mencionar que el proceso de regularización dominial, que es un proceso vital de regularización de las condiciones de vida, tiene que ser de acompañamiento permanente, ya que el cambio del modo de vida implica un gran cambio para las personas acostumbradas a luchar con la adversidad y la precariedad. De nuestra experiencia trabajando con causas (como, por ejemplo, la del complejo habitacional de Villa Soldati) donde las condiciones habitacionales de los edificios se habían vuelto indignas, el acompañamiento a los habitantes de las nuevas soluciones habitacionales resulta necesario para que la solución habitacional sea completa. Esta nueva realidad se trata de un cambio de la cultura habitacional de estas familias; por ello, si no se las abandona a su suerte, puede que dicha transición sea más amena y efectiva si se les provee información, capacitación y asesoramiento, durante el tiempo que sea necesario, de cómo adaptarse a las nuevas viviendas que va a ser sus hogares.

Al respecto viene a mi mente la charla TED de Mayra Arena (que tuvo lugar en Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, en agosto del 2018), en la que describe qué y cómo piensa un pobre, y esa anécdota dramática de cuando entró a un cuarto de baño la primera vez y no podía distinguir un bidet del inodoro. En este proceso de inclusión social que implica la vivienda digna, debemos comprender ese mundo desconocido de la marginalidad y carencia de dignidad. Y, por ende, seguir de cerca y no hacer de la escritura el punto final de la historia sino el comienzo de la nueva vida que no debió serles negada.

7. Bibliografía

AA.VV., *Hábitat digno: diez propuestas de políticas públicas*, Buenos Aires, CELS, 2017.

Clemente, Adriana (coord.), *Territorios urbanos y pobreza persistente*, Buenos Aires, Espacio Editorial, 2014.

Gallardo, Roberto (coord. gral.), *Derechos sociales y doctrina franciscana. Reflexiones y debates*, Buenos Aires, Jusbaires, 2019.

Guaimas, María L., "El déficit habitacional en el mercado informal inmobiliario en las villas de la Ciudad de Buenos Aires" (tesis de licenciatura en Ciencias Antropológicas, Universidad de Buenos Aires), Buenos Aires, [s.e.], 2018.

Lowy Copello, María C., "Informe de las condiciones de habitabilidad de los hoteles de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" [elaborado para la Asesoría Tutelar Nº 1 ante la Cámara de Apelaciones CAyT CABA a cargo del Dr. Gustavo Moreno], Buenos Aires, 2016).

Robertazzi, Margarita (coord. gral), *Estrategias interdisciplinarias y participativas de comunicación y divulgación de las problemáticas que involucran marginaciones sociales*, Buenos Aires, UBA (PIUBAMAS), 2017.

La agrimensura en el proceso de regularización dominial del barrio Los Piletones (CABA)*

Rosa Isabel Pueyo

RESUMEN

El presente trabajo pretende puntualizar la participación de la agrimensura dentro de las distintas tareas interdisciplinarias llevadas a cabo en el barrio "Los Piletones", con el fin de lograr la regularización dominial. El barrio nace hacia 1984, cuando las primeras familias se establecen en las márgenes del Lago Regulador Soldati, en el sud oeste de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los trabajos de mensura acompañan el proceso de urbanización desde el año 2007 y comprenden desde la mensura de primera inscripción de la tierra hasta la división en propiedad horizontal de viviendas preexistentes, pasando por los planos de mensura con fraccionamiento que generaron las primeras manzanas, parcelas y calles del barrio. Para lograr la transformación de la tierra, fue necesario realizar no solo los relevamientos y las mensuras, sino que fue imprescindible el trabajo interdisciplinario llevado a cabo por asistentes sociales y psicólogos sociales en los "talleres de loteo" con los vecinos. Hoy, la población supera los diez mil habitantes, las calles tienen nombre y los vecinos, domicilio. Existen comercios, oficinas públicas y una sucursal del Banco Ciudad. Mientras tanto, gracias a la concertación social, acompañada de la presencia del Estado, el proceso de regularización dominial continúa y permite la transferencia de los inmuebles a los hogares ocupantes.

PALABRAS CLAVE

Asentamientos; parcelamiento; fraccionamiento; regularización dominial; agrimensura.

Fechas de recepción y aceptación
22/6/2019 - 12/7/2019

Sumario: ***1.*** *Introducción.* ***2.*** *Antecedentes normativos.* ***3.*** *El barrio Los Piletones.* ***4.*** *Situación dominial inicial.* ***5.*** *Proceso de mensura.* ***6.*** *Mensura para primera inscripción.* ***7.*** *Relevamiento del barrio.* ***8.*** *Mensura confraccionamiento y cesión de calles.* ***9.*** *Complejo habitacional Los Piletones.* ***10.*** *Propiedad horizontal de macizos existentes.* ***11.*** *Los Piletones hoy.* ***12.*** *Para finalizar.* ***13.*** *Bibliografía.*

* Este trabajo, especial para la *Revista del Notariado*, fue presentado luego de la disertación brindada por la autora en el marco del seminario *Abordaje Integral de la Regularización Dominial y Urbanización en la República Argentina*, que se llevó a cabo en el mes de mayo en la sede del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, coordinado por la escribana María Marta Herrera. La autora desea agradecer al equipo territorial Piletones de la Corporación Buenos Aires Sur: Agustín Aboud, María Paula Massa, Alicia González y María Gabriela Ferreyra, coordinado por Mariana Renieri; también, a Marta Kelly y a Fernanda Vaquero Solans.

1. Introducción

La conformación de las villas de emergencia en la Ciudad de Buenos Aires se relaciona con el proceso de industrialización del país, que atrajo, a partir de la década del treinta, una fuerte corriente migratoria interna, no correspondida con la oferta de servicios habitacionales existente. La presencia de tierras baldías favoreció la ocupación del territorio, primero cerca de Retiro, en el norte, y posteriormente en la zona sur de la ciudad.[1]

La radicación de los ocupantes como alternativa recién comienza a tomar fuerza con la llegada de la democracia, ya que las políticas anteriores se basaron en la erradicación como solución. En algunos períodos se consideró la relocalización de los habitantes en zonas periféricas y, en otros, directamente, se optó por la expulsión forzosa sin tener en cuenta el destino final de los ocupantes. Tal es el caso de la última dictadura, período en el cual se registra la menor población en asentamientos.[2] Sin embargo, la radicación se encuentra con variadas problemáticas: la deficitaria situación habitacional, viviendas sobre suelos anegadizos y bajos, ocupaciones discontinuas con la trama urbana circundante y conflictos e incertidumbre con la titularidad de la tierra.

Puede ocurrir que los terrenos ocupados por asentamientos y villas pertenezcan a distintos titulares: Estado Nacional, Estado Municipal, personas físicas; o bien puede ocurrir que carezcan de inscripción en el Registro de la Propiedad. Pasar de esta confusión dominial reinante a la parcela registrada a nombre de sus ocupantes es un largo camino donde la Agrimensura cumple un rol fundamental. Este artículo se nutre del trabajo de campo y planos de mensura realizados a pedido de la Corporación Buenos Aires Sur SE, entre los años 2007 y 2018, consultas a bibliografía especializada y análisis de normativa; pero, especialmente, se ha fortalecido con el aporte de los profesionales que participaron y participan en los distintos los programas de regularización dominial.

2. Antecedentes normativos

A partir de la llegada de la democracia, comienza como parte de la política oficial la radicación de las villas de emergencia. Esto se ve reflejado en las normas que se sancionan a nivel nacional y en la Ciudad de Buenos Aires.

- ***1984***: La Ordenanza 39753 de la Ciudad deroga todas las ordenanzas anteriores que disponían la erradicación.

1. Lépore, Eduardo y Suárez, Ana L., "Las villas de emergencia de la Ciudad de Buenos Aires", en Lépore, E., Mitchell, A. y Suárez, A. L. (eds.), *Las villas de la Ciudad de Buenos Aires. Territorios frágiles de inclusión social*, Buenos Aires, EDUCA, 2014, p. 40. [*N. del E.:* disponible online aquí; fuente: Repositorio Institucional UCA; última consulta: 19/12/2019].

2. Jauri, Natalia, "Las villas de la Ciudad de Buenos Aires. Una historia de promesas incumplidas" [online], en *Question*, La Plata, Facultad de Periodismo y Comunicación Social UNLP, v. 1, Nº 29, 2011, pp. 4 y ss. [última consulta: 19/12/2019].

- ***1990***: El Poder Ejecutivo Nacional promulga los Decretos 1001 y 1737, que facilitan la venta de los inmuebles propiedad del Estado Nacional a sus ocupantes y construcción de viviendas destinadas a la población de escasos recursos.
- ***1991***: La Ordenanza 44873 de la Ciudad dispone las normas urbanísticas para el Distrito U31 y la modalidad de la operatoria de venta.
- ***1996***: Se sanciona la Constitución de la Ciudad Autónoma de la Ciudad. El artículo 31 establece el derecho a la vivienda digna y la urbanización de las villas.
- ***1999***: La Legislatura de la Ciudad promulga la Ley 148, conocida como Ley de Villas, que declara de atención prioritaria la problemática social y habitacional en las villas y núcleos habitacionales transitorios. Esta ley prevé la participación de representantes de los vecinos en la Comisión Coordinadora Participativa, que se crea para la elaboración del diagnóstico, propuesta, planificación y seguimiento de la ejecución de las políticas sociohabitacionales a desarrollarse.
- ***2000***: La Ley 449 de la Ciudad (Código de Planeamiento Urbano)[3] cataloga como urbanización determinada U31 la zonificación específica para las villas existentes.
- ***2014***: La Legislatura de la Ciudad sanciona la Ley 5235, que, en su artículo 32, incorpora al Código de Planeamiento Urbano la zonificación U-Barrios Nuevos. Estos corresponden a urbanizaciones con criterios de radicación definitiva destinadas a viviendas, actividades productivas de carácter familiar y equipamiento comunitario. Esta ley posibilita la división en propiedad horizontal de las viviendas existentes sin el requisito del plano de obra.

3. El barrio Los Piletones

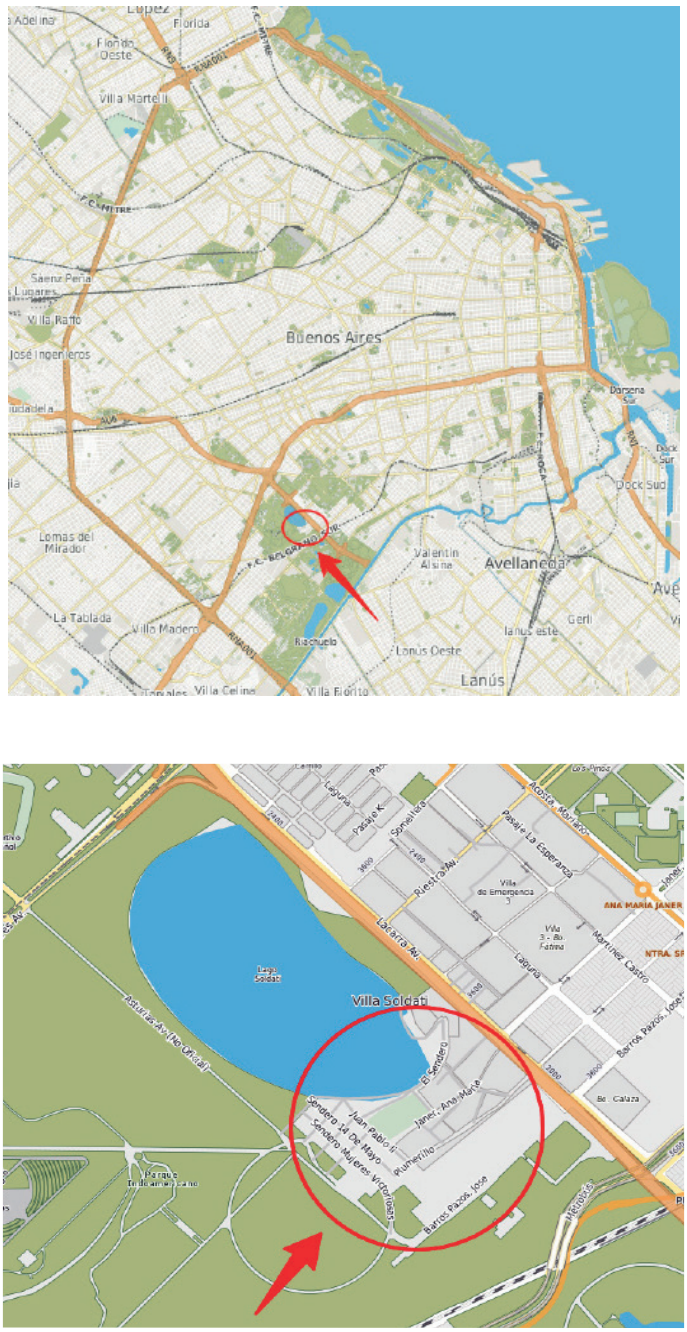
El barrio Los Piletones tiene sus orígenes hacia 1984, cuando se asentaron las primeras familias en las tierras cercanas al lago regulador Soldati, con precarias condiciones de habitabilidad, carencias en la infraestructura básica y equipamiento comunitario. A fines de 1999, estas tierras, que eran reconocidas como no aptas para urbanizar, fueron incorporadas al programa de urbanización de villas, a partir de la lucha de los vecinos. Poco después, se construyeron cloacas, veredas y se instaló la iluminación.[4]

El barrio se ubica geográficamente al sudoeste de la Ciudad de Buenos Aires, en la zona de Villa Soldati, en la margen del entubado arroyo Cildáñez. Se caracteriza por presentar una ocupación del espacio de manera espontánea, no planificada, dando como resultado un trazado irregular y discontinuado con el tejido urbano circundante. La ocupación del barrio es de 48.000 metros cuadrados aproximadamente.

En noviembre de 2018, la población se estimaba en 10.000 habitantes, según lo informado por el equipo territorial de la Corporación Buenos Aires Sur SE (Ley 470).

3. [*N. del E.:* La Ley 449, a la que dirige el hipervínculo, fue derogada por el art. 3 de la Ley 6099 {BOCBA Nº 5526, del 27/12/2018}. El lector podrá acceder al Código Urbanístico vigente aquí; también, al mapa de zonificaciones aquí; fuente: GCBA; última consulta: 19/12/2019].

4. Datos extraídos del informe "Formulación inicial barrio Los Piletones", realizado por la Corporación Buenos Aires Sur-PROSUR en diciembre de 2008.



Ubicación del barrio Los Piletones

4. Situación dominial inicial

Las tierras ocupadas por el barrio Los Piletones fueron incorporadas por la Ley de Ejidos de la Provincia de Buenos Aires (Ley 695 / Decreto-ley 8912/1977) al entonces partido de San José de Flores. Luego, junto con el de Belgrano, pasan a formar parte la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

En 1949, el Poder Ejecutivo Nacional dispone el plan integral de saneamiento del bañado de Flores. En consecuencia, se realiza el entubamiento arroyo Cildáñez, el rellenamiento de las márgenes y la construcción del lago regulador. En 1957, los terrenos son entregados a la Ciudad de Buenos Aires.[5]

En 1993, la zona fue afectada al dominio público, como parte integrante del parque Indoamericano. Finalmente, en 1994, las tierras pasan al dominio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como continuadora de la Municipalidad de la Ciudad Buenos Aires.

5. Proceso de mensura

Si bien, por los antecedentes dominiales e históricos, las tierras corresponden a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al inicio de las tareas de mensura (año 2006) la zona no contaba con inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal.

Con respecto al registro del catastro geométrico, la zona no poseía nomenclatura parcelaria individual, sino que formaba parte de un macizo de la sección 56. Las parcelas catastrales existentes en los archivos de la Dirección de Catastro no coincidían con la situación jurídica de los inmuebles que conforman el predio.[6]

6. Mensura para primera inscripción

El primer paso para la regularización dominial y catastral consistió en confeccionar el plano de mensura para primera inscripción. En el año 2007, se comienzan las mediciones del macizo circunscripto por la avenida Castañares, la avenida Escalada, la avenida Lacarra a nivel del terreno (AU7 en altura) y la calle Barros Pazos. Esta gran manzana incluía el barrio Los Piletones, el Lago Regulador Soldati, el parque Indoamericano, la planta de reciclado y la empresa de recolección de residuos Níttida.

Para la determinación de los límites de la parcela, se cotejaron los títulos de los linderos y los antecedentes catastrales con el relevamiento efectuado. Fue necesario precisar la ubicación del entubado arroyo Cildañez ya que representaba uno de los límites indicados en los títulos y límite entre las secciones catastrales 56 y 66.

La investigación de antecedentes de dominio (inscriptos o no) en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal fue realizada por la Escribanía General de Gobierno de la Ciudad. Tras la registración en la Dirección de Catastro del plano de mensura para Primera Inscripción 54-C-07, se inscribe la parcela 2 de la manzana 55C a nombre de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

5. Ídem.

6. [*N. del E.:* Acceda a más información sobre la configuración catastral de la Ciudad en el mapa oficial; fuente: GCBA; última consulta: 19/12/2019].

Ubicación del macizo. Zonificación año 2007. Titulares de dominio

7. Relevamiento del barrio

Una vez inscripta la parcela 2 de la manzana 55C a nombre de la Ciudad, se inició el relevamiento de los hechos físicos existentes, con el fin de identificar las manzanas y viviendas con respecto a la ocupación del suelo. En este sentido, durante el año 2009, se trabajó en el relevamiento físico de cada una de las viviendas.

Si bien se contó con una restitución previa que permitió identificar la mayoría de las viviendas y tener una idea del polígono ocupado, el perímetro definitivo de las viviendas surge del relevamiento de las mismas. Se relevaron siete grandes macizos de ocupación con forma irregular y distintos tamaños, identificados internamente como manzanas del 1 al 10. Se trabajó en forma interdisciplinaria con el equipo de campo de la Corporación Buenos Aires Sur, en el marco del Programa de Regularización y Ordenamiento de Suelo Urbano (PROSUR Hábitat).[7]

Para más detalles, la arquitecta Vaquero Solans, integrante del equipo PROSUR-Piletones, comenta:

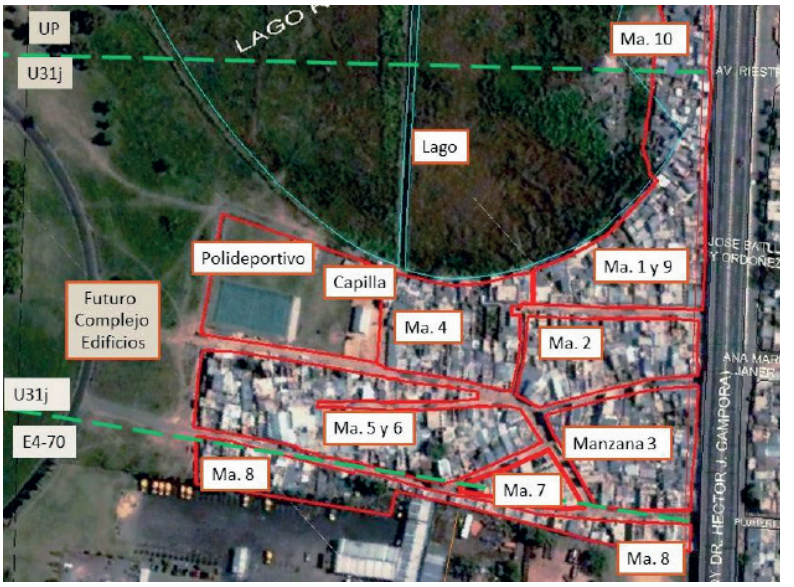
> La primera acción dentro del barrio, fue el relevamiento físico que daba cuenta de las características de los trazados de redes de distribución de infraestructura precaria, una planimetría bastante ajustada del amanzanamiento del barrio y una propuesta general del proyecto del trazado de infraestructura definitivo de las mismas, contratado a la consultora IATASA, un relevamiento social y de condiciones del hábitat que se llevó a cabo por personal de nuestras oficinas y la UTN. Con el relevamiento previo de las

7. Programa creado en 2008 a partir de un convenio celebrado entre el Ministerio de Desarrollo Económico y la Corporación.

manzanas, organizaron los recorridos estableciendo números a las viviendas por circuitos que permitieron vincularlas con el relevamiento de base social, pudiendo de este modo establecer pautas de acciones diversas y reconocer las particularidades de cada sector y su población.

Como podemos ver, la regularización dominial es solo una parte del complejo proceso de la integración urbanística de un barrio. Se busca, además, la integración social y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.

El relevamiento físico realizado permitió evaluar el reordenamiento parcelario de los sectores que se encontraban en condiciones de división, las aperturas de calles y la futura integración del barrio al tejido periférico.



Relevamiento de manzanas originales. Año 2009

8. Mensura con fraccionamiento y cesión de calles

Para la división de la tierra, se consideró lo indicado para la zonificación U31J del Código de Planeamiento de la Ciudad de Buenos Aires (año 2010). Las dimensiones mínimas requeridas corresponden a frentes mínimos de 6 metros y superficies mínimas de 72 metros cuadrados. Para la vía pública se indicaban sendas peatonales de 4 metros de ancho mínimo y circulaciones vehiculares de 10,50 metros.

Cabe aclarar que, para el caso general, las parcelas resultantes deben contar, entre otros requisitos, con una superficie mínima de 300 metros cuadrados y 10 metros de frente.[8] Como un porcentaje importante de las viviendas relevadas no cumplía con las dimensiones mínimas, fue necesario que algunas parcelas surgentes estén conformadas por más de una vivienda.

8. Código de Planeamiento Urbano (Ley 449), sección 3.

Para la determinación de los límites de las parcelas, deben considerarse los desplazamientos existentes en altura entre viviendas de planta baja y viviendas en pisos superiores, ya que las proyecciones no responden a la lógica de "departamentos" entre medianeras, como ocurre en las construcciones formales.

Verificación de los desplazamientos en altura.

Unión de 2 o más viviendas.

En primera instancia, el proyecto definitivo de los amanzanamientos y el trazado de calles fue elaborado por el equipo de campo de la Corporación Buenos Aires Sur-PROSUR, reconociendo la singularidad del trazado original. Si bien desde la agrimensura se hace una propuesta con las dimensiones solicitadas en el Código de Planeamiento Urbano, para lograr el parcelamiento definitivo de las manzanas es fundamental el trabajo en conjunto con los vecinos en los talleres, donde se define la forma de la manzana.

Los primeros talleres participativos comenzaron en el año 2009 con la intención de informar sobre el proyecto e intercambiar ideas y necesidades. Actualmente, además de los talleres de loteo, se desarrollan talleres de infraestructura, educación financiera y consorcio. Con respecto a la dinámica de los talleres participativos realizados en ese momento, la arquitecta Vaquero Solans indica:

> Con la asistencia del área social, se diagramaron las alternativas posibles para la fragmentación de manzanas mayores que favorecieran el libre tránsito de los ocupantes, sus vehículos y los servicios de recolección de residuos, limpieza de pozos y ambulancias. Ya contando con la mensura, estudiamos en equipo las alternativas de fraccionamiento parcelario y con esta información convocábamos a los vecinos involucrados en los sectores a resolver, que validaban o no, nuestra propuesta. En estos talleres se presentaba el plano de la manzana y sus adyacencias en gran escala y se les facilitaba unos trasparentes que tenían tamaño y forma mínimos de lo que podía ser aprobado como parcela. Los propios vecinos reconocían los límites con sus linderos, sus dimensiones. Se les informaba las diferencias entre una parcela propia, una propiedad horizontal y un condominio.

Finalmente, en el año 2012, se registra en el plano de mensura particular con fraccionamiento y cesión de calles M-14-2011, generando las primeras manzanas, parcelas y calles del barrio, sobre la zona U31J.

Gracias a las nuevas calles y pasajes peatonales proyectados, los grandes macizos se fraccionaron en manzanas, tal como lo indica la figura siguiente.

Macizo original de las manzanas 5 y 6, dividido en tres manzanas catastrales (55 Q, 55 K y 55L)

Fraccionamiento y cesión de calles según plano M-14-2011

Las manzanas 2, 3, 4 y 7 conservaron su forma original y fueron denominadas catastralmente manzanas 55F, 55G, 55J y 55M. Entre la prolongación de la avenida Asturias y el asentamiento se encuentra el complejo de edificios Los Piletones. Esta zona se dividió en tres manzanas (55V, 55W y 55U). Las calles circundantes se previeron como continuación de la trama de circulación de las zonas vecinas del otro lado de la autopista, calles Ana María Janer y Plumerillo.

Dentro de la parcela 2, objeto de fraccionamiento del plano M-14-2011, además de la zonificación U31J, se observan otras zonificaciones, como la urbanización parque (UP), la zona de Equipamiento (E4-70) y la zonificación RUA, que corresponden a zonas longitudinales linderas a las trazas de autopistas. La manzana 10 se encuentra en parte sobre el lecho del Lago Soldati y en parte fuera del polígono con zonificación U31; por lo tanto, no se regularizó en esta etapa.

En esta instancia, se descargan del título de la parcela 2 a dominio público, entre calles y ochavas, un total de 77.620,55 metros cuadrados, contando la superficie del entubado arroyo Cildañez y su restricción, indicada como la prolongación de la avenida Asturias.

9. Complejo habitacional Los Piletones

En el año 2013, la Corporación Buenos Aires Sur finaliza la construcción de los primeros edificios del complejo habitacional Los Piletones a fin de relocalizar algunas familias cuyas viviendas fueron afectadas con aperturas de calles, liberación de espacios para equipamiento comunitario y estado de vulnerabilidad habitacional. Este complejo se encuentra ubicado sobre la proyección de la calle Asturias, dentro del mismo barrio. Esta situación se contrapone a las relocalizaciones ocurridas en el siglo pasado durante los procesos de erradicación de villas, cuando se trasladaba a los pobladores a grandes complejos habitacionales ubicados en zonas periféricas.[9]

A medida que avanzan las obras, se inicia el proceso de mensura y división en propiedad horizontal y los procedimientos de asignación de las unidades funcionales. En principio, los edificios proyectados estaban asentados en las tres grandes manzanas 55T, 55U y 55V, originadas en el primer fraccionamiento. Ante la mala experiencia en cuanto a la generación de grandes consorcios, las manzanas originales se fraccionaron en manzanas de dimensiones menores, posibilitando nuevas aperturas de calles y una mayor superficie de espacio público.

Vista del complejo

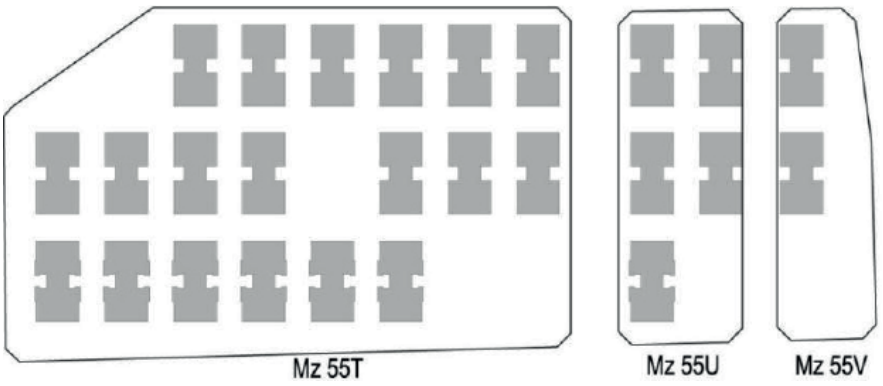
La arquitecta Kelly, jefa de proyectos de la Gerencia de Administración de Contratos de la Corporación Buenos Aires Sur, entonces al frente de la Unidad de Regularización de Conjuntos Habitacionales, nos explica:

> El fraccionamiento de las manzanas 55T, 55U y 55V, conjuntamente con la creación de plazas y apertura de sendas a ser cedidas al dominio público, se realizó a los efectos de dotar

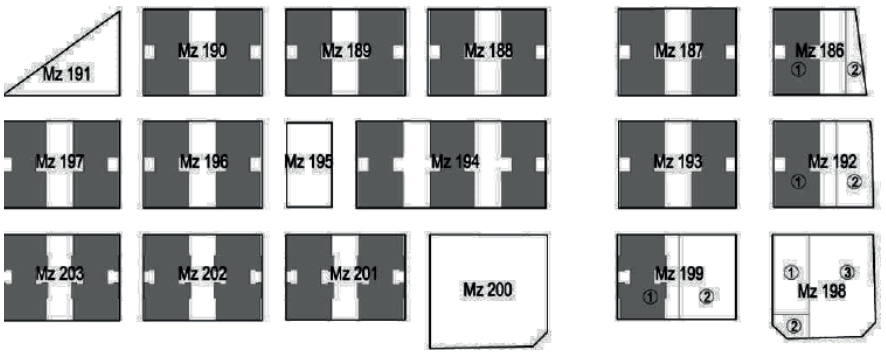
9. Jauri, Natalia, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 2.

de accesibilidad peatonal y vehicular a la totalidad de los edificios integrantes del conjunto, admitiendo asimismo el trazado de redes de infraestructura de servicios y alumbrado de carácter y mantenimiento público. Por otra parte, el fraccionamiento de la tierra en parcelas o manzanas más pequeñas permitiría la conformación de consorcios de copropietarios más reducidos y eficientes. Esto concluye en mayores niveles de sustentabilidad para el conjunto, integrándolo al barrio Piletones y a su entorno con criterios de ciudad abierta.

Una vez aprobada la propuesta, se confecciona el plano de mensura con fraccionamiento y cesión de calles M-254-13, generando 18 nuevas manzanas a partir de las 3 manzanas originales.



Situación al inicio del proceso (2013).
(*Gentileza*: Arq. KELLY-CABS)



Situación parcelaria posterior al plano M-254-13
(*Gentileza*: Arq. KELLY - CABA)

Tras el registro del plano de mensura M-254-2013, en el año 2014 se inicia la confección de los planos de mensura y división en propiedad horizontal correspondientes a los edificios del complejo, resultando consorcios de 12, 24 o 36 unidades funcionales, repartidas en torres y distribuidas en PB, 1º y 2º, de 4 ambientes con baño y cocina completos cada una. A noviembre de 2018, se encuentran construidas y habitadas en su totalidad 19 torres, 228 familias fueron relocalizadas y 44 unidades funcionales del complejo habitacional fueron escrituradas.

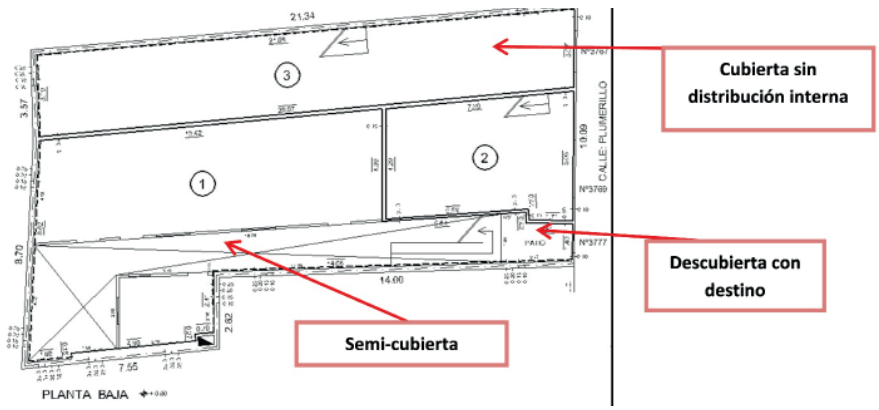
10. Propiedad horizontal de macizos existentes

Para referirnos a la división en propiedad horizontal de las parcelas, es importante previamente destacar las características propias de las viviendas.

Ante la inexistencia de terrenos libres desocupados para ser construidos, se evidencia el crecimiento de las construcciones en altura mediante el añadido de plantas superiores a las viviendas originales, que hoy superan en algunos casos los cuatro pisos. Esta *verticalización* se da con el agregado de estructuras de hormigón armado, escaleras caracol, ladrillos cerámicos o en "panderete" y losas cerámicas. La mayoría de estas construcciones fueron levantadas por los propios ocupantes. Se observa la presencia de escaleras caracol desde la vía pública hasta los pisos superiores ambientes y pasillos con dimensiones y ventilaciones comprometidas.

En un principio, ante el requisito obligatorio de contar con plano de obra registrado para la presentación del plano de mensura y división en propiedad horizontal, era imposible considerar esta solución para escriturar las viviendas que no conformaban parcela única. En el año 2015, tras la sanción de la Ley 5235, nace la posibilidad de efectuar la división en propiedad horizontal de las viviendas originales. Esta ley autoriza el registro del plano de mensura y división por el régimen de propiedad horizontal sin exigir plano de obra registrado y permitiendo que en el caso de que las construcciones existentes sobrepasasen la línea oficial, dejando constancia en los planos de tal situación, a fin de promover la futura regularización edilicia. Cabe aclarar que se deja constancia de la inexistencia del plano de obra en la carátula del plano. Por otra parte, se exime de la representación interna de ambientes, dibujando solamente la silueta de los polígonos cubiertos, semi-cubiertos y descubiertos.

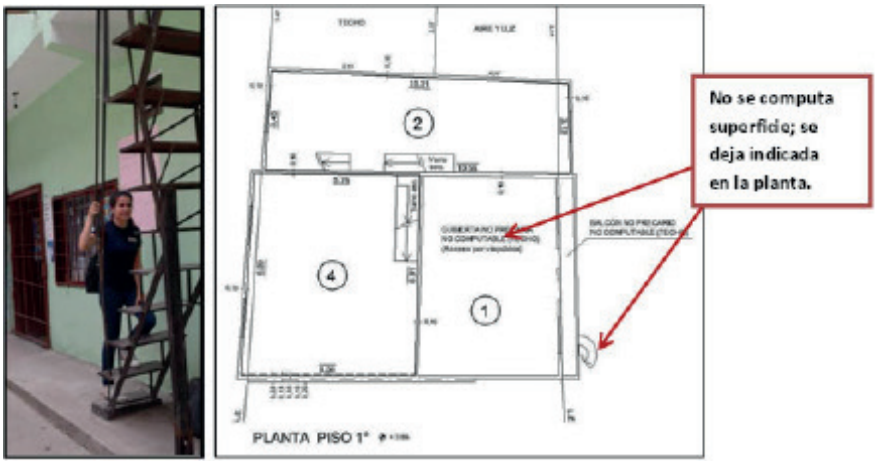
La concreción de la visita para la medición y los talleres de loteo y consorcio están a cargo del equipo territorial de la Corporación Buenos Aires Sur.



Dibujo de la planta propiedad horizontal según Ley 5235

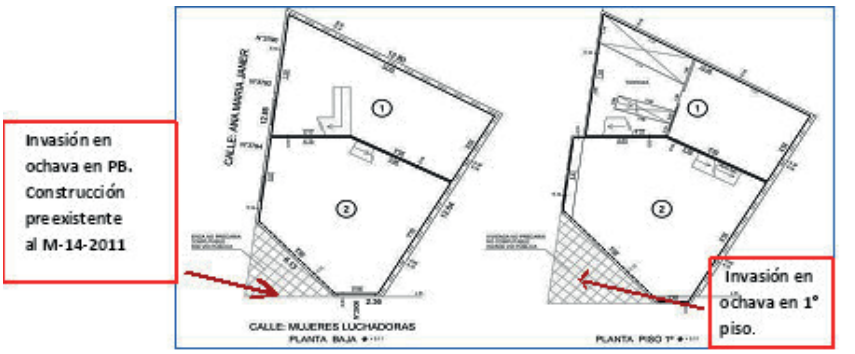
En la realización de los planos encontramos varias situaciones que dificultan el cómputo de las superficies utilizadas por los ocupantes. Los problemas detectados más comunes son:

1. **Ingreso a la unidad funcional por escaleras caracol en vía pública**:



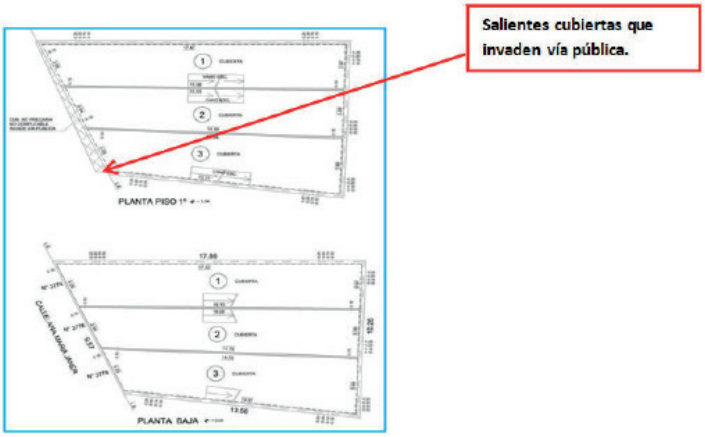
Ingreso por escalera caracol en vía pública

1. ***Superficie que invade vía pública en planta baja***: Las invasiones a vía pública se presentan tanto en ochavas como en calles. Al registro del plano M-14-2011, se proyectaron las ochavas indicadas por el Código de Planeamiento.



2. ***Balcones y azoteas sin parapeto***: En los casos donde no existe parapeto, la superficie descubierta no se computa en la planilla; se considera techo o alero.

3. ***Superficie que invade vía pública en plantas superiores***: Esta expansión se presenta en un porcentaje muy alto de parcelas. Las construcciones "balconean" sobre la calle. En estos casos, la superficie cubierta no puede computarse en los pisos superiores.



11. Los Piletones hoy

A fin de conocer el estado de situación actual del barrio, nos entrevistamos con el equipo territorial de la Corporación Buenos aires Sur. El equipo cuenta con una oficina en el barrio y está formado por psicólogos sociales y trabajadores sociales que trabajan a diario con los vecinos, realizando capacitaciones y salvando distintos problemas.

Es de resaltar que la oficina es parte de las obras realizadas en año 2009 en el bajo autopista sobre la avenida Lacarra. Junto con una plaza, la cancha, los locales y hasta una sucursal del Banco Ciudad, cambiaron el paisaje y favorecieron la integración con el

entorno. También se ha construido un centro de prevención y asistencia de adicciones y un centro de primera infancia.

Actualmente se encuentran incluidas en el proceso escrituración las exmanzanas 2, 3, 5, 6 y 7. Las escrituras firmadas entre unidades funcionales y parcelas se acercan a las 200. Sin embargo, no está solo en la firma de escrituras la transformación. Estas acciones se traducen en beneficios que exceden los planos y las escrituras. Los créditos otorgados han facilitado la inclusión de los beneficiarios en el sistema bancario formal. Para esto, fue necesario realizar talleres de educación financiera y concientizar a los habitantes de las ventajas de escriturar, nos informa el equipo.

Como parte del proceso de regularización dominial, se colocaron los carteles que dan nombre a las calles y las chapas de altura con los correspondientes números domiciliarios. Se colocaron 52 carteles con nombres de calles y 180 chapas de numeración. Como consecuencia de ello, los propietarios tienen domicilio, dato fundamental para la búsqueda de trabajo.

12. Para finalizar

Si nos preguntamos qué está pendiente todavía, la respuesta puede ser larga: continuar con el fraccionamiento de las manzanas, completar aperturas de calles, liberar espacio público… Si bien no es poca la tarea que resta, a lo largo de estos años se ha podido observar cómo el trabajo interdisciplinario ha ido transformando el barrio Los Piletones, y la agrimensura es un eslabón destacado en esta cadena. Se han generado y se siguen generando nuevos derechos y derechos de propiedad, y, sin duda, cada cambio parcelario, cada ajuste en el territorio precisan la seguridad jurídica que solo puede darle la mensura.

13. Bibliografía

Jauri, Natalia, "Las villas de la Ciudad de Buenos Aires. Una historia de promesas incumplidas" [online], en *Question*, La Plata, Facultad de Periodismo y Comunicación Social UNLP, v. 1, Nº 29, 2011.

Lépore, Eduardo y Suárez, Ana L., "Las villas de emergencia de la Ciudad de Buenos Aires", en Lépore, E., Mitchell, A. y Suárez, A. L. (eds.), *Las villas de la Ciudad de Buenos Aires. Territorios frágiles de inclusión social*, Buenos Aires, EDUCA, 2014.

Snitcofsky, Valeria L., "Identidad y experiencia en las villas de Buenos Aires", Universidad Nacional del Litoral, Rosario, 2005, en http://cdsa.aacademica.org/000-006/171.

Poder sin matriz

Calificación de la buena fe de los subadquirentes*

Diego M. Mage

Pilar M. Rodríguez Acquarone

RESUMEN

Se somete a consulta la bondad de un título entre cuyos antecedentes se advierte la existencia de una venta otorgada en uso de un poder sin matriz. El análisis se basa en el concepto de buena fe y su calificación a la luz del estudio de títulos, a fin de evaluar la posibilidad de considerar el dominio consolidado en su adquisición por efecto de la prescripción breve y la accesión de posesiones, marcándose las diferentes soluciones que, al respecto, ofrecía el Código de Vélez frente a las que rigen en virtud de la vigencia del Código Civil y Comercial.

PALABRAS CLAVE

Poderes; calificación notarial; legitimación del disponente; falta de matriz; prescripción; buena fe; ultractividad; artículo 7 CCCN; estudio de títulos; justo título; buena fe.

***Sesión del Consejo Directivo que dispone publicación*: 4/9/2018, acta Nº 4062**

Sumario: ***1.*** *Doctrina.* ***2.*** *Antecedentes fácticos.* ***3.*** *Argumentos del consultante.* ***4.*** *Análisis jurídico.* ***4.1.*** *Aplicación del Código Civil.* ***4.2.*** *Defectos en la documentación habilitante y justo título.* ***4.3.*** *El estudio de títulos, ¿conforma o confirma la buena fe?* ***4.4.*** *Consideraciones jurídicas respecto de los antecedentes fácticos.* ***5.*** *Conclusión.*

1. Doctrina

Siendo que la presente consulta trata sobre cuestiones análogas a las que fueran examinadas por el escribano Ángel Francisco Cerávolo en el expediente Nº 16-01981-09 (cuyas conclusiones fueron reiteradas por la escribana Mariana Claudia Massone en el expediente Nº 16-00283-10, dictamen aprobado por la Comisión el 17/3/2010 [1]), nos remitimos a la doctrina allí propuesta *brevitatis causae*:

* Dictamen aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 30/5/2019 (expediente interno Nº 16-01666-18).

1. Massone, Mariana C., "Poder especial para donar", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 899, 2010, pp. 281-285.

- *La compraventa es título-causa de transmisión de la propiedad; encontrándose el acto pertinente revestido de las formalidades exigidas por el ordenamiento (escritura pública), de carecer el vendedor de legitimación suficiente para efectuar la transmisión de dominio se configura la existencia de justo título apto para la usucapión ordinaria o breve siempre y cuando exista, a la vez, posesión de buena fe por parte de quien adquirió por ese justo título y que transcurrieran los diez años que exige la norma.*
- *"La buena fe requerida para la prescripción es la creencia sin duda alguna del poseedor de ser el exclusivo señor de la cosa" (art. 4006 Código Civil).*
- *"Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe en su posesión hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presuma" (art. 2362 Código Civil).*
- *La existencia de buena fe, como requisito para la procedencia de la prescripción breve, debe ser calificada con criterio amplio y ha de conjugarse y completarse necesariamente con la existencia misma de justo título.*
- *No obsta la buena fe definida en el artículo 4006 del ordenamiento la falla en la calificación de la legitimación del disponente por parte del notario actuante, sea el error del profesional, de hecho o de derecho, circunstancia esta última que no tiñe la buena fe del adquirente.*
- *Los negocios e instrumentos jurídicos celebrados y otorgados durante la vigencia del Código velezano deben ser juzgados a la luz de esta norma, que mantiene su ultractividad frente a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, tal como dispone su artículo 7.*
- *A partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en cualquier negocio jurídico cuyo objeto sea la transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solo resultará de buena fe el adquirente que, previo al otorgamiento del documento notarial, haya efectuado estudio de títulos correspondiente (cfr. arts. 392, 1138, 1898, 1902, 1920 y 2260).*

2. Antecedentes fácticos

El escribano B. eleva a consideración de esta Comisión Asesora de Consultas Jurídicas una consulta de cuyo texto y constancias documentales acompañadas podemos extraer los hechos que a continuación se relatan:

1) **Ernesto Alberto R.**, siendo de estado civil casado y separado "de hecho" de su cónyuge, mediante **escritura Nº 199**, de fecha **28/12/1989**, obrante al folio 338 del registro notarial […] de **General San Martín**, autorizada por la escribana I., otorgó **poder general amplio de administración y disposición** a favor de **Osvaldo Ángel R.** y de **Silvia Susana S.**, para que, actuando en forma indistinta, sucesiva o alternada, administrasen y dispusiesen de todos sus bienes, con facultades para "comprar, vender… transferir o de cualquier modo disponer de sus bienes […] suscribir escrituras traslativas de dominio […] transmitir los derechos de propiedad, posesión y dominio […] constituir y levantar bien de familia".

2) El día **16/1/1991**, la escribana autorizante expidió primera copia del poder para los apoderados, mediante fotocopia de los folios de la escritura matriz (fojas […]) acompañada de foja de concuerda Nº […].
3) El día **17/3/1991**, la escribana I. cesó en sus funciones.[2]
4) El día **2/12/1991**, el poderdante **Ernesto Alberto R.** obtiene sentencia de divorcio de su cónyuge, en el juicio de divorcio que tramitó por ante el Juzgado Nacional en lo Civil Nº 102 Secretaría 38 de la Capital Federal.
5) El día **6/7/1993**, mediante escritura **Nº 82**, obrante al folio 217 del registro notarial […] de la **Ciudad de Buenos Aires**, autorizada por la escribana F., **Ernesto Alberto R.**, siendo de estado civil divorciado, **adquirió la unidad funcional** 10 del 2º piso de la finca sita en […] de Capital Federal, inscripta en la matrícula […].
6) El día **15/5/1996**, mediante actuación Nº 397.398, **Ernesto Alberto R.** afecta el inmueble adquirido al régimen de **bien de familia**.
7) El día **19/5/2000**, **fallece Ernesto Alberto R.**
8) Mediante escritura **Nº 214** de fecha **10/8/2000**, obrante al folio 581 del registro notarial […], autorizada por el escribano P., **Osvaldo Ángel R.**, como apoderado del señor Ernesto Alberto R. (fallecido), procedió a desafectar del régimen de bien de familia el inmueble mencionado en el punto 5) y lo vendió a **Beatriz Mercedes B.**
9) El día **18/10/2000**, por medio de la escritura **Nº 1651**, obrante al folio 18.896 del registro notarial […], autorizada por el escribano B., **Beatriz Mercedes B. vendió** la citada unidad funcional a **Juan José S. E.**
10) Mediante escritura **Nº 96** de fecha **31/10/2002**, obrante al **folio 215** del registro notarial […], autorizada por la escribana D., **Juan José S. E. vendió** el mencionado inmueble a **Pablo Ignacio G.**
11) En **febrero de 2007**, el escribano S., a requerimiento de la escribanía C., efectúa **estudio de títulos** en el que se deja constancia de las siguientes **irregularidades** relativas al **poder otorgado por el señor R.**:

11.a. Según las fojas de protocolo del tomo respectivo, archivado en el Archivo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires:

Folio	*Fecha de la escritura*	*Número de la escritura*	*Objeto de la escritura*	*Foja de actuación*
338	6/11/1989	185 bis	Poder otorgado por una persona jurídica	[…]
361/362	15/12/1989	198	No se especifica	[…]
363	*Folio extraviado*	*199*	*Folio extraviado*	*Folio extraviado* Correspondería a la foja de actuación notarial Nº […]
364	18/12/1989	200	No se informa	[…]

2. Según surge de la consulta online efectuada en la página web del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

11.b. Según la copia del poder agregada como documentación a la consulta:

Folio	*Fecha de la escritura*	*Número de la escritura*	*Objeto de la escritura*	*Foja de actuación*
338-339	28/12/1989	199	Poder otorgado por Ernesto Alberto R.	[…]

1) El día **28/11/2008**, en los autos caratulados "R., Ernesto Alberto s/ sucesión abintestato" (expediente CIV 013321/2008), en trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Civil 63 Secretaría 93 de la Capital Federal, fue declarado **único y universal heredero** su hijo **Diego Ezequiel R.**
2) El **escribano consultante** relata que, ante esta situación, **conjuntamente con los escribanos P. y D.**, y el referencista que hiciera el estudio de títulos a esta última, con fecha **28/3/2007**, **terminaron comprando la propiedad**. Se aclara que la fecha de la adquisición no fue informada en el texto de la consulta sino posteriormente, a requerimiento de esta Comisión.

3. Argumentos del consultante

El escribano B. advierte que, en el caso particular, nos encontramos frente a una escritura de venta otorgada por un mandatario munido de un poder sin sustento protocolar y cuyo mandato se encontraba vencido por fallecimiento del poderdante. Expresa que esta primera circunstancia es la que le genera mayores dudas, porque la desaparición del protocolo impide relacionar la primera copia expedida por la escribana autorizante del poder con la escritura matriz. Sin embargo, entiende que esto no obsta que, por haberse cumplido con los requisitos establecidos para la prescripción breve –justo título y buena fe– el título deba ser considerado perfecto.

4. Análisis jurídico

4.1. Aplicación del Código Civil

La celebración de todos los negocios jurídicos, el otorgamiento de los consiguientes instrumentos públicos, la confección de los respectivos estudios de títulos y la sustanciación de todas las actuaciones judiciales que tuvieron como causante al titular de dominio cuyo inmueble fuera vendido por el apoderado, en las condiciones antes señaladas, acaecieron durante la vigencia del Código Civil (en adelante, "CCIV"). Por ello, entendemos aplicable el principio consagrado por nuestros tribunales en virtud del cual debe entenderse que la validez y los efectos de los negocios jurídicos celebrados durante la vigencia del CCIV han de ser juzgados a la luz de sus disposiciones y no de

las que establece el Código Civil y Comercial de la Nación.[3] De este modo, para dar respuesta a la presente consulta, deberemos recurrir a las normas del Código velezano.

4.2. Defectos en la documentación habilitante y justo título

De acuerdo con el artículo 4010 CCIV, justo título es aquel que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad estando revestido de las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración de la persona de quien emana. En seguida, justo título es el negocio jurídico idóneo para transferir la propiedad o para constituir el derecho real, pero ineficaz por faltar la legitimación del enajenante. Este defecto de legitimación impide la adquisición de la titularidad por el *accipiens*, pese a que al acto siguiese en los casos exigidos por la ley (teoría del título y del modo) la tradición.

El acto traslativo ha originado una apariencia (posesión) que se extinguirá con la usucapión.[4] Sobre el caso particular, Higthon expresa:

> El supuesto de hecho puede estar dado por títulos materialmente falsificados, poderes falsos, testamentos apócrifos, etc. La mayoría de los autores se ha inclinado a considerar que el supuesto de la escritura falsificada no está comprendido dentro de los alcances del art. 1051 del Cód. Civil, invocando para ello diferentes razones […] Falta de autoría. El dueño D no entrega la cosa a nadie a ningún título, ni siquiera de tenedor, sino que es despojado con violencia o clandestinidad, o por lo menos A ocupa la cosa de mala fe, en contra de la voluntad expresa o presunta del dueño. El poseedor A enajena la cosa como transmitente al adquirente B, quien a su vez la retransmite al subadquirente C. Aunque las transmisiones sean a título oneroso y haya buena fe, no hay norma alguna que en este caso impida la reivindicación hasta que se cubra el plazo de la usucapión breve…[5]

Es decir, coincide con Pelosi, quien postula:

> No vemos ninguna diferencia entre el supuesto en que concurre a la escritura como transmitente una persona alegando ser el propietario del inmueble sin serlo que en el caso en que comparece una persona física alegando una representación que no tiene o que es insuficiente o no comprobable. En ambos casos se trata de un acto revestido de las correspondientes solemnidades (no hay defecto en la forma) y constituye justo título en los términos establecidos por el Código Civil, con lo que de no mediar por parte del adquirente

3. CNCiv., Sala A, 7/8/2017, "G., Daniel Eduardo y otros c/ Lucero SA s/ reivindicación" (Expte. Nº 45.704-2006): "si bien a partir del l de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los negocios jurídicos cuya existencia y/o validez se discute han sido celebrados durante la vigencia del Código Civil derogado, y los derechos reales invocados por las partes también habrían sido constituidos –en su caso– al amparo de la legislación anterior. Por consiguiente el caso debe juzgarse a la luz de esta última, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación, vid. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones Jurídicas existentes, segunda parte*, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2016, pp. 87/88 y 247; Roubier, Paul, *Le droit transitoire*, Dalloz, París, 2008, pp.190/191)". (En elDial.com. Biblioteca Jurídica Online, cita AAA255).

4. Areán, Beatriz A., *Juicio de usucapión*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 175.

5. Higthon, Elena I, "La teoría de la apariencia, el artículo 1051 del Código Civil y el Justo título para la usucapión brve (comentario a algunas conclusiones de las X Jornadas de Derecho Civil)", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1986-C, p. 768 (cita online AR/DOC/4454/2001).

> mala fe en ese momento, transcurrido el plazo legal de diez años, podrá repeler cualquier acción de reivindicación.[6]

4.3. El estudio de títulos, ¿conforma o confirma la buena fe?

Tal como señala Abella,

> … la necesidad del estudio de título para sustentar la buena fe del adquirente gira en torno de establecer si el adquirente que omite hacerlo realizar incurre o no en culpa… Por ello es necesario que el adquirente pruebe haber obrado con la debida diligencia que le impone la adquisición del derecho, y entre esas diligencias surge que el estudio de antecedentes a fin de poder determinar si existen vicios manifiestos que invaliden o lesionen el iter de la concatenación dominial…[7]

Una primera lectura del párrafo que antecede nos haría pensar que, ante la falta del estudio de títulos, la suerte estaría echada al punto tal que quien lo omitió jamás sería un adquirente de buena fe, por carecer de un elemento que le permitiera probarla. Pero, como señala Pondé, si bien

> … el medio determinante y esclarecedor de la legitimidad del derecho del que invoca la titularidad dominial, el gran medio de que se vale el notario, es el estudio de los antecedentes de ese título. Esto […] no quiere significar que sea el único ni tampoco infalible…[8]

Por otro lado, si bien justipreciar la buena fe es algo arduo, a veces abstracto y muchas veces subjetivo, no debemos olvidar las prescripciones de los artículos 2362, 4006, 4008 y concordantes del CCIV y el régimen general a favor de la presunción de la buena fe establecido en dicho cuerpo normativo. Y, más allá de que su primitiva visión fuera objeto de modificación con la sanción de la Ley 17711, que reformuló el texto del artículo 1051 y que tantos debates despertara en el seno del notariado, ese régimen general –durante la vigencia del código velezano– no cambió: la buena fe se presume y quien quiere desvirtuarla debe probarla. Entonces, a la luz del CCIV, ¿cuál es la función del estudio de títulos?, ¿conformar la buena fe o solo confirmar su existencia?

Entendemos que su función es la segunda, es decir, que su misión es acudir en auxilio de quien lo ha encomendado para demostrar que ha sido diligente en acreditar la verosimilitud de la presunción establecida por la norma en su favor, que ha tomado los recaudos para saber con antelación si el título antecedente es inatacable o, al menos, no ha permitido prevenir la existencia de anomalías. Esta función confirmatoria coincide con la postura adoptada por nuestros tribunales:

6. Pelosi, Horacio L., "Donación. Prescripción. Acción de reivindicación. Justo título. Buena fe", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 877, 2004, ob. cit., p. 224.

7. Abella, Adriana N., *Derecho notarial. Derecho documental. Responsabilidad notarial*, Buenos Aires, Zavalía, 2005, pp. 138-139.

8. Pondé, Eduardo B., "Enfoque notarial del estudio de títulos, buena fe en la adquisición inmobiliaria a título oneroso y responsabilidad del notario", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Nº 774, 1980, pp. 1614-1631.

> … mientras **no** se pruebe que el adquirente haya tenido mala fe por conocer que su autor no tenía las condiciones de usucapir –carga procesal que pesa sobre el accionante– **no** puede desconocerse su buena fe (*Revista del Notariado* Nº 710 pág. 543)… [9]

Contar con un estudio de títulos es una actividad que demuestra prudencia de cualquier comprador pero solo a los efectos de preconstituir prueba ante una situación en que su buena fue pudiera ser impugnada. Para el caso en que nadie lo hubiese hecho, la misma permanece incólume. [10]

Pondé sostiene:

> Es una farsa presumir que el adquirente investiga la bondad del título o que ruega al notario que lo haga o que sabe que lo hará aun cuando no se lo pida; simplemente está seguro que el notario le dará una titularidad sin perturbaciones. El adquirente, ahora como antes, no hace más que eso, adquirir… [11]

Esta postura coincide con la de diversos antecedentes jurisprudenciales que advirtieron que los adquirentes carecen de formación académica suficiente como para advertir por sí mismos eventuales anomalías en los títulos antecedentes de sus enajenantes. [12]

4.4. Consideraciones jurídicas respecto de los antecedentes fácticos

El caso en consulta se trata de un supuesto en el que se llevó a cabo una adquisición a *non domino*, en la cual el *verus dominus* despojado fue representado por una persona que invocó un mandato que había cesado por fallecimiento del poderdante, mediante la exhibición de un poder del cual no se encontró su escritura matriz. Esta situación no fue advertida por un estudio de títulos correctamente confeccionado con motivo de la autorización de la escritura de venta de fecha 10/8/2000 y de las sucesivas transmisiones de fechas 18/10/2000 y 31/10/2002. Pero el hecho de que se careciera de un correcto estudio de antecedentes, ¿hace que la adquisición de fecha 10/8/2000 deba ser calificada como de mala fe? Creemos que no. Pero esta solución, ¿es aplicable a las sucesivas transmisiones de dominio? También creemos que la respuesta negativa se impone. Pasaremos a fundar estas respuestas.

Quien adquirió la propiedad del inmueble el día 10/8/2000 –y sus sucesivos sucesores particulares– se convirtió en titular de un derecho que le era oponible a todos

9. Pelosi, Horacio L., ob. cit. (cfr. nota 6), pp. 223-224. Al analizar el tema, el autor recuerda un pronunciamiento de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires publicado en la *Revista del Notariado* Nº 710.

10. SC de Buenos Aires, 7/11/1995, "Firinu, Ángel Alfredo c/ Frigorífico Alca SRL s/ reivindicación" (*Acuerdos y Sentencias*, t. 1995-IV, p. 152, https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=22462 [fuente: JUBA; última consulta: 30/5/2019] [*N. del E.*: también disponible aquí; fuente: SAIJ; última consulta: 3/2/2020]).

11. Pondé, Eduardo B., ob. cit. (cfr. nota 8).

12. En ese sentido, se resolvió: "es evidente que los actores no tenían por qué advertir las deficiencias en que incurrió el escribano que suscribió la escritura de donación. Y también es evidente que dieron plena validez tanto a la labor de aquel escribano como a los sucesivos informes de dominio emitidos por el RPI en los que constaba que ellos eran los titulares del inmueble […] Y no resultaría lógico exigirles que, por su cuenta, llegaran a la misma conclusión que a la que llegó la escribana que detectó la anomalía" (CNCont. Adm. Fed., Sala I, 19/2/2015, "Bottini, Nélida Eisa y otro c/ EN-RENAPI s/ daños y perjuicios" [elDial.com. Biblioteca Jurídica Online, cita AA8EA5; el resaltado es nuestro] [*N. del E.*: ver también aquí; fuente: SAIJ; última consulta: 3/2/2020].

menos al *verus dominus,* es decir, al heredero declarado del señor Ernesto Alberto R. Este último era el único legitimado para solicitar la reivindicación del inmueble hasta tanto se cumplieran los requisitos exigidos por la ley para que pudiera ser aplicable el instituto de la prescripción decenal. Sin embargo, no tenemos noticias del inicio de tal acción reivindicatoria o de otra que tuviera como fin poner en tela de juicio la posesión ejercida por estos adquirentes o desvirtuar la presunción *iuris tantum* relativa a su buena fe.

Por ello, procederemos a analizar los requisitos de justo título y buena fe en el caso concreto de cada una de las transmisiones dominiales, para determinar si, efectivamente, el plazo decenal de la prescripción corta se cumplió y el dominio se consolidó en cabeza del último adquirente.

4.4.1. Justo título

En el supuesto en particular, el otorgante que intervino en la escritura de venta autorizada por el escribano P. (escritura Nº 214 de fecha 10/8/2000), aunque no estaba legitimado para tal fin, actuó dotado de la forma exigida por la ley: la escritura pública, a pesar de que exhibiera un poder falsificado. Por ello, quien a pesar de todo adquirió, salvo frente al *verus dominus*, resultó propietario *erga omnes*. Las restantes transferencias se efectuaron mediante escritura pública.

En conclusión, podemos afirmar que en todos los supuestos se cumplió con el requisito del justo título, porque, a pesar de no reunirse los requisitos de fondo, se cumplieron con los requisitos de forma: comparecencia ante un notario e instrumentación de una transmisión de dominio ante él en su protocolo.[13]

4.4.2. Buena fe

En sucesivos dictámenes elaborados por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas[14] se determinó que:

- Nos encontramos frente a una presunción *iuris tantum* que, como tal, se encuentra sujeta a ceder ante la prueba en contrario, pero la prueba estará a cargo de quien alegue que la posesión fue de mala fe, **supuesto que hasta la fecha no ha acontecido**.
- El concepto técnico jurídico de "buena fe" no es unívoco ni rígido; ofrece, por el contrario, diversos matices y gradaciones, y, por ello, no se puede valorar de la misma manera la "buena fe" requerida a tenor del artículo 1051 CCIV de la que se refiere a la usucapión breve.
- En la prescripción adquisitiva ordinaria o breve, la buena fe subjetiva del adquirente se halla apuntalada por la buena fe objetiva configurada en el "justo título", en el acto traslativo.

13. Ver Cabuli, Ezequiel, "Poder. Error. Interpretación de los contratos. Buena fe. Justo título" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 918, 2014.

14. Cerávolo, Ángel F., [dictamen elaborado para el expediente interno del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires Nº 16-01981-09], [inédito]; Massone, Mariana C., "Justo título", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 890, 2007; y Serebrisky, Liliana M., "Justo título. Buena fe", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 883, 2006.

- La buena fe requerida para la prescripción es la creencia, sin duda alguna, del poseedor de ser el dueño de la cosa (art. 4006 CCIV). Esta creencia, como lo he dicho, citando a Troplong, está constituida por un estado de espíritu del adquirente, formado por las condiciones en que se le transmite el dominio y que lo autoriza a pensar con fundamento que es el dueño de la cosa. Se está en presencia, entonces, de una adquisición en la que el comprador se ha considerado con razones bastantes para reputar propietarios a sus antecesores, que han tenido capacidad suficiente para enajenarla y que le han otorgado un contrato sin ningún vicio de fraude y otro análogo;
- La existencia de buena fe como requisito para la procedencia de la prescripción breve debe ser calificada con criterio amplio y ha de conjugarse y complementarse necesariamente con la existencia misma de "justo título"; ello es así por cuanto la creencia del poseedor de la legitimidad de su posesión o, en otras palabras, de ser el "exclusivo señor de la cosa" se apoya en la apariencia creada por el "justo título", atento a las formalidades que en el mismo ha cumplido y que coadyuvan a generar esa creencia de la "suficiencia" del título.
- Si el error proviene de una negligencia imputable al poseedor, entonces la buena fe no podría existir, como sucedería si este omitiese el estudio de los antecedentes relativos al título del enajenante. Esta es la interpretación que corresponde a tenor de lo dispuesto por los artículos 20 y 923 CCIV. Pero no estamos en condiciones de afirmar que en nuestro caso el error sea la consecuencia de una negligencia del poseedor; el adquirente del inmueble actuó como corresponde: concurrió al notario, instrumentó la transmisión de dominio ante él, en su protocolo, y es a este último a quien le cupo la tarea de calificar la legitimación y los títulos del transmitente.

Es cierto que existen varias posturas respecto de la manera en que influye la existencia de un adecuado estudio de títulos en la buena fe del adquirente,[15] y que la redacción del artículo 1902 del Código Civil y Comercial[16] ha consagrado el estudio de los antecedentes y el examen de las constancias registrales como requisitos para calificar la buena fe del adquirente. Pero coincidimos con Pondé en que

> Es una farsa presumir que el adquirente investiga la bondad del título o que ruega al notario que lo haga o que sabe que lo hará aun cuando no se lo pida; simplemente está seguro que el notario le dará una titularidad sin perturbaciones. El adquirente, ahora como antes, no hace más que eso, adquirir. El cumplimiento de las formalidades legales lo deja en manos

15. Las posturas en tomo a la relación entre "buena fe" y estudio de títulos son básicamente tres: a) La que propone que la realización del estudio de títulos es indispensable para configurar la buena fe del tercero en los términos del art. 1051 CCIV. b) La que considera el estudio de títulos como un medio más para acreditar esa buena fe, con cierta jerarquía e importancia respecto de otros medios pero nunca como forma excluyente de configuración de la buena fe del tercero. c) La que propone que, con la expedición de los certificados registrales, el tercero adquiere bien en los términos del art. 1051 CCCN.

16. Art. 1902 CCCN: "El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto. La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial".

> del notario, lo que, por imposición de la ley, debe hacer aun cuando no le guste. Nunca supo ni sabe –salvo muy excepcionales casos– qué es eso de estudiar el título…[17]

La buena fe del adquirente consiste en no tener motivos aparentes para dudar ni de la bondad del título ni de la buena fe del transmitente. Pero, ¿existe buena fe en el caso de que el adquirente desconoce que el instrumento mediante el cual el apoderado del enajenante acreditó su personería se trataba de una escritura falsificada? Entendemos que, a pesar de que ha existido un verdadero despojo al legítimo propietario, la legislación extiende la defensa del derecho del adquirente de buena fe aun ante este despojo, por imperio de la propia inactividad del propietario que no alegó ni probó la mala fe del actual titular registral, ni interpuso en tiempo y forma la acción reivindicatoria, permitiendo así que se consolidara el derecho de propiedad de este último por efectos de la usucapión breve.

En tanto en cuanto nadie haya alegado ni probado lo contrario –situación que podemos tener por acreditada por el hecho de que no se informan acciones contra los titulares de dominio por parte del heredero del verdadero propietario–, estimamos que existió de parte de los señores Beatriz Mercedes B., Juan José S. E. y Pablo Ignacio G. "buena fe", en el sentido de creencia plena y entera, sin la menor duda, respecto de su derecho de propiedad, al menos en el momento que adquirieron el inmueble. Que el señor Pablo G. advirtiera, con posterioridad, la falta de legitimación de parte del apoderado que vendiera en el año 2000 no obsta su buena fe, dado que, de tomar conocimiento, lo habría hecho luego de haber adquirido.[18] Por consiguiente, concluimos que, en estos supuestos, todos los mencionados anteriormente tuvieron buena fe, ya que en ellos existió la "íntima convicción de que la cosa le era enajenada por su verdadero propietario [sin] albergar duda".[19]

Sin embargo, la situación de los adquirentes de fecha 28/3/2007 **es absolutamente diversa**, dado que efectuaron esta última adquisición luego de tomar conocimiento de los defectos que tenía el poder exhibido por el apoderado R. al momento de autorizarse la escritura de venta de fecha 10/8/2000 y antes de que se cumpliera el plazo de diez años establecido por el artículo 3999 CCIV, es decir, antes de que se consolidara el dominio en cabeza del señor G. Tales compradores no pueden alegar en su beneficio la "buena fe" de su antecesor. El artículo 4005 CCIV establece que:

> El sucesor particular de buena fe puede prescribir aunque la posesión de su autor hubiese sido de mala fe. Cuando el sucesor particular es de mala fe la buena fe de su autor no lo autoriza a prescribir.

En este caso en particular, partimos de dos posesiones distintas, que pueden unirse para cumplir el tiempo requerido por la prescripción solo en el caso de que exista "buena fe" en el sucesor particular. Si este es de "buena fe", puede, incluso, aprovechar la posesión de su antecesor de "mala fe" en tanto que no puede hacerlo en el supuesto contrario. El artículo 4005 dispone que, si el sucesor es de mala fe, la buena fe del autor no le servirá

17. Pondé, Eduardo B., ob. cit. (cfr. nota 8).

18. Art. 4008 CCIV.

19. Cabuli, Ezequiel, ob. cit. (cfr. nota 13).

para usucapir a los diez años, aun cuando tenga justo título, puesto que **cada posesión debe ser adquirida de buena fe**.

Los actuales titulares, cuando adquirieron el inmueble, lo hicieron con conocimiento de la existencia de una adquisición a *non domino* entre sus antecedentes y con anterioridad a que se cumpliera el plazo de diez años establecido por el artículo 3999 CCIV. Los adquirentes de fecha 28/3/2007 adquirieron antes de que se hubiera consolidado el dominio en cabeza del transmitente por el cumplimiento del plazo de diez años establecido por la ley. No estamos ante un supuesto de mala fe sobreviniente luego de una adquisición originariamente de buena fe; estamos en un caso donde el inmueble fue comprado con conocimiento expreso y previo de los vicios del título antecedente, situación que impidió unir su prescripción a la de sus antecesores. Así, en el supuesto de que estos últimos, hoy en día, quisieran vender el inmueble adquirido al señor G., no contarían con el beneficio de la prescripción breve y, de este modo, su título resulta observable.

5. Conclusión

Por todo lo expuesto, y en la medida en que los tres primeros adquirentes hubieran obrado con la íntima convicción de que su accionar se ajustaba a lo dispuesto por el ordenamiento, el conocimiento posterior que hubiesen tenido de cualquier anomalía en los antecedentes del título no afecta su buena fe, puesto que actuaron convencidos del carácter invocado por el apoderado del *verus dominus* despojado, en virtud de la documentación exhibida por él a efectos de acreditar la representación alegada.

En el caso de la transmisión efectuada por el tercer adquirente a quienes lo hicieron en cuarto lugar, antes de que se consolidara el dominio en su favor por efectos de la prescripción breve, la situación es distinta. Cuando compraron, lo hicieron con conocimiento expreso de las anomalías que presentaba la venta de fecha 10/8/2000, situación que impide que puedan ser considerados como de buena fe y que, en su caso, puedan invocar en su favor la accesión de la posesión de sus antecesores y se pueda aplicar el instituto de la prescripción breve.

Nos parece imprescindible remarcar que la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación significó, para el legislador, una toma de posición sobre la necesidad del estudio de títulos en cualquier negocio jurídico en el cual su objeto sea la transmisión de derechos reales sobre inmuebles, puesto que este requisito no solo puede desprenderse de la letra expresa del artículo 1138 sino que también puede deducirse de lo establecido por los artículos 392, 1898, 1902, 1920, 2260 y concordantes. Así, reiteramos, en el caso de que por cualquier eventualidad resultara aplicable el nuevo Código, resulta impensado que se pudiera tener como de buena fe a un adquirente que hubiese otorgado una escritura traslativa de dominio sin realizar el pertinente estudio de títulos.

Falta de aceptación de herencia

Plazo para el ejercicio del derecho de opción*

Romina N. Sassone

RESUMEN

Se consulta sobre la bondad de un título de cuyos antecedentes surge que la declaratoria de herederos se dictó sin consideración a la totalidad de ellos. El análisis se centra en el derecho de opción, las consecuencias del vencimiento del plazo establecido para ello (diferente según la sucesión se haya abierto durante la vigencia del Código de Vélez o a partir del 1 de agosto de 2015) y el efecto de la actitud de los restantes herederos, si los hubiere, como en el caso sometido a consulta.

PALABRAS CLAVE

Herencia; aceptación de herencia; renuncia de herencia; derecho de opción; pérdida del derecho de opción; declaratoria de herederos; coherederos.

Sesión del Consejo Directivo que dispone publicación: 4/9/2018, acta Nº 4062

Sumario: ***1.*** *Doctrina.* ***2.*** *Antecedentes.* ***3.*** *Consideraciones.* ***3.1.*** *Derecho aplicable.* ***3.2.*** *Derecho de opción.* ***3.3.*** *Transmisión "mortis causa" del derecho de opción.* ***3.4.*** *Heredero aparente y tercero de buena fe.* ***3.5.*** *Inicio del proceso sucesorio transcurridos veinte años sin que se presenten herederos aceptando o repudiando la herencia.* ***3.6.*** *Normativa actual.* ***4.*** *Conclusión.*

1. Doctrina

- *La sucesión por causa de muerte respecto de inmuebles sitos en la República Argentina se rige por el derecho argentino vigente al momento del fallecimiento del causante. Este criterio, receptado en el Código Civil velezano, se reitera en el actual Código Civil y Comercial.*
- *Si bien desde la apertura del sucesorio el llamado a recibir la herencia reviste la calidad de heredero, lo hace de manera provisional, ya que en sus manos está la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia. En caso de decidirse por la aceptación, se fijará su posición de heredero. En el supuesto de que renuncie, se lo tendrá como si nunca hubiera sido heredero, salvo en lo que respecta al derecho de representación.*

* Dictamen aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 31/8/2018 (expediente interno Nº 16-02129-17).

- *Fallecido el causante con anterioridad al 1 de agosto del año 2015, el derecho a elegir entre la aceptación y la renuncia a la herencia se pierde por el transcurso de veinte años desde que la sucesión se abrió.*
- *Habiendo transcurrido el plazo mencionado, el heredero que no hubiese ejercido su derecho de opción, dejando transcurrir el plazo sin pronunciarse, gozará o no del derecho de opción, según cuál haya sido la actitud que guardaron los restantes herederos llamados a suceder.*
- *En principio, será considerado aceptante, salvo que haya otros coherederos que hayan aceptado la herencia. En tal supuesto, el heredero que guardó silencio por más de veinte años será entendido como renunciante.*
- *Distinto es el supuesto si el causante hubiese fallecido con posterioridad al 1 de agosto de 2015. En tal caso, el derecho de opción caduca a los diez años de la apertura de la sucesión.*
- *El heredero que no la haya aceptado en ese plazo será tenido por renunciante, salvo que, antes del vencimiento del plazo, hubiese sido intimado judicialmente a aceptar o renunciar la herencia y no se hubiese pronunciado luego de transcurrido un plazo de tres meses desde la intimación. En tal supuesto, será tenido por aceptante.*

2. Antecedentes

El escribano G consulta respecto de la bondad de un título cuyos antecedentes son del siguiente tenor:

- Por escritura de fecha 1/9/1971, los cónyuges en primeras nupcias L y K compraron un inmueble sito en la Provincia de Buenos Aires.
- Fallecido el señor L con fecha 28/9/1983, su juicio sucesorio tramitó ante el Departamento Judicial de Lomas de Zamora (Provincia de Buenos Aires). El proceso sucesorio se inicia en el año 2007 (transcurridos más de 20 años de la apertura de la sucesión), presentándose la cónyuge K y dos hijos del causante, habiendo manifestado la heredera K que un tercer hijo falleció en el año 1997, siendo casado y con dos hijos (que se presume que eran herederos menores de edad) y que viven en Entre Ríos.
- El juez del sucesorio ordena que se libren cédulas de notificación a la cónyuge y a los hijos del heredero fallecido. Se los notifica en el domicilio denunciado por la señora K, y de las notificaciones surge que el oficial de justicia se hizo presente en el domicilio indicado y, por no ser atendido, fijó las mismas en la puerta de entrada.
- En el año 2009, se dicta declaratoria de herederos a favor de la cónyuge K y los dos hijos que sobreviven. No se menciona nada respecto a la cónyuge e hijos del tercer hijo fallecido.
- Actualmente, la sucesión del tercer hijo fallecido en Entre Ríos está abierta.

3. Consideraciones

Pregunta el consultante si habiendo transcurrido el plazo de veinte años que marcaba el Código velezano (en adelante, "CCIV"), y respecto al tercer hijo fallecido, donde sus sucesores no se han presentado a aceptar o repudiar la herencia del señor L, habría que tenerlos como aceptantes de la misma.

3.1. Derecho aplicable

Atento a que el fallecimiento del causante –esto es, del señor L– se produjo en el año 1983, resulta aplicable el derecho vigente al momento de su fallecimiento, es decir, el Código Civil velezano (en adelante, "CCIV"). Por tal motivo, nos centraremos en el análisis del artículo 3313 y su nota, la doctrina imperante en relación a los mismos y la buena fe del tercer adquirente.

3.2. Derecho de opción

El mencionado artículo 3313 CCIV prevé: "el derecho de elegir entre la aceptación y renuncia de la herencia se pierde por el transcurso de veinte años desde que la sucesión se abrió".

> La norma tiene su razón de ser porque, producido el llamamiento a la herencia de una persona determinada, quienes gozan de vocación sucesoria actual se encuentran en condiciones de ejercer el derecho de opción. Ello se explica porque si bien desde la apertura del sucesorio el llamado a recibir la herencia reviste la calidad de heredero, lo hace no de manera definitiva sino provisional, ya que en sus manos está la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia […] En caso de decidirse por la aceptación se fijará su posición de heredero, ya sea como aceptante beneficiario o simple y puro, y, en el supuesto de que renuncie, se lo tendrá como si nunca hubiera sido heredero, salvo en lo que respecta al derecho de representación. El artículo 3313 del Código Civil no prevé en forma expresa qué acontece con el heredero que dejó transcurrir el plazo de veinte años sin pronunciarse. Esta omisión genera el interrogante acerca de si ¿corresponde considerarlo aceptante o renunciante de la herencia? [1]

La ambigüedad del texto del artículo 3313 dio lugar a que

> … desde los comienzos de la aplicación del Código [Civil], los juristas se preguntaran qué es lo que pierde el llamado a heredar que guarda silencio durante veinte años y que, por ello, no puede ya elegir: ¿el derecho de aceptar o el de renunciar? Los textos legales dan pie a una solución, mientras que las notas del codificador a otra distinta. [2]

1. Medina, Graciela, "Aceptación o renuncia de la herencia después de 20 años. Efectos en la sucesión vacante", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2011, cita online AR/DOC/965/2011.

2. Belluscio, Augusto C., "El derecho de opción del llamado a la herencia", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento especial 60º aniversario, 15/11/1995 (t. 1995-E, cita online AR/DOC/9749/2001).

Así, el artículo 3315 CCIV dispone: "La falta de renuncia de la sucesión no puede oponerse al pariente que probase que por ignorar, o bien la muerte del difunto o la renuncia del pariente a quien correspondía la sucesión, ha dejado correr el término de los veinte años designados".

> Resultaría de allí que se perdería el derecho de renunciar, consolidándose la calidad de heredero, pues sólo para tenérselo por aceptante podría invocarse contra él la falta de renuncia. Sin embargo, en la nota al artículo 3313, el codificador dejó sentada una doctrina diferente: la sustentada en Francia por Aubry y Rau, que admitían tal solución como principio general, dejando a salvo el supuesto en que el heredero abstenido se encontrase frente a otros herederos que hubiesen tomado posesión de la herencia, caso en el cual su silencio equivaldría a una renuncia y perdería la facultad de aceptar.[3]

La ambigüedad de las normas citadas dio lugar a diversas posturas doctrinarias, que pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

i. ***Postura que considera al heredero aceptante***: Fue enunciada por Segovia y seguida por los comentadores del siglo XIX y por Lafaille.[4] Esta postura entiende que la calidad de heredero se adquiere al momento del fallecimiento del causante; por lo tanto, no se requiere de ningún acto adicional para ratificar la calidad de heredero. Es decir, para esta postura, la aceptación simplemente consolida una titularidad ya existente. Por lo tanto, considera que lo que se extingue, transcurrido el plazo de veinte años, es el derecho a renunciar, porque, de lo contrario, se perjudicaría a un eventual heredero que, desconociendo el fallecimiento del causante o la renuncia de un pariente más próximo, ha dejado transcurrir el plazo de veinte años sin intención de renunciar a la herencia.
ii. ***Postura que considera al heredero renunciante***: Esta posición, en cambio, entiende que el heredero que durante veinte años no ejerció su derecho de opción ha demostrado una total falta de interés por la herencia, lo que conlleva la extinción del llamamiento a recibirla. Esta doctrina no tuvo seguidores, por su oposición con el artículo 3345, que dispone que la renuncia a la herencia no se presume.
iii. ***Postura que evalúa la actitud adoptada por los demás herederos llamados a suceder***:[5] Esta posición, que es la mayoritaria, fue seguida por la mayor parte de la doctrina de las últimas décadas. Entiende que, para evaluar si el transcurso del plazo de veinte años conlleva la pérdida del derecho de opción, habrá que evaluar la actitud que adoptaron los demás herederos llamados a suceder. En principio, será considerado aceptante, salvo que otros coherederos hayan aceptado la herencia, supuesto en el cual el heredero que ha guardado silencio durante más de veinte años será tenido como renunciante. Esta solución fue aprobada por Spota y compartida por Borda, que, sin embargo ateniéndose a la fuente, exceptúa el caso en que otros herederos hubiesen tomado posesión de la herencia, no el de que meramente hayan aceptado. Y ha sido la postura que prevaleció en la jurisprudencia nacional.

3. Ídem.

4. Ídem.

5. Ídem; Caton, L., "El silencio del heredero que se ha abstenido acerca de la herencia", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 98, p. 308.

Esta doctrina es la que más se adecua al texto de la nota del mencionado artículo 3313, que dispone expresamente:

> Por el hecho de la muerte del autor de la sucesión, el heredero entra en posesión de todos los derechos de aquél y tiene la elección de hacer esta posesión irrevocable por una aceptación, o despojarse de su derecho por una renuncia. Después de veinte años de silencio él no tiene esta elección: queda en el *statu quo*, es decir heredero sin que le sea en adelante posible renunciar. Lo contrario sucede en el caso en que el heredero que se ha abstenido, se encuentre en presencia de otros herederos que han aceptado la sucesión. El silencio del heredero que se ha abstenido equivale a una renuncia por su parte, y él pierde la facultad de aceptar.[6]
>
> En consecuencia, esta tercera postura resulta conforme tanto al artículo 3313 CCIV como a su nota, ya que si un heredero guarda silencio durante más de veinte años y existen otro u otros coherederos que hubieren aceptado la herencia y entrado en posesión de ella, tal silencio importa renuncia a la herencia. En cambio, si no existen coherederos que hubieren aceptado la herencia y entrado en su posesión, el silencio durante veinte años debe reputarse aceptación.
>
> Así lo ha dicho la jurisprudencia en el fallo "Simonelli, Olga Teresa", donde, ante un caso de herencia vacante, se confirmó la calidad de heredera de quien se presentó al sucesorio después de veinte años de abierta la sucesión como así la falta de adquisición de los bienes por prescripción adquisitiva de dominio por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.[7]

En el caso en análisis, transcurrieron más de veinte años de la apertura de la sucesión; los herederos del hijo fallecido han sido debidamente notificados de la sucesión del primer causante, a fin de que se presenten a ejercer su derecho de opción (derecho que como desarrollaremos más adelante es transmisible *mortis causa*); los demás coherederos que sí se presentaron han asumido una actitud diligente al informarle al magistrado la existencia de otro coheredero fallecido y de sucesores del mismo y han notificado en forma fehaciente a estos últimos la apertura de la sucesión del primer causante. Luego de transcurrido el plazo previsto en el ordenamiento procesal, habiendo las personas notificadas guardado silencio, sin manifestar intención de aceptar o repudiar la herencia, corresponde tenerlas por renunciantes en virtud de existir otros coherederos que sí se han presentado en el sucesorio a aceptarla.

3.3. Transmisión *mortis causa* del derecho de opción

El artículo 3316 CCIV indica que "toda persona que goza del derecho a aceptar o repudiar una herencia, transmite a sus sucesores el derecho opción que le correspondía". Las condiciones necesarias para que tenga lugar la transmisión *mortis causa* del derecho de opción son las siguientes:

- Existencia del derecho de opción (o *ius delationis*) en cabeza de un sucesible, el cual no ha de haber ejercitado su derecho de opción. Tampoco debería haber operado

6. [*N. del E.*: ver Vélez Sarsfield, Dalmacio, *Notas del Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, Pablo Coni Editor, 1872, p. 201, aquí; fuente: https://archive.org/; última consulta: 29/1/2020].

7. CNCiv., Sala J, 24/8/2020, "Simonelli, Olga Teresa s/ sucesión ab-intestato" (*La Ley*, AR/JUR/55191/2010)

la caducidad del derecho de opción por el transcurso del plazo previsto en el artículo 3313.

- Existencia de un sucesor del transmitente, capaz de adquirir el derecho de opción, que haya aceptado la herencia del segundo causante.[8]

En consecuencia, en el caso planteado, dado que el heredero denunciado falleció en el año 1997 sin haber ejercido su derecho de opción, transmitió a sus herederos el ejercicio del mismo. No obstante, respecto al segundo de los requisitos, poco interesa si los herederos denunciados aceptaron o no la herencia del segundo causante para poder ejercer el derecho de opción respecto a la primera sucesión. Ello debido a que, transcurridos veinte años desde la apertura del proceso sucesorio del primer causante, y existiendo otros herederos que aceptaron su herencia, corresponde entender que los eventuales herederos del segundo causante han perdido el derecho de opción, atento al plazo transcurrido, y se los debe tener por renunciantes.

3.4. Heredero aparente y tercero de buena fe

Por otra parte, es importante no omitir lo dispuesto por el artículo 3430 CCIV:

> 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. Si el poseedor de la herencia hubiese sido de buena fe, debe sólo restituir el precio recibido. Si fuese de mala fe, debe indemnizar a los herederos de todo perjuicio que el acto haya causado.
>
> 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.

Heredero aparente es aquel que ha entablado un procedimiento judicial que lo reconoce como tal, aun sin derecho, o sin mejor derecho, por lo que adquiere frente a terceros igual emplazamiento que aquel que originariamente lo tenía y que, aun así, lo conserva. Según el artículo 3423 CCIV, asume el carácter de heredero aparente el pariente de grado más remoto que ha entrado en posesión de la herencia por ausencia o inacción de los parientes más próximos, o un pariente del mismo grado que rehúsa reconocer la calidad de heredero o que pretende ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él.

En el caso traído a consulta, entendemos, los herederos declarados judicialmente son en principio los legítimos herederos y no herederos aparentes, en virtud de adherir a la tercera postura antes expuesta y entender que las personas denunciadas deben ser tenidas por renunciantes. Sin embargo, si alguien, por el contrario, adhiriendo a la primera de las posturas mencionadas, que entiende que transcurrido el plazo de veinte años los herederos denunciados deben ser tenidos por aceptantes si se presentan a recibir la herencia, entonces los herederos declarados judicialmente revestirán la calidad de

8. Maffía, Jorge O., "Derecho de opción", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1981-B, p. 748 (cita online AR/DOC/2850/2001).

herederos aparentes (en virtud de existir sucesores de igual derecho que no obtuvieron pronunciamiento judicial a su favor). Por consiguiente, en el caso particular, habrá que analizar la buena fe del tercero que vaya a contratar a título oneroso con herederos aparentes, en virtud de existir otros sucesores "de igual derecho", a fin de que el acto de disposición sobre el bien inmueble sea considerado válido en los términos del artículo 3430.

A fin de encuadrar la buena fe del tercer contratante, es importante analizar que quien promueve un proceso sucesorio, conforme a lo dispuesto por el artículo 689 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (y en concordancia con el art. 724 del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires), debe justificar:

- Su calidad de parte legítima, *prima facie*, acompañando la partida de defunción del causante.
- Si el causante hubiese testado, deberá denunciar la existencia del testamento y acompañarlo al proceso sucesorio; si lo tuviese en su poder, caso contrario, deberá indicar el lugar donde se encuentre, si lo supiere.
- Si el causante hubiese fallecido sin haber testado, el heredero que se presenta deberá denunciar el nombre y domicilio de otros herederos que pudiese tener el causante o de sus representantes legales.

Esto es importante porque la firmeza de los actos de disposición a título oneroso realizados por el heredero aparente requieren que el tercero con quien hubiese contratado sea de buena fe, independientemente de la buena o mala fe de aquel.[9] El tercero será de buena fe si ignorase la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos. Por lo tanto, la mala o buena fe del presentado no debe ser tenida en cuenta para reconocerle validez al acto que como heredero aparente realice sino la buena fe del tercer contratante. De allí que lo importante sea el estudio del título que le permitió al heredero presentado alcanzar la calidad de heredero reconocido y la importancia de analizar todos los actos procesales realizados en el expediente, entre ellos, la denuncia de otros herederos, a fin de determinar la validez del acto realizado por el tercero que contrate con el heredero aparente. La denuncia de otros herederos en el expediente sucesorio es un deber del heredero presentado.

¿Qué ocurre si en el escrito de inicio del juicio sucesorio existen herederos denunciados? ¿Es suficiente con mencionarlos? ¿Es suficiente con indicar su nombre y apellido y domicilio? Evidentemente no. Ello por cuanto la denuncia del nombre y domicilio de otros herederos conocidos por el heredero presentante tiene por fin que el juez los notifique por cédula, oficio o exhorto, conforme a lo dispuesto por el ordenamiento procesal, a fin de que se presenten dentro de los treinta días siguientes, acrediten con las partidas pertinentes sus vínculos y, así, se los incluya o no en la declaratoria de herederos que se dicte. Por consiguiente, la notificación personal en el domicilio es determinante para calificar la buena fe. La denuncia del domicilio del heredero que no se ha presentado habilita el proveído que ordena su citación. Puede ocurrir que el juez omita despachar esa denuncia, caso en el cual se deberá reiterar el

9. Causse, Federico J., "La constitución procesal del heredero aparente", en AA.VV., *LII Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2006, pp. 21-25 [*N. del E.*: ver aquí; fuente: *Revista Notarial*; última consulta: 30/1/2020].

proveimiento respectivo, ya que constituiría una conducta procesal reñida con la lealtad y buena fe procesal guardar silencio ante la mentada irregularidad. La cédula debe ser girada al domicilio denunciado. Si la diligencia diere resultado negativo, el juez puede advertirle que manifieste, a tal fin, si existe otro domicilio o insiste en él. En todos los casos, si el citado comparece y hace valer sus derechos, la cuestión queda concluida. Pero si, cumplida la misma, el citado guarda silencio, habrá de considerar que los herederos a declarar como tales son los presentados como "únicas personas que en ese estadio procesal se presentaron a fin de recoger la herencia". Si el resultado es negativo y no se conoce otro domicilio a denunciar, puede entenderse que la publicación de edictos alcanza a cumplir los mismos efectos. Ello por cuanto la citación por edictos procede cuando se tratase de personas cuyo domicilio se ignorase.

En el caso planteado, el nombre y domicilio de los otros herederos del causante fueron denunciados, el juez ordenó su citación por cédula, y obran agregadas en el expediente las cédulas cursadas y el resultado negativo de las mismas, las cuales fueron fijadas en la puerta de los domicilios denunciados; y se ha cumplido con la citación por medio de edictos; todo ello sumado a que, transcurrido el plazo previsto, las personas notificadas no se presentaron a hacer valer sus derechos. Por lo tanto, cabe afirmar que los actos procesales llevados a cabo en el expediente a fin de notificar a los herederos denunciados, en este caso particular, han sido cumplidos en legal forma. Indudablemente, en el caso planteado, podemos concluir que los terceros que contraten con los herederos que han obtenido a su favor declaratoria de herederos son de buena fe, atento a que los pasos procesales y los actos obrantes en el expediente judicial a fin de notificar a los herederos denunciados fueron cumplidos con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento procesal.

3.5. Inicio del proceso sucesorio transcurridos veinte años sin que se presenten herederos aceptando o repudiando la herencia

El hecho de que los coherederos que aceptaron la herencia hayan iniciado la sucesión luego de transcurridos veinte años del fallecimiento del causante no invalida la solución del caso planteado. Ello por cuanto, y siguiendo la postura mayoritaria –en la que nos enrolamos–, el principio general es considerarlos aceptantes al no haberse presentado otros coherederos con anterioridad aceptando la herencia. Y, en relación a los demás herederos que fueron notificados y se abstuvieron, el hecho de que la sucesión se haya iniciado luego de transcurridos veinte años del fallecimiento del causante sin que nadie acepte o repudie la herencia no les otorga automáticamente calidad de aceptantes. Hasta tanto no se presenten en forma efectiva y concreta a manifestar su intención de aceptar, su calidad de aceptantes queda en estado latente y pierde virtualidad ante la presencia de otros herederos que aceptaron.

El texto de la nota al artículo 3313 en su parte pertinente dispone:

> Después de veinte años de silencio no tiene esta elección: queda en el statu quo, es decir heredero sin que en adelante le sea posible renunciar. Lo contrario sucede en el caso en que el heredero que se ha abstenido, se encuentre en presencia de otros herederos que han aceptado la sucesión…

En resumen, luego de transcurridos veinte años de la apertura de la sucesión, es suficiente que el heredero que se abstuvo y no aceptó la herencia esté en presencia de otros herederos que la aceptaron para tenerlo por renunciante.

El hecho de que hayan pasado veinte años sin que nadie se presente a aceptar la herencia no otorga automáticamente la calidad de heredero a quien con su actitud indiferente no se ha presentado en el proceso sucesorio durante más de treinta años. Máxime cuando hay herederos que sí se han presentado a aceptar la herencia. Y es por eso que no compartimos la opinión del consultante en el sentido de que el juez tenga que incluir en la declaratoria de herederos a los herederos que no se presentaron.

No pueden ser comprendidas en la declaratoria de herederos las personas que en ningún momento expresaron por vía de comparecencia concreta su voluntad de ser reconocidas como tales. Ello es así por cuanto la inclusión en la declaratoria de herederos implica no solo los derechos de tal sino también las obligaciones, por lo que únicamente debe declararse a los legitimados que así lo han solicitado expresamente, para lo cual se requiere una expresión categórica de voluntad en ese sentido, que la justicia no puede suplir. Esta solución es la que se impone y ofrece la ventaja axiológica de realzar el valor seguridad al proteger a los aceptantes frente a los indiferentes.

3.6. Normativa actual

El Código Civil y Comercial vigente a partir del 1 de agosto de 2015 (en adelante, "CCCN"), en su artículo 2288, dispone: "El derecho de aceptar la herencia caduca a los diez años de la apertura de la sucesión. El heredero que no la haya aceptado en ese plazo es tenido por renunciante". En tal sentido, el codificador siguió la solución italiana, que parte del Código Civil italiano de 1942, donde, por la dificultad causada por el texto del Código Civil del año 1865, se introdujo una nueva disposición, la del artículo 480 que dispone: "el derecho de aceptar la herencia se prescribe en diez años". Esta solución fue seguida por los Códigos Civiles de Venezuela, Portugal, y Bolivia, con la sola diferencia de que el portugués, al igual que el actual argentino, considera que se trata de un caso de caducidad en lugar de prescripción. Y fue la doctrina seguida en el anteproyecto de 1954 y el proyecto de 1998, que siguieron la solución italiana. Por lo tanto, para el CCCN, que rige a partir del 1 de agosto de 2015, en aquellas sucesiones cuya apertura haya operado con posterioridad a la fecha indicada, operada la caducidad, se reputará al heredero como extraño a la sucesión.

La caducidad es la extinción de un derecho por su no ejercicio durante el plazo fijado por la ley, mientras que la prescripción es la modificación de ese derecho, consistente en la facultad del sujeto pasivo de obtener el rechazo de la acción tardíamente entablada, sin entrar a considerar las condiciones de fondo para el progreso de tal acción. Con este criterio, la caducidad implicaría que el plazo no se suspendería ni interrumpiría; podría ser declarada de oficio y solo la impediría el cumplimiento del acto previsto por la ley; vale decir en este caso, la aceptación expresa o tácita de la herencia. No obstante, el artículo 2289 CCCN dispone:

> Cualquier interesado puede solicitar judicialmente que el heredero sea intimado a aceptar o renunciar la herencia en un plazo no menor de un mes ni mayor de tres meses, renovable

> una vez por justa causa. Transcurrido el plazo sin haber respondido la intimación, se lo tiene por aceptante.

Ello parecería indicar que, mientras no hubiese transcurrido el plazo de diez años, el heredero puede ser intimado en forma fehaciente dentro del plazo indicado por el artículo 2289, a fin de ejercer su derecho de opción. Si no responde la intimación, su silencio se interpreta como aceptación.

Y es importante destacar la contradicción entre el sentido que se le da al silencio en el caso de la señalada intimación, en los términos del artículo 2289, en el cual es reputado aceptante, y la conferida al silencio en el contexto del mencionado artículo 2288.

Si bien en el caso de consulta no resultan de aplicación los preceptos del CCCN, dejamos esbozado un pequeño análisis de la normativa vigente, a fin de advertir del cambio de doctrina en la materia.

4. Conclusión

- Fallecido el causante con anterioridad al 1 de agosto de 2015, el derecho a elegir entre la aceptación y la renuncia a la herencia se pierde por el transcurso de veinte años desde que la sucesión se abrió.
- Habiendo transcurrido el plazo mencionado, el heredero que no hubiese ejercido su derecho de opción, dejando transcurrir el plazo sin pronunciarse, gozará o no del derecho de opción según cuál haya sido la actitud que guardaron los restantes herederos llamados a suceder.
- En principio, será considerado aceptante, salvo que haya otros coherederos que hayan aceptado la herencia con anterioridad, supuesto en el cual el heredero que guardó silencio por más de veinte años será tenido como renunciante.
- En consecuencia, no resulta observable el título traído a consulta, por entender que los herederos denunciados que no se presentaron a aceptar la herencia deben ser tenidos por renunciantes, en virtud de existir otros herederos que la aceptaron, habiendo transcurrido más de veinte años desde la apertura de la sucesión.

La ley de inclusión financiera uruguaya y sus consecuencias en la labor notarial nacional y transnacional

Lorena Vizcarret Tessore

RESUMEN

Este trabajo pretende dilucidar las consecuencias en la práctica notarial nacional y trasnacional de la aplicación de la Ley 19210 del 21 de abril de 2014 y sus modificativas, Leyes 19355, 19478 y 19732, y los Decretos 350/2017, 351/2017, 132/2018 y 79/2019, que prevén la obligatoriedad de la inclusión financiera en los pagos referentes a negocios jurídicos que, por su naturaleza, pueden entrañar como fin último el lavado de activos y la financiación del terrorismo. El proceso de elaboración de las normas dejó entrever problemas sustanciales en la infraestructura financiera, que no estaba preparada para soportar sus previsiones, lo que hizo a las prórrogas de su entrada en vigencia un arma ampliamente utilizada. Las obligaciones emergentes de los negocios jurídicos deben cancelarse solamente con los medios de pago admitidos, reduciendo sustancialmente el uso de efectivo y presentando ciertas particularidades prácticas, registrales e inclusive una dudosa constitucionalidad. Estos extremos recaen sobre los notarios uruguayos, argentinos y del resto del mundo que autoricen negocios que desplieguen sus efectos en territorio uruguayo.

PALABRAS CLAVE

Inclusión financiera; reducción del uso de efectivo; pago de negocios jurídicos en Uruguay.

Fechas de recepción y aceptación

9/9/2019 - 4/12/2019

Sumario: ***1.*** *Panorama general.* ***1.1.*** *Proceso de bancarización.* ***1.2.*** *Constitucionalidad de la Ley de Inclusión Financiera obligatoria.* ***2.*** *Contenido de la ley.* ***2.1.*** *Artículo 35.* ***2.2.*** *Artículo 36.* ***2.3.*** *Artículos 40 y 41.* ***2.4.*** *Arrendamiento.* ***2.5.*** *Algunas puntualizaciones sobre el contenido de la ley.* ***3.*** *Alcance de la ley.* ***3.1.*** *Operaciones alcanzadas.* ***3.2.*** *Operaciones excluidas.* ***4.*** *Contralores registrales.* ***5.*** *Sanciones.* ***6.*** *Efectos transnacionales.* ***6.1.*** *Ley aplicable.* ***6.2.*** *Jurisdicción competente.* ***6.3.*** *Naturaleza de la Ley de Inclusión Financiera en el derecho internacional privado uruguayo.* ***7.*** *Conclusiones.* ***8.*** *Bibliografía.*

1. Panorama general

1.1. Proceso de bancarización

El proceso de bancarización de los pagos es creciente y se debe al papel que la banca desempeña en el sistema económico, social y de policía, en lo referente al lavado de activos y el financiamiento al terrorismo. Al clásico principio de creación del dinero se le añade este detentado por el estado, donde se convierten en sus brazos ejecutores indirectos.

Dos hitos marcaron esta carrera: a) la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 1988),[1] en la que se reconoce el tráfico como generador de rendimientos financieros y dotado de un poder corruptor capaz de contaminar la administración pública, la actividad comercial y toda transacción imaginable; y b) la reunión del Comité Supervisor de Basilea del 28 de diciembre de 1988,[2] en la que se insta a los bancos y otras instituciones financieras a tomar medidas para impedir ser utilizadas en la conversión de fondos de origen ilegal. Ambos referenciaron la creación de un organismo internacional especializado, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI-FATF), en torno a la 15ª Cumbre del G7[3] (París, 1989). Este organismo abrió la puerta a la elaboración de recomendaciones, supervisión de miembros, realización de informes anuales, listas de países no cooperantes y la consolidación del trabajo en grupos, especialmente, el Grupo de Acción Financiera de Sud América (GAFISUD; creado el 8 de diciembre de 2000, en Cartagena de Indias).

Esta labor posibilitó la uniformización del derecho tendiente al control del lavado, su consolidación como delito y la persecución de operaciones sospechosas. En Uruguay, la Ley 17835 (2004)[4] consagró el sistema de prevención y control del lavado de activos y la financiación al terrorismo; y la Ley 18494 (2009) les ordenó a los profesionales intervinientes, especialmente a los escribanos, reportar actividades sospechosas, sin perjuicio del contenido de los Decretos 245/007, que crea la Comisión Coordinadora contra el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo dependiente de la Junta Nacional de Drogas; 296/009, por el cual se constituye un plan nacional permanente contra el narcotráfico y el lavado de activos; 355/010, que regula las obligaciones sobre el fortalecimiento del sistema de prevención y control del lavado; 146/012, que crea Secretaría Nacional contra el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo (SENACLAFT); y 289/012, en el que se aprueba la estrategia nacional contra el lavado de activos y su plan de acción. No obstante, se sigue profundizando en el tema preventivo y de control con la Ley 19574 (2017) y el Decreto 136/019 reglamentario de la Ley 19749 (2019).[5]

1. (*N. del E.*: fuente del link a la Convención: UNODC [última consulta: 6/2/2020]; la Convención fue aprobada en Argentina por la Ley 24072; en Uruguay, por la Ley 16579).

2. (*N. del E.*: fuente del link a la declaración: BIS [última consulta: 6/2/2020]).

3. (*N. del E.*: ver las declaraciones de la Cumbre aquí; fuente: Universidad de Toronto; última consulta: 6/2/2020).

4. La página web proporcionada –y que se utilizará a lo largo de este trabajo– enumera todas las modificaciones significativas que entrañaron los problemas que se desarrollan en este trabajo, particularmente el apartado 3.

5. Para mayor abundamiento sobre el tema, ver Álvarez Cozzi, Carlos, "La nueva ley uruguaya nº19574 integral contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, en el marco del derecho penal internacional" [online], en *Revista Pensamiento Penal* [revista digital], Buenos Aires, 2018 (última consulta: 9/9/2019).

Esto se vincula con la creciente voluntariedad del estado uruguayo para la eliminación del efectivo, por considerarlo sucio, sombrío. Y, con cierta perspicacia, se señala que quien mantiene un secreto alguna cosa esconde, ya que se enseñaba hace tiempo que el secreto bancario contenido en el artículo 25 de la Ley 15322 (1982) formaba parte del orden público internacional uruguayo.[6] Debemos considerar que recibió un gran revés con la aprobación de la Ley 17948 (2006), que lo volcó más hacia el lado del secreto profesional y lo convirtió en una subespecie.[7]

El Banco Central del Uruguay fue dotado de la facultad para la difusión de la información que recibe de los bancos de plaza sobre sus operaciones activas, la que solamente está sometida a una excepción de guardar secreto profesional. Este hecho modifica sustancialmente la esencia del secreto y pretende reacomodar el cimiento valorativo del sistema. Entre tanto, cómo conseguirían, los bancos, los organismos del Estado, los escribanos y demás profesionales cooperar en sentido estricto si no hubiera una ley que permitiera conocer, identificar y pormenorizar las operaciones de los particulares, ya sean personas físicas o jurídicas, pues en caso de no existir todo el resto del andamiaje se haría inútil.

Identificamos un silogismo entre el proceso de eliminación del efectivo, la flexibilidad del secreto bancario y las leyes que pretenden incluir a los negocios que realizan los particulares dentro de la operativa bancaria formando un círculo por demás agraciado. Es así que se sanciona la Ley 19210 de Inclusión Financiera (2014), que contiene una obligación de eliminar el uso del efectivo en los pagos de todos los negocios jurídicos cuyos montos superen el equivalente a 40.000 UI (unidades indexadas[8]), como se expresará en el apartado 2.

La palabra clave es *obligación*. No conocemos ordenamiento jurídico alguno que haya establecido un deber de tal naturaleza sin que antes se haya aplicado un proceso de gradualismo para su disminución. Tal es el caso de Dinamarca, donde se suprimió el uso del efectivo después de constatar que el 95% de las transacciones se realizaba a través de medios de pago electrónicos.[9] La construcción del sistema que les garantiza a los bancos y a las entidades creadoras de dinero electrónico la posibilidad de obtener información que resulte medular para el funcionamiento de los engranajes hizo que parte de la población uruguaya pusiera en funcionamiento el instituto del referéndum contra las leyes, consagrado en la Constitución a los efectos de eliminar su obligatoriedad (art. 79).

6. Cervini, Raúl, "Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas", en Adriasola, G, Cervini, R. y Gomes, L. F., *Lavado de activos y secreto profesional*, Montevideo, Carlos Álvarez-ICEPS, 2002, p. 92.

7. Mezzera Aguirre, Rodolfo y Ruiz Lapuente, Carlos, "Evolución del secreto bancario en Uruguay", en *Revista de Derecho*, Montevideo, Universidad de Montevideo, Nº 24, 2013, pp. 181-228. (*N. del E.*: ver aquí; fuente: Revista de Derecho; última consulta: 6/2/2020).

8. El valor de la unidad indexada aplicable será el del 1 de enero de cada año, correspondiéndole $4,3683. Puede consultarse aquí (última consulta: 8/2/2020).

9. Yelpo, Andrea, "Inclusión financiera", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, La Ley, Nº 16, 2017, pp. 137-174.

1.2. Constitucionalidad de la Ley de Inclusión Financiera obligatoria

No estaríamos escribiendo esta sección si la ley uruguaya no fuera forzosa, obligatoria. En principio, esta herramienta es considerada beneficiosa en el ámbito económico, por ser anticíclica e integrar a más personas y empresas al sistema de pagos, generando economías de escala de red. Las instituciones financieras reciben el ahorro y lo canalizan hacia las necesidades de las empresas. Se dice que es un instrumento valedero para eliminar la informalidad y combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo, pero cuenta con contrapartidas que la hacen, indudablemente, polémica.

El problema de la obligatoriedad no ha tenido precedentes, salvo en la Ley 25345 de Prevención de la Evasión Fiscal de Argentina, que señala en su artículo 1 la nulidad de los pagos de sumas superiores a mil pesos o su equivalente en moneda extranjera que no se realicen a través de los medios de pago enumerados en el propio artículo. Esta ley, declarada inconstitucional en su artículo 2,[10] le prohíbe al contribuyente que hubiera hechos pagos por medios no enumerados en el artículo 1 computarlos como deducciones o créditos fiscales, aun cuando exista prueba de la veracidad de las ganancias. El Decreto 22/2001 estableció que los pagos en efectivo superiores a diez mil pesos argentinos, o su equivalente en moneda extranjera, efectuados en ocasión del otorgamiento de escrituras públicas por las que se constituyan, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles tendrán para las partes y frente a terceros los mismos efectos cancelatorios que los procedimientos previstos en el artículo 1 inciso 4 de la Ley 25345. El pago que realice el deudor lo libera de su obligación civil porque la ley argentina actúa en el ámbito tributario y no es utilizada como instrumento antilavado.

La diferencia señalada supra es el quid de la cuestión en la constitucionalidad de la Ley de Inclusión Financiera uruguaya.[11] El supuesto fin calificado de esencial cercena ciertos derechos individuales sin saber si el instrumento es idóneo para terminar con el flagelo del lavado. Es conocido el uso de los cheques cancelatorios por los narcotraficantes o la contratación de personas titulares de empresas a los efectos de usar sus cuentas corrientes. Los derechos cuestionados de libertad individual y propiedad privada se ven disminuidos por la contratación obligatoria de servicios bancarios para realizar los pagos de negocios jurídicos alcanzados, que luego de unas cuantas modificaciones son casi todos, extremo que desarrollaremos en el apartado 3.

Por otra parte, la iliquidez del derecho de crédito que los ciudadanos poseen sobre el dinero que se encuentra en el banco les hace perder la inmediatez del derecho de propiedad. Las características del derecho de dominio no son las mismas que las de los derechos de crédito; tal es así que la norma le otorgó efecto cancelatorio a los pagos realizados electrónicamente, por ejemplo, mediante transferencia bancaria, aunque no llegaran a destino extremo, que luego fue modificado. Pero estas situaciones de brecha entre lo que debe ser y lo que es hacen que se vea afectada de cierta zozobra de inconstitucionalidad, especialmente por la falta de gradualidad en su puesta en vigor.

10. Yedro, Diuvigildo, "Réquiem pala la Ley Antievasión 25345" [online], en: Factor [web], Buenos Aires, Comercia y Justicia Editores, 15/5/2014 [última consulta: 9/9/2019].

11. Esteva Gallicchio, Eduardo G., "La legislación de inclusión financiera mirada desde la Constitución", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, La Ley, Nº 16, 2017, pp. 175-183.

Asimismo, la supuesta finalidad debe ser observada detenidamente en la concomitancia medio-fin, es decir, si está justificada la restricción de los derechos constitucionales de libertad e intimidad para ser sustituidos por una practicidad e inculcación de beneficios en la utilización de medios de pago electrónicos o títulos valores para eliminar o, por lo menos, minimizar el lavado y el financiamiento del terrorismo.[12] Todo este proceso construido a través de publicidad sobre las bondades de la inclusión y su cohesión obligatoria han producido una especie de mutación constitucional, con los peligros que ello encarna.[13]

2. Contenido de la ley

Debemos precisar que la norma regula los medios de pago electrónicos, las tarjetas de crédito, de débito, transferencias bancarias y las empresas creadoras de dinero electrónico. Pero, además, se encarga de marcar los medios de pago admitidos en los negocios civiles y comerciales, para los cuales se estableció el uso de determinado tipo de medios de pago que detallaremos a continuación y que, por su naturaleza, sugiere ser una ley de bancarización más que de regulación de pagos electrónicos, pues, como veremos, los medios de pago más queridos en estos negocios son de tipo bancario más que electrónicos.

2.1. Artículo 35

El primer artículo que estudiaremos es el 35, cuyo acápite dice "**restricción al uso de efectivo en ciertos pagos**". En sí, aclara la finalidad de la ley, que no es la reglamentación de los medios electrónicos ni la inclusión de personas que no pueden acceder a un servicio bancario, sino la de eliminar gradualmente el uso del dinero en efectivo. Abarca todos los negocios cuyo monto sea igual o superior al equivalente de 40.000 UI hasta el equivalente a 160.000 UI, incluidos los pertenecientes a las sociedades comerciales, con excepción de los negocios sobre inmuebles y vehículos motorizados, que se regirán por los artículos 40 y 41, así como también el arrendamiento, regulado en el artículo 39. Algunos negocios incluidos, a modo de ejemplo, son: compraventa de acciones, cesión de cuotas de sociedades de responsabilidad limitada, compraventa y promesa de compraventa de establecimiento comercial, cesión de derechos, cesión de derechos hereditarios, cesiones de exgananciales, pago de la *soulte* en las particiones, cesión de derechos posesorios, etc. Es, quizás, el artículo que contiene mayor libertad de elección con respecto al medio de pago a utilizar, ya que solo prohíbe el uso del efectivo pero admite cualquier otro medio sea electrónico o no. Originariamente, preveía para su

12. Puceiro Pan, Diego, "Problemas de la ley de inclusión financiera. Una inconstitucionalidad más", en AA.VV. (Instituto de Derecho Comercial), *Impulso y desarrollo. El derecho comercial como organismo vivo. Sociedades, contratos, concursos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2017, pp. 303-308.

13. Osorio Gómez, Octavio, "La mutación constitucional: los peligros de las modificaciones no formales de la Constitución" [online], en *Hechos y Derechos* [revista digital], Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Nº 36, 2016 [última consulta: 9/9/2019].

aplicación que alguna de las partes del negocio fuera una persona jurídica o una persona física que actuara en calidad de empresa unipersonal o siendo socio de una sociedad de hecho, extremo que fue modificado por el artículo 8 de la Ley 19478 (2017), la que le dio una nueva redacción al inciso 1 del artículo 35, aplicándolo sin restricción de persona.

2.2. Artículo 36

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 19210 incluye todos los negocios cuyo importe total sea igual o superior a 160.000 UI, excluyéndose el arrendamiento, los negocios sobre inmuebles y vehículos motorizados regulados en los artículos 39, 40 y 41 respectivamente. En este caso, los medios de pago admitidos no son amplios como en el artículo anterior, sino que se permite la utilización de los electrónicos, léase tarjeta de crédito, débito, transferencia bancaria. También se admiten los cheques comunes cruzados no a la orden, los cheques de pago diferidos cruzados o letra de cambio cruzada emitida por una institución de intermediación financiera.

En este caso, nunca hubo una restricción de aplicación en lo referente a los sujetos integrantes del negocio, como en el artículo 35. No obstante, la presión sobre dicho sistema generó la aprobación de una especie de vector de huida, el Decreto 132/018, que permitió la acreditación en cuenta, es decir, realizar el pago depositando el dinero en efectivo en la cuenta del vendedor o cesionario. El escribano controlará los comprobantes que resulten de esa operación, lo que nos da la pauta de la ruptura del sistema, pues no se verificará el origen de dichos fondos.

2.3. Artículos 40 y 41

A continuación, analizaremos los artículos 40 y 41, referentes a negocios sobre bienes inmuebles y vehículos motorizados. Los negocios sobre bienes inmuebles que se realicen a partir del 1 de julio de 2017, cuyo monto sea superior a las 40.000 UI, deberán abonarse a través de medios de pago electrónicos, cheques comunes o de pago diferido no a la orden, cheque de pago diferido cruzado hasta el 31 diciembre de 2019, según lo establecido en la reglamentación, o letras de cambio cruzadas emitidas por una institución de intermediación financiera a nombre del adquirente. Obsérvese que se exige que la letra de cambio contenga el nombre del adquirente. Distinta es la solución del artículo 36; a pesar de que la operación puede llegar a ser de menor monto en este caso, el legislador quiso resguardar los negocios sobre inmuebles de esta forma, aunque podrían llegar a ser de menor cuantía.

Debemos aclarar que las cuentas de origen y de destino de los fondos pueden ser distintas a las de los sujetos que participan en el negocio. Por consiguiente, la Ley 19732 admitió que la letra de cambio pueda contener el nombre del mandatario, pues era práctica habitual y el Registro de la Propiedad tendía a ser laxo con este extremo. Recordemos que se admiten las acreditaciones en cuenta, pero, además, el Decreto 132/018 estableció que cualquiera que sea el monto de las operaciones hasta la suma equivalente a 8.000 UI puede pagarse en efectivo; por ejemplo, podemos convenir el precio a pagarse con una letra de cambio a nombre del adquirente, pero existe un

determinado monto que la letra no cubre. Así, el comprador puede abonarlo en efectivo, dejándose constancia en la escritura de que ello ha sido en torno al decreto mencionado.

Todo lo antedicho es aplicable al artículo 41, referente a vehículos motorizados, abarcador no solo de automotores, motos y bicicletas a motor sino de lanchas a motor u otros vehículos que lo contengan.

2.4. Arrendamiento

Por último, mencionaremos al arrendamiento, con el cual la ley ha sido extremadamente dura, constituyéndose como arma preventiva de la evasión fiscal cuando dichos contratos superen el equivalente a 40 BPC (bases de prestaciones y contribuciones) en el año civil o mensualmente. El único medio admitido será la acreditación en cuenta a nombre del arrendador del precio e incluso establece que deberá hacerse constar en el instrumento el número de cuenta donde debe depositarse. Para los arrendamientos otorgados a partir del primer día del mes siguiente a los 180 días de vigencia de la ley y para los anteriores, el arrendador deberá comunicarle al deudor, dentro de 120 días a contar desde la vigencia de la ley, el número de cuenta donde debe depositar el importe.

El incumplimiento de estos requisitos trae sanciones como la imposibilidad de dar andamiento a cualquier acción judicial que se desprenda del contrato y la imposibilidad de computarse a los efectos de créditos y deducciones a la liquidación del Impuesto a la Renta de las Personas Físicas. El arrendador que acepte pagos provenientes de este contrato por otro medio será pasible de una multa de tres veces el precio mensual pactado en el contrato, a favor de la administración tributaria, siendo además el administrador responsable solidario. Este sistema sancionatorio es violatorio del principio "*non bis in idem*", cuyo origen se remonta al derecho romano y que tradicionalmente se restringía a la esfera procesal pero siempre expresando que por un mismo hecho no debe haber más de una sanción. Actualmente, se entiende que "tiene plena operatividad ahí donde se ejerza el *ius puniendi* del Estado".[14]

2.5. Algunas puntualizaciones sobre el contenido de la ley

La norma regula la utilización obligatoria de los medios de pago electrónicos, sin perjuicio de los otros medios de pago no electrónicos pero sí bancarios como cheques con determinadas características y letras de cambio, siempre y cuando las operaciones superen el equivalente a 40.000 UI, comprendidas en los artículos 35, 36, 40 y 41.

En principio, el artículo 1 preveía la obligatoriedad del uso de estos medios de pago solo en los negocios donde hubiera pago de precio. Por consiguiente, se excluían los préstamos, las *soultes*, las transacciones, los aportes a la constitución de sociedades comerciales, el pago de utilidades, el pago de receso por exclusión, el rescate de acciones, el pago por liquidación de sociedades comerciales, el pago de obligaciones negociables, el pago de intereses, el pago de las sumas provenientes de un vale, etc. Posteriormente,

14. AA.VV. (Bernal Crespo, Julia S. y Guzmán Mendoza, Carlos E. [eds.]), *Los derechos humanos. Una mirada transdisciplinar*, Barranquilla, Grupo Editorial Ibánez, 2014, p. 389.

se rectificó el error cometido, pues dejar fuera estos negocios desestabilizaría el sistema del que escribimos supra.

La Ley 19355 de Presupuesto 2016 agregó un inciso 4 a los artículos 35 y 36, enumerando los negocios de naturaleza comercial antedichos pero sin incluir a las *soultes* provenientes de la partición, la transacción y el préstamo. Asimismo, el inciso hace referencia a las sociedades comerciales pero no a las de otra naturaleza, como las agrarias, aunque podemos decir que, en nombre del sistema construido, pueden ser incluidas apelando a la integración. No fue hasta la sanción de la Ley 19478 (2017), que dio nueva redacción al artículo 1 de la Ley 19210, donde, con cierta incorrección, se señala que dicha norma se aplicará a todo pago en dinero en toda operación o negocio jurídico, terminando así de colocar los negocios que estaban fuera de su ámbito, excepto el préstamo, que fue integrado por el artículo 18 inciso 2 de la Ley 19732 (2018).

Otro problema de los que trajo en jaque a la labor notarial fue la previsión de una nulidad absoluta en caso de no utilizase en los actos jurídicos incluidos los medios de pago electrónicos o bancarios establecidos en la ley. Es menester señalar que un contrato es absolutamente nulo si carece de los requisitos esenciales para su validez, es decir, los que tienen un objeto o causa ilícitos, o si el consentimiento se encuentra viciado; también, cuando carecen de las calidades exigidas por la ley. Como se observa, no cualquier incumplimiento encarna una nulidad absoluta sino que puede haber una ilicitud porque la nulidad se presenta cuando se incumple una norma ordenativa, es decir, que el propio ordenamiento jurídico no constriñe a su cumplimiento sino que subordina su cumplimiento a la protección que este puede brindar.[15]

La situación fue zanjada por el artículo 12 de la ley 19732, que agregó al artículo 36 bis de la 19210 "ningún incumplimiento en la utilización de los medios de pago previstos provocará la nulidad del negocio" y que la inscripción del documento que contiene el incumplimiento se hará luego de la presentación ante el registro del comprobante del pago de la multa a la que refiere el artículo 46.

Como veremos, los problemas que esta inclusión financiera causó irrumpieron en la práctica notarial, no solo en la validez del acto otorgado sino en los montos de dinero que los notarios manejan en los contratos preliminares y que son utilizados a los efectos de integrar el precio o cancelar obligaciones tributarias del contrato definitivo. Es así que el decreto reglamentario de los artículos 40 y 41 de la ley objeto de este trabajo, 351/017, dispuso en su artículo 3-bis:

> Cuando intervenga un escribano público en las operaciones referidas y asuma la calidad de depositario de una seña o arras, también se admitirá la utilización de letras de cambio cruzadas a nombre de dicho profesional por hasta el monto que se haya entregado, siempre que se hubiera abonado con alguno de los medios de pago previstos en el inciso anterior o en el art 3 del presente Decreto.

En este camino, los notarios constataron en las escrituras de compraventa que autorizaban que con relación a una parte del precio endosaban una letra a su nombre por el monto que con tal fin recibieron con anterioridad de la parte compradora y se la

15. Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. 16, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1990, p. 78.

entregaban nuevamente para que la endosara y entregara al vendedor o directamente se la entregaban a la parte vendedora. También los profesionales realizaban transferencias bancarias de sus propias cuentas a las cuentas de los vendedores, todo ello fundamentado en este decreto, que permitió el uso de medios de pago que involucren, tanto en el origen como en el fin, a sujetos distintos a los que realizan la operación.

El entuerto se desarrolló porque los artículos 24 y 65 del Decreto-ley 1421 y el artículo 25 del Reglamento Notarial (Acordada 7533)[16] establecen una inhibición de autorizar escrituras con las cuales los notarios estén relacionados, y, realizando los procedimientos narrados, ingresarían dentro de la prohibición. Luego de varias interpretaciones del asunto y para que la solución no fuera de origen doctrinario, a los efectos de evitar cualquier intento de sanción u opiniones encontradas, la Ley 19732 en su artículo 19 estableció una interpretación auténtica, que rige desde el 1 de abril de 2018, permitiendo la utilización de cualquiera de los medios de pago admitidos por los artículos 35, 36, 40 y 41 de la Ley de Inclusión Financiera a nombre del escribano, no constituyéndose una prohibición al ejercicio de la profesión. En lo que debemos reparar es en que la seña o arras no es el pago de un negocio sino que su naturaleza está dentro de las garantías. Por lo tanto, no está comprendida en el artículo 1, es decir, se puede dar aun en efectivo, pero, si así se la entregan al escribano, este no podrá ampararse en la ley, es decir, no podrá depositar la seña en su cuenta y entregar una letra a su nombre para que luego se endose.

Dado el elemento obligatorio, se buscaron soluciones para su no aplicación. De esta forma, se han documentado pagos de ciertos negocios jurídicos comprendidos en la ley, por medio de un vale cuya naturaleza no es de pago sino de promesa de pago, lo que entraña una dificultad para seguir el título y los pagos que a nombre de él se hacen, aunque estos están comprendidos según el monto en los artículos 35 y 36. La solución llegó de la mano del Decreto 78/019, obligando a los registros públicos a que cada vez que el precio o parte de este se documente mediante el título valor mencionado y se haya pactado la novación objetiva o se haya dado carta de pago, se envíe una copia de la minuta correspondiente a la SENACLAFT, haciendo lucir como sospechoso al negocio e individualizando a los contratantes.

Para continuar con la casi interminable detección de problemas, vamos analizar lo previsto en el artículo 1 original, que le daba a los pagos realizados con medios electrónicos pleno efecto cancelatorio. Ello dio más de un dilema, especialmente en lo que hace a las transferencias bancarias, ya que según determinadas condicionantes el pago puede o no llegar a la cuenta de destino seguro, y, además, es un riesgo otorgar carta de pago al transferente si no se sabe lo que ocurrirá, especialmente si las transferencias son de banco a banco o al extranjero. Finalmente, la Ley 19732 le dio nueva redacción al artículo 1 de la 19210, dejando constar que por pleno efecto cancelatorio se entiende cuando se produce la acreditación de la transferencia en la cuenta de destino.

Por último, y con la intención de detallar el proceso que se ha dado con esta ley, vamos a señalar el problema de las ventas encadenadas. Los artículos 40 y 41 establecen como medio de pago la letra de cambio a nombre del adquirente, lo cual vislumbró un

16. Del Campo García, Carlos, "Inhibiciones del escribano", en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, Nº 99, 2013, pp. 221-233.

escollo importante. El comprador le entrega su letra al vendedor, que se trasforma en comprador inmediatamente para una segunda, tercera y cuarta venta. Entonces, en el segundo negocio esa letra ya no podría usarse pues estaría endosada pero no a nombre del adquirente.

Como fue costumbre durante este proceso, la Asociación de Escribanos planteó el problema, dándosele solución por medio de la Ley 19478 y el Decreto 351/017 (art. 3 inc. 2). El profesional interviniente podrá realizar el control de la titularidad de las letras de cambio utilizadas basándose en la constancia de la escritura inmediatamente anterior que dio origen al pago. Si de este documento no surgiera claramente la titularidad del medio de pago, deberá seguirse el tracto sucesivo de la letra. La letra debe ser depositada en el plazo de un año en el banco indicado, pero este plazo legal puede ser modificado por la voluntad del banco emisor, de manera que, entre los bancos de plaza, el término de estas oscila entre una semana, un mes y un año.

3. Alcance de la ley

3.1. Operaciones alcanzadas

Para determinar el monto total de las operaciones, deben tenerse en cuenta los impuestos cuando estos integren el precio. Por ejemplo, en los vehículos 0 km la promesa de compraventa de establecimiento comercial y las operaciones sobre bienes en construcción (en el pozo) contienen IVA. Cuando se trate de *soultes*, se aplicará la ley tomando los montos de estas sin importar el monto total de la operación, extremo que antes era regulado tomando este monto y que se supo modificar por el Decreto 78/019. En consecuencia, están alcanzados por la ley los negocios otorgados a partir del 1 de abril de 2018 siempre que el monto total de la operación sea igual o superior a 40.000 UI y que de la misma surja un importe a pagar en dinero, o aquellas otorgadas antes del 1 de abril del 2018 que no puedan acreditar fecha cierta o comprobable. También quedan incluidos los pagos en dinero que se realicen a partir del 1 de abril de 2018 por las operaciones alcanzadas. Respecto de los pagos en dinero que se realizaron antes del 1 de abril de 2018, se debe aclarar que cuando la suma supere las 160.000 UI estos pagos debieron adquirir fecha cierta antes del 31 de diciembre de 2018; si la hubieran adquirido, esas operaciones se entienden fuera de la ley. Si los pagos fueran menores a 160.000 UI, quedarán excluidos, bastando la declaración de partes en ese sentido.

Otras operaciones alcanzadas son el *leasing* operativo entre particulares, préstamos con garantía hipotecaria o prendaria, subrogaciones, novaciones, modificaciones en general y cancelaciones de hipotecas y prendas. El artículo 17 de la Ley 19732 solo refiere a las prendas e hipotecas entre particulares, pues las que se convienen con instituciones financieras se encuentran excluidas.

3.2. Operaciones excluidas

En todas aquellas operaciones menores al equivalente a 40.000 UI, el escribano deberá colocar una constancia de tal extremo, aunque no será objeto de observación si este no la incluye. Operaciones superiores al equivalente a 40.000 UI e inferiores a 160.000 UI, si son previas al 1 de abril de 2018 y cualquier operación donde no exista desplazamiento dinero.

Aquellos negocios con fecha cierta o comprobable[17] anterior al 1 de abril de 2018 y aquellas en donde exista integración de precio con vale, conforme a lo expresado en el Decreto 78/019 cuando el valor de este supere las 40.000 UI y exista novación, el Registro enviará copia a la SENACLAFT. Por consiguiente, deberá entenderse que la novación operará de pleno derecho, conforme al artículo 1530 del Código Civil de la República del Uruguay (en adelante, "CCU"), debido al conferimiento por el enajenante de carta de pago.

Por último, no están incluidos los distractos, mutuos disensos, rescisiones de negocios jurídicos con operaciones pendientes en los que figure dinero entregado en concepto de restitución. Tampoco la cancelación de prendas o hipotecas, aunque haya entrega de dinero, con respecto a la Dirección General de Registros, ya que esta solo inscribe la cancelación del gravamen. En los casos de que el acreedor hipotecario sea una institución financiera, emisora de dinero electrónico o prestadora de servicios financieros, según lo dispuesto por el artículo 4 del Decreto 350/017 y el artículo 38 de la Ley 19210.

4. Contralores registrales

Quienes controlan que los medios de pago admitidos sean los que se utilicen en los negocios jurídicos alcanzados no son solamente los escribanos. Desde el 1 de abril de 2019, los controles registrales comenzaron a regir para los Registros de Personas Jurídicas y Nacional de Actos Personales, conforme al artículo 4 bis del Decreto 350/017 en la redacción dada por el Decreto 78/019, pero debieron cumplir con el control notarial desde el 1 de abril de 2018. Los negocios inscribibles en estos registros son: promesas, cesiones, compraventa de establecimientos comerciales, cesiones de participaciones sociales, pago de participaciones sociales por egreso e ingreso, aumentos de capital, aportes a sociedades comerciales. A los efectos de la ley, el control se realiza si los aportes son mayores a 120.000 UI, considerándose el aporte en forma individual. Se inscriben en el Registro Nacional de Actos Personales los fideicomisos, cesiones de derechos hereditarios, cesiones de exgananciales, constitución de sociedades civiles de propiedad horizontal y cesiones de cuota siempre que haya desplazamiento de dinero, y el control se aplica para actos mayores a 120.000 UI.

17. La fecha cierta surge de la protocolización del pago, de la escritura de compraventa otorgada, o de la protocolización de la promesa de compraventa siempre que contenga una declaración donde se especifique que el precio se percibió antes del 1/4/2018. Pero si los pagos son superiores al equivalente a 160.000 UI, debieron adquirir fecha cierta antes del 31/12/2018. Con respecto a la fecha comprobable, son ejemplos las facturas de conformidad al Decreto 597/988, documentos ratificados por las partes, documentos de servicios públicos.

Tratándose de los Registros de la Propiedad Inmobiliaria y Mobiliaria, es decir, inscripción de negocios sobre inmuebles y vehículos motorizados que tengan aptitud registral, y conforme al artículo 7 del Decreto 351/017, las operaciones anteriores al 1 de abril de 2018 no se encontraban alcanzadas pero sí las posteriores, que implicaban pago de dinero. Con el Decreto 79/019, tenemos que tener presente la fecha 1 de abril de 2019 para todas las operaciones sobre inmuebles y vehículos motorizados, préstamos hipotecarios y prendarios inclusive, que no estaban alcanzados hasta esa fecha, siempre y cuando haya desplazamiento de dinero, porque este movimiento no implicaba un pago extremo que fue reformado y que señalamos supra.

Los registros controlarán el medio de pago utilizado, el número identificatorio de la cuenta, cheque, letra o transferencia, el importe de estos que puede ser mayor al de la operación, nombre de la institución financiera. En caso de que los titulares de las cuentas bancarias sean sujetos distintos a los que participan en el negocio, se identificarán con su nombre o denominación. En las letras de cambio consta a nombre de quién fue emitida y, salvo lo previsto para los adquirentes de bienes inmuebles y vehículos motorizados, pueden estar a nombre de otras personas. No es necesario acreditar el número de cuenta a partir de la cual fue emitida la letra. Aunque se han observado documentos por este punto, debemos ser objetivos dado que esa información no se desprende de este título valor, y, por ende, su exigencia resulta perniciosa.

Por último, en las escrituras de promesa de compraventa de inmuebles otorgadas antes del 20 de marzo de 2019, por las que se hayan efectuado pagos, y que hayan estado incluidas en la ley, en el instrumento de compraventa definitiva no se controlan los pagos realizados, pues se establecía que la propia promesa debía contener el número de cuanta para la acreditación o la denominación del dinero electrónico a utilizar. Con respecto a las promesas otorgadas luego del 20 de marzo de 2019, deben controlarse los medios de pago en la compraventa definitiva donde debe estar consignado el número de cuenta. Recordemos que estamos ante una ley que cierra un sistema de bancarización obligatoria. Así es que se prevé que el promitente comprador, cuando el saldo se entregue por medio de letras de cambio o cheques cruzados no a la orden, cumple con entregarlo al promitente vendedor y se libera de la obligación de depositar. Si bien la multa –que se desarrollará en el apartado siguiente– corre para ambas partes, lo libera de la responsabilidad del artículo 9 del Decreto 351/017.

5. Sanciones

Como explicamos en el apartado 1.2, la redacción original preveía la nulidad absoluta para aquellos negocios en los que se prescindiera del uso de los medios de pago admitidos. Actualmente, la sanción será una multa para las partes del 25% del monto abonado o percibido por medios de pago distintos a los admitidos, con un mínimo de 1.000 UI, siendo responsables solidarios quienes paguen y quienes reciban esos pagos (art. 46).

No obstante, los artículos 40 y 41 contienen sanción para los profesionales intervinientes. Cuando estos autoricen escrituras o certifiquen firmas de documentos

privados que correspondan a operaciones incluidas le serán de aplicación las sanciones disciplinarias establecidas en la legislación notarial que dicte la Suprema Corte de Justicia. Sin perjuicio de otras sanciones que puedan corresponder, estas no serán aplicadas si la autorización o certificación se realiza en forma posterior al pago de la multa antes mencionada.

6. Efectos trasnacionales

Los negocios celebrados en Argentina sobre bienes ubicados en Uruguay requieren del análisis pormenorizado del derecho aplicable en el fondo y en la forma, así como de todo el proceso por el cual pasará el documento desde su redacción por el notario argentino hasta su inscripción en el Registro uruguayo de la sección que corresponda, según la naturaleza del bien objeto del acto.

6.1. Ley aplicable

Para indicar la fuente de derecho internacional aplicable, debemos determinar su internacionalidad en el siempre necesario proceso calificatorio. El caso en cuestión se decanta por un contrato de compraventa celebrado en Argentina cuyos efectos se producirán en Uruguay, por encontrarse el bien a transmitir en su territorio. Ambos Estados están vinculados por el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940;[18] en consecuencia, la fuente que señalará la ley aplicable es internacional. Es menester aclarar dos puntos respecto de la aplicación de esta norma: la exclusión del contrato de compraventa de mercaderías, regulado por la Convención de Viena de 1980, ratificada por ambos Estados,[19] y la no admisión del instituto del reenvío.

El artículo 37 del Tratado indica la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse como reguladora de la categoría. La particularidad del punto de conexión jurídico es su definición, que fue dada con acierto por los delegados en momentos históricos donde la regla de conflicto se presentaba con la fuerza imperativa y la vigencia universal que le daba el Estado, aunque siendo un poco despectiva con el respeto a la autonomía de la voluntad, buscando no dejar ningún subterfugio al que los particulares pudiesen recurrir. Por la ley del lugar de cumplimiento –dice el Tratado– debemos entender, según el bien del que se trate: la del lugar donde se encuentra al momento de la celebración del contrato, para las cosas ciertas y determinadas; la del domicilio del deudor, para las cosas determinadas por su género y las fungibles. Siguiendo el ejemplo planteado, si el bien es una cosa cierta, como un inmueble, se aplicará el derecho del Estado donde este se encuentre. Por consiguiente, el Tratado determina el alcance regulatorio de la ley aplicable, y será sobre los elementos esenciales del contrato, es decir, existencia, validez, naturaleza, efectos, consecuencias y ejecución.

18. (*N. del E.*: ratificado en Argentina por el Decreto-ley 7771).

19. Ver Santos Belandro, Rubén, *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y su influencia sobre el derecho regional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015, pp. 22-65. (*N. del E.*: la Convención de Viena fue ratificada en Argentina por la Ley 22765.

Hasta aquí no vemos la Ley de Inclusión Financiera uruguaya como integrante de las esferas de existencia del contrato ni de sus elementos esenciales, ya que el propio legislador se retractó de darle a su no aplicación la sanción de la nulidad absoluta. Sin embargo, el Tratado profundiza en la esfera externa de los actos y manda aplicarle el mismo derecho no solo a la parte sustantiva sino, "en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea" (art. 37 inc. g). Por tanto, esta previsión, para el futuro de los tratadistas, es sin ninguna duda el blindaje perfecto para el sistema de control en el uso del efectivo en los negocios celebrados sobre bienes que se encuentran en Uruguay. El notario argentino debería observar la ley objeto de este trabajo cuando estudie y se informe sobre el derecho material aplicable.

Los límites a la autonomía de la voluntad difieren en ambas orillas. La doctrina argentina ha entendido que ha sido admitida tanto en el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889[20] como en el Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo de 1940 (art. 5), siempre que sea aceptada por la ley aplicable. Goldschmidt entiende que ninguno de los dos tratados contiene la autonomía de la voluntad como punto de conexión.[21] Sin embargo, Boggiano sostiene que al no estar prohibida la elección no puede negarse la autonomía en el marco de la Constitución argentina y del Tratado de 1889.[22] La situación en el Tratado de 1940 resulta distinta porque impone la aceptación de la voluntad de las partes a la ley aplicable y entiende que, si fuera esa ley la argentina, permite la autonomía de la voluntad basada en una norma consuetudinaria. Siguiendo esta tesis, Uruguay admite la autonomía de la voluntad en su legislación interna, desprendida del derecho de libertad y de la libertad de iniciativa, particularmente en el plano económico, garantizada en los artículos 7, 10, 36 de la Constitución de la República del Uruguay, apoyado por los artículos 1246 y 1291 CCU y 779 de la Ley 14701 de Títulos Valores.[23]

6.1.1. La regulación de las formas

Las formas pueden dividirse en intrínsecas, extrínsecas, instrumentales, habilitantes y publicitarias. Las formas intrínsecas son las que constituyen los elementos esenciales de validez del acto reguladas por la ley del lugar de cumplimiento. Por formas habilitantes se entienden las que son necesarias como complementos cuando existe ausencia de algún elemento intrínseco, por ejemplo, capacidad plena, y sería la venia en el caso de menores de edad.

La categoría formas de los actos jurídicos se extiende a través de las formas extrínsecas, instrumentales y publicitarias, aunque estas últimas se encuentran reguladas muy territorialmente, por la naturaleza de su fin. Por otra parte, la forma extrínseca establece en qué clase de documento debe constar el acto. En este caso, la legislación

20. (*N. del E.:* aprobado en Argentina por la Ley 3192; en Uruguay, Ley 2207).

21. Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1983 (5ª ed.), p. 392.

22. Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1985 (2ª ed.), pp. 708 y ss.

23. Blengio, Juan, "La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir", en AA.VV., *Anuario de derecho civil uruguayo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, t. 27, 1997, pp. 305 y ss.

uruguaya contiene la solemnidad de la escritura pública para la compraventa de bienes inmuebles sin excepción. Sin embargo, la forma instrumental, al tener que ver con las directrices notariales a las que está sometido el documento y por el carácter territorial de esa función y del derecho que la rige, no podría regularse por otro derecho que no fuera el del escribano autorizante, haciendo gala al principio "*lex locus registratum*". En consecuencia, el Tratado de 1940 regula la calidad extrínseca del documento por la misma ley que su calidad intrínseca.

Conviene aclarar que el funcionamiento de la norma de conflicto entraña también las normas de policía contenidas en el ordenamiento jurídico aplicable. Así, el artículo 6 inciso 2 CCU establece que no tendrá valor probatorio un instrumento extendido en una forma distinta a la escritura pública cuando el derecho uruguayo así lo exija.

6.2. Jurisdicción competente

En lo referente a este punto, tendremos en consideración dos instrumentos: el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual –entre los Estados partes del Mercosur–[24] y el Tratado de Montevideo de 1940, en el entendido de la no derogación de un tratado por otro que regula la misma materia.

A las acciones personales de incumplimiento contractual pueden asignárseles acuerdos de elección de foro siempre y cuando, por lo menos, un contratante tenga domicilio o sede social en alguno de los Estados integrantes del Mercosur, o ambos, si pertenecen a esta organización regional, tengan domicilio o sede social en distintos Estados partes.

Según el primer instrumento mencionado, los acuerdos pueden ser tanto pre como post *litem*. Asimismo, el notario debe tomar recaudo, pues estos solo tendrán validez si son efectuados por escrito, por no admitirse la voluntad implícita. Es entendido que la asunción de jurisdicción por los tribunales de un Estado parte es una de los fines perseguidos por el Protocolo como solución alternativa, primando la autonomía de la voluntad. Este instrumento prevé jurisdicciones subsidiarias cuando los acuerdos de elección de foro no sean válidos o estén ausentes, y ellas son los jueces de lugar del cumplimiento del contrato, los jueces del domicilio del demandado y los jueces del domicilio o sede social del actor cuando este demuestre que ha cumplido la prestación a su cargo.

El segundo instrumento mencionado es más acotado y su artículo 56 establece la atribución de jurisdicción al foro al que pertenece el derecho aplicable, consagrando el principio "*forum et jus*", sin perjuicio de que tal acción puede ser interpuesta frente a los tribunales del domicilio del demandado, pero, además, consagra la prórroga territorial de jurisdicción si el demandado, habiendo contestado la demanda, la admite de manera explícita.

24. Noodt Taquela, María B., "Los acuerdos de elección de foro en el Protocolo de Buenos Aires de 1994", en AA.VV., *Mercosur. Balance y perspectivas. IV Encuentro Internacional de Derecho para América del Sur*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, pp. 135-149. (*N. del E.*: ver versión no editada aquí [fuente: ASADIP; última consulta: 7/2/2020]. El Protocolo de Buenos Aires fue aprobado en Argentina por la Ley 24669; en Uruguay, por la Ley 17721).

6.3. Naturaleza de la Ley de Inclusión Financiera en el derecho internacional privado uruguayo

Esta ley se presenta como de orden público en el derecho interno. Las normas de policía o de aplicación inmediata son consideradas tan importantes para el derecho foral que son aplicadas aun sin hacer funcionar las reglas de conflicto.[25] Esta situación parece ser la que se da con esta norma porque el Estado se encuentra particularmente interesado en mantener la cadena de trazabilidad del dinero y en la reducción del uso del efectivo en las transacciones, lo que provoca el principio de fortaleza del orden público en este ámbito. Es necesario dejar en claro la inexistencia de un paralelismo entre el orden público interno y las normas de aplicación inmediata, pero haciendo saber que la *ratio legis* resulta particularmente terca en este caso.

Boggiano desarrolla una posición sumamente interesante y aclara que las normas de policía extranjeras son inderogables no por ser normas provenientes del Estado cuya ley resulta aplicable o porque emanan de la ley elegida por las partes sino porque resultan del Estado en donde el contrato posee una "conexión económica decisiva".[26] Por tanto, la autonomía de la voluntad consagrada en Argentina no permite eludirlas, y, dado nuestro caso, donde la prestación típica del contrato de compraventa es la entrega de la cosa inmueble, queda justificada la función económica dentro del ordenamiento jurídico uruguayo.

7. Conclusiones

La Ley de Inclusión Financiera ha generado una transformación sustancial en los pagos de los negocios jurídicos en Uruguay y aquellos que, habiendo sido celebrados en otros países, tienen efectos en su territorio, por los contralores registrales a los cuales serán sometidos.

Opinamos que esta norma es el principio y el fin de un sistema de control del uso de efectivo pero no un puntal inclusivo de clase alguna, y que su nombre podría ser "ley de reducción del uso del efectivo en las transacciones civiles y comerciales", ya que es en sustancia su única finalidad.

8. Bibliografía

AA.VV., *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* (Viena, 1988).

AA.VV., (declaración de la reunión del Comité Supervisor de Basilea "Prevención del uso delictivo del sistema bancario con el fin de blanquear dinero" [28/12/1988]).

AA.VV., (declaraciones de la 15ª Cumbre del G7 [París, 1989]).

AA.VV., (Bernal Crespo, Julia S. y Guzmán Mendoza, Carlos E. [eds.]), *Los derechos humanos. Una mirada transdisciplinar*, Barranquilla, Grupo Editorial Ibánez, 2014.

25. Santos Belandro, Rubén, "Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo" [online], en *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, Universidad de la República, Nº 8, 2005, pp. 25-108. (*N. del E.*: última consulta: 7/2/2020).

26. Boggiano, Antonio, ob. cit. (cfr. nota 22), pp. 707 y 717.

Álvarez Cozzi, Carlos, "La nueva ley uruguaya Nº 19574 integral contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, en el marco del derecho penal internacional" [online], en *Revista Pensamiento Penal* [revista digital], Buenos Aires, 2018.

Blengio, Juan, "La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir", en AA.VV., *Anuario de derecho civil uruguayo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, t. 27, 1997.

Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1985 (2ª ed.).

Cervini, Raúl, "Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas", en Adriasola, G, Cervini, R. y Gomes, L. F., *Lavado de activos y secreto profesional*, Montevideo, Carlos Álvarez-ICEPS, 2002.

Del Campo García, Carlos, "Inhibiciones del escribano", en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, Nº 99, 2013.

Esteva Gallicchio, Eduardo G., "La legislación de inclusión financiera mirada desde la Constitución", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, La Ley, Nº 16, 2017.

Gamarra, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, t. 16, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1990.

Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Depalma, 1983 (5ª ed.).

Mezzera Aguirre, Rodolfo y Ruiz Lapuente, Carlos, "Evolución del secreto bancario en Uruguay", en *Revista de Derecho*, Montevideo, Universidad de Montevideo, Nº 24, 2013.

Noodt Taquela, María B., "Los acuerdos de elección de foro en el Protocolo de Buenos Aires de 1994", en AA.VV., *Mercosur. Balance y perspectivas. IV Encuentro Internacional de Derecho para América del Sur*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

Osorio Gómez, Octavio, "La mutación constitucional: los peligros de las modificaciones no formales de la Constitución" [online], en *Hechos y Derechos* [revista digital], Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Nº 36, 2016 [última consulta: 9/9/2019].

Puceiro Pan, Diego, "Problemas de la ley de inclusión financiera. Una inconstitucionalidad más", en AA.VV. (Instituto de Derecho Comercial), *Impulso y desarrollo. El derecho comercial como organismo vivo. Sociedades, contratos, concursos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2017.

Santos Belandro, Rubén, "Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo" [online], en *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, Universidad de la República, Nº 8, 2005.

— *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y su influencia sobre el derecho regional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

Yedro, Diuvigildo, "Réquiem pala la Ley Antievasión 25345" [online], en: Factor [web], Buenos Aires, Comercia y Justicia Editores, 15/5/2014 [última consulta: 9/9/2019].

Yelpo, Andrea, "Inclusión financiera", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, La Ley, Nº 16, 2017.