

julio - septiembre 2019

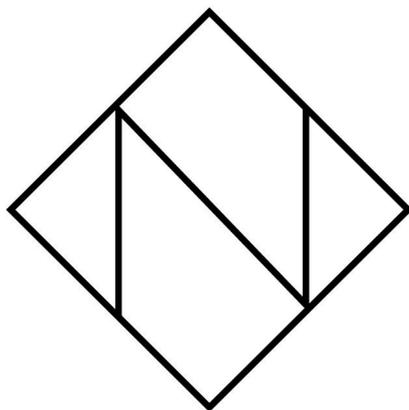
937

REVISTA DEL
NOTARIADO

Director: Diego Maximiliano Martí

julio - septiembre 2019

937



REVISTA DEL
NOTARIADO

Director: Diego Maximiliano Martí

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

ISSN 2362-6186

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

Propietario: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Director: Diego Maximiliano Martí

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

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Corrección y edición: Agustín Rodríguez

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

Buenos Aires - República Argentina

+ 54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

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

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

Nº de Registro DNDA: 5353496

ISSN: 2362-6186

Diseño de tapa: Florencia Cardoso

Diseño de interior: Liliana Chouza

Todos los derechos reservados.

Consejo Directivo

Ejercicio 2017-2019

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

Editorial | 6

Doctrina

“El documento notarial”

por Octavio BIANCIOTTO | 9

“Unipersonalidad sobreviviente. ¿Es exigible la subsanación de la sociedad?”

por María CESARETTI | 42

“La normativa penal y la actuación notarial durante el aislamiento social preventivo y obligatorio”

por Rosana F. GIMENO | 48

“Objeto social. Comentario a la Resolución General 5/2020 de la Inspección General de Justicia”

por Alfonso GUTIÉRREZ ZALDÍVAR | 66

“Inembargabilidad de bienes inmuebles de la Iglesia Católica. Régimen jurídico, registración de la afectación y desafectación”

por Diego M. MAGE | 73

“La letra hipotecaria a veinticinco años de la sanción de la ley 24441”

por Marcela MOLINA y Jorge ROMERA | 93

“Modalidades de la partición extrajudicial de herencia”

por Leandro N. POSTERARO SÁNCHEZ | 121

Jurisprudencia comentada

“Una adecuada distinción entre la firma electrónica y digital y el rol funcional de la forma en sus aspectos probatorio y de titularización”

por Néstor D. LAMBER | 153

Dictámenes

“Compraventa judicial no es subasta, no corresponde su protocolización”

por Maritel M. BRANDI TAIANA | 173

Internacional

“Las entidades organizativas internacionales. Los organismos internacionales y su diferencia con los actores globales”

por Leopoldo M. A. GODIO | 177

“Sucesiones y fideicomisos en virtud de la legislación internacional privada en Canadá”

por Jeffrey TALPIS | 192

Historia

“Competencia material y territorial del escribano a través de la historia”

por María ECHAIDE | 211

La rémora de Spota

Siempre que tengo la posibilidad traigo a colación una idea de Spota¹ (que conocí a raíz de una cita de Natalio Etchegaray) de una claridad y una verdad tales que resulta (previo omitir las referencias al caso puntual) aplicable a muchas circunstancias en las que los operadores del derecho nos vemos involucrados:

Toda vacilación [...] debe resolverse [...] a fin de no aumentar los supuestos [...] que constituyen una rémora para el tráfico jurídico [...] me parece ver en los estudios de muchos intérpretes una actitud de negación, de aniquilamiento, de cada una de las soluciones que trabajosamente van apareciendo en el campo notarial...

El notariado hace camino al andar (no es novedoso esto que afirmo, evidentemente) tanto en cuanto a la generación de normas, sea en base a su gestión o a partir de una iniciativa práctica, como en cuanto a ser los primeros intérpretes de la ley. Y me detengo en la referencia a la iniciativa práctica, para citar dos ejemplos no muy antiguos: la modificación del Código Civil (arts. 1001 y 1002) en materia de fe de conocimiento (por la [Ley 26140](#), de 2006) y la recepción legislativa de los actos de autoprotección, por los que tanto bregaran Nelly Taiana de Brandy y Luis Llorens desde mediados de la década del 90. En el primer caso, ya se venía reflejando en las redacciones escriturarias la individualización o identificación de los comparecientes a través de la exhibición de sus documentos de identidad desde bastante tiempo atrás; y en el segundo, los mencionados autores habían publicado en 1995 *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad* (que es como llamaban ellos a ese derecho).² Pero también mucho antes de esto, en 1961, la [Ley 15875](#) había modificado los artículos 1001, 1003 y 1004 del Código Civil, suprimiendo la obligatoriedad de los testigos en las escrituras públicas, entre otros aspectos (claro que aquí no cabía la “vía de hecho”, ya que la omisión de este requisito acarrearía nulidad).

El Código Civil ([Ley 340](#), sancionada el 25 de septiembre de 1869) comenzó a regir el 1 de enero de 1871, durante la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento, en la época de lo que se conoció como Organización Nacional. Se aplicó hasta el 31 de julio de 2015, y han sido muchas las modificaciones de que fue objeto. El artículo 2 de la ley de su sanción disponía que la Suprema Corte de Justicia y los tribunales federales de la Nación darían cuenta anualmente al ministro de Justicia de las dudas y dificultades que ofreciere en la práctica su aplicación, así como de los vacíos que se encontrasen en sus disposiciones, con miras a una ulterior reforma. La misma información se recabaría en el resto del país mediante los tribunales provinciales. Es decir, nadie pensó ni por un instante que las previsiones del Código, ni siquiera en la lucidez de Dalmacio Vélez Sarsfield, lo abarcaran todo, lo previeran todo o no tuviesen necesidad de mejora o adecuación alguna (quizás esa soberbia sea más propia de nuestro tiempo).

1. *Contratos*, t. VII, p. 324.

2. LLORENS, Luis R. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad. Previsiones para el cuidado de la persona y los bienes del incapaz otorgadas durante su capacidad. Forma de otorgamiento del mandato y poder. Designación del propio curador. Legislación aplicable. Derecho comparado. Propuestas para su regulación. Modelos de escrituras*, Buenos Aires, Astrea.

Nuestra función en la historia contemporánea ha evolucionado, se ha transformado la manera de ejercerla y han sido importantes las iniciativas del propio notariado para ello. Y así como el Código de Vélez Sarsfield, que todavía muchos extrañan, previó y necesitó modificaciones (aunque no todas hayan sido felices), el Código Civil y Comercial ha sido, es y será objeto de cuestionamientos tendientes a su reforma, de lo que el notariado (sea en base a su gestión o a partir de iniciativas prácticas) como primer intérprete de la ley no se desentiende; y es más, se hace cargo, aplicando la norma y poniéndola a prueba antes de que el juez la haya juzgado (y, por supuesto, antes de que el abogado la haya atacado o defendido en el terreno judicial).

Tendencia a la digitalización de la profesión, ¿un salto de fe... (pública)?

Hemos abordado aquí reiteradas veces el tema de las nuevas tecnologías y su aplicación al ejercicio de la función notarial; ello sencillamente porque, más allá de que son varios los colegas que se dedican a investigarlas, generan doctrina y abren el debate académico, aquellas ya resultan ser de aplicación cotidiana, son nuestra realidad. No ha cambiado el enfoque, solo que ha pasado más agua por debajo del puente. Habrá cosas que puedan adecuarse y otras que no, pero es tan peligroso aventurarse sin certeza como negarse sistemáticamente para no ceder ni un paso; lo nuestro será un “adaptarnos” permanente, dado que los cambios se producen a una velocidad muy superior a lo que fue llegar de la Lexington 80 a la IBM.

Para todos los cambios o avances, que implican en ocasiones un gran esfuerzo, es más fácil la respuesta negativa, incluso seguida de una compleja explicación del “por qué no”, antes que arriesgarse a un “tal vez sí”. Es claro que la seguridad jurídica no se negocia, no puede ser dejada de lado bajo ningún concepto, pero tampoco se la puede analizar en términos de *marketing* o medirla en función de “lo que la comunidad piense que es seguro”. Es a estas posturas a las que debemos temer mucho más que a usar la tecnología. El análisis no puede hacerse en base a dogmas de fe o tradiciones culturales. Puestos a interpretar, debemos hacerlo de manera holística y no cerrar puertas que en algún momento necesitaremos volver a abrir. Cuando se analiza una situación determinada, se puede hacer un parangón con el uso de un filtro, que tiene dos maneras de utilizarse, según que lo importante sea lo que queremos retener o lo que queremos que lo atraviese, pero en definitiva es solo una cuestión de perspectiva.

Hay circunstancias impensadas, no se puede prever todo. Pero tampoco se puede esperar a que las cosas se solucionen solas, hay que hacerlas sin necesidad de tener toda la casuística de posibles problemas a mano. Como se suele decir, no hay que esperar resultados diferentes haciendo siempre lo mismo. Ningún edificio se construyó desde la terraza hacia abajo, y sus bases sólidas también requieren de un proceso. Haber comenzado nos dará la posibilidad de prever y la experiencia de haber necesitado. En unos años, probablemente tengamos una situación mucho mejor, pero lo será gracias a haber comenzado en algún momento. La discusión respecto de las herramientas tecnológicas es jurídica, es académica y es una de las bases sobre las que se asentará el edificio que tengamos en dos, cinco o diez años.

Parafraseando el [editorial al N° 928](#) de la *Revista del Notariado*, es para cada uno de nosotros muy importante contar con elementos tecnológicos, y lo es tanto o más que también los tengan nuestros colegas, aquellos con quienes interactuamos, todo el cuerpo notarial. Lograr soluciones nos ayuda a forjar un entorno mejor, sea que lo veamos desde el punto de vista de la comunidad notarial o del de la comunidad vinculada.

DIEGO MAXIMILIANO MARTÍ

El documento notarial

Octavio Bianciotto

RESUMEN

La trascendencia en el tiempo de los derechos nacidos de los negocios jurídicos fue la necesidad que movilizó la creación del documento notarial. El documento, como base de la ciencia notarial, reviste vital importancia para los hombres, ya que garantiza el tráfico jurídico y constituye un medio de prueba de derechos y obligaciones nacidos del negocio jurídico. Por ello, es válido afirmar que se trata de un medio de pacificación, ya que busca brindar certeza de los *status* jurídicos y evita los litigios. El documento notarial es creado por un sujeto que recibe el nombre de notario, y se caracteriza por cumplir con una serie de solemnidades que la ley establece. El presente trabajo pretende abordar al documento, desde la teoría del documento, y al documento notarial como especie de aquel, desentrañando sus elementos esenciales para lo cual nos hemos valido del método descriptivo.

PALABRAS CLAVE

Documento notarial; función notarial; formalismo documental; tipología documental.

Fechas de recepción y aceptación

10/12/2019 - 1/3/2020

Sumario: Introducción. 1. Primera parte. El documento en general. 1.1. El documento. Sentido y alcance de la expresión. 1.2. El documento como expresión e incorporación. 1.3. El documento como representación. 1.4. Objeciones a su naturaleza representativa. 1.5. Origen histórico. 1.6. Función del documento. 1.7. Los “documentoides”. Clasificación. 1.8. Documentos e instrumentos. Diferencias. 1.9. Elementos. 1.10. Clasificación de documentos. 2. Segunda parte. El documento notarial. 2.1. El documento notarial. Concepto. 2.2. Elementos. 2.3. Naturaleza jurídica. 2.4. El documento notarial y la teoría de la representación. 2.5. Clasificación de documentos notariales. 3. Conclusión. 4. Bibliografía.

Introducción

Foucault, en su momento, expuso que “el surgimiento histórico de cada una de las ciencias humanas aconteció en ocasión de un problema, de una exigencia o de un obstáculo teórico o práctico”.¹ En el caso de la ciencia notarial, el problema fue ¿cómo resguardar las verdades ocurridas en la realidad?, cuya respuesta fue el documento re-

1. FOUCAULT, Michael, *Las palabras y las cosas (una arqueología de las ciencias humanas)*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, p. 358.



vestido de autenticidad: el documento notarial, que constituye la temática escogida en el presente y que

... cobra caracteres intensos [...] por el rol preponderante que despliega como “prueba” de las declaraciones humanas. Si la verdad es, precisamente, que todo documento con-signa por escrito un testimonio, la verdad es también que este testimonio importa un medio de prueba preconstituido, esto es, establecido o fijado antes de que sobrevenga el litigio entre las partes contratantes o interesadas en el documento mismo [...] Por más respeto que inspire una declaración verbal, *vox viva* del testigo, nunca será superior a la documentación escrita, *vox mortua*, porque esta equivale a la reproducción de “una determinada manifestación del pensamiento” [...] el testimonio puede ser influido por agentes extraños al interés en juego, en tanto que el documento, tomado por su valor escrito [...] condensa de antemano –salvo su falsedad o nulidad– los hechos o declaraciones que en él se expresan.²

En tal sentido, la documentación notarial contribuye a la pacificación social,³ ya que ayuda a tener por cierto algo; y evita las controversias derivadas de estados de incertidumbre a los que los seres humanos estaríamos expuestos ante su ausencia.⁴ El tratamiento de la teoría general del documento constituye un aspecto trascendente en el desarrollo académico del derecho notarial tanto en lo formal como sustancial. Por ello, puede aseverarse que el estudio del documento constituye la piedra angular del desarrollo de la ciencia notarial, ya que sobre la creación y elaboración del documento ocurre la más importante e incuestionable tarea notarial: la armonización de las relaciones humanas.

Mediante nuestro abordaje, descriptivo y conceptual, de la temática escogida, buscamos brindarle al lector una correcta y sistemática comprensión del fenómeno elegido. Ello es menester atento a la gran amalgama de posturas autorales que han dedicado un capítulo a su tratamiento pero que han caído, en algunos casos, en imprecisiones y, en otros, en formulaciones poco claras. Razones estas que hacen necesaria un desarrollo minucioso, resumido y lógico.

Nuestra exposición se divide en dos partes. En la primera parte, abordaremos el documento jurídico en general, tratando de desentrañar su esencia, para lo cual buscaremos definirlo, acudiendo a la revisión de diferentes posturas autorales, y describirlo, mediante el tratamiento de sus componentes elementales, con lo que podremos llegar a deslindarlo conceptualmente de otros vocablos con los cuales se lo suele asemejar. En la segunda parte, desarrollaremos el documento notarial propiamente dicho, desde su concepción doctrinal y jurisprudencial hasta la descripción de sus componentes

2. NERI, Argentino I., *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, v. 2., Buenos Aires, Depalma, 1980 (1ª ed., 2ª tda.), p. 14.

3. “El notario además de asesor de las partes, es un protagonista de la mediación en un ámbito de prevención de controversias [...] Con su función asesora y mediadora, el notario ha contribuido tradicionalmente a la paz en las relaciones sociales, a la descongestión de los tribunales y a la eficacia de la economía” (AA.VV., [conclusiones del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino {Grecia, 2001}]; citado por ZUVILIVIA, Marina C., *El notario y la seguridad jurídica*, Santa Fe, Juris, 2008, p. 121).

4. “La explicación profunda de la causa por la cual la ley regula la función notarial es que esta cubre una necesidad existencial del ser humano, considerado en sí mismo y en su relación social (interferencia intersubjetiva), y mientras existan seres humanos con tales apetencias, la función notarial existirá y solo podrá variar el órgano que al desempeñe” (GATTARI, Carlos N., *Práctica notarial consolidada*, t. 1-IV, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012 [1ª ed.], p. 674).

constitutivos, dedicando un espacio a los principios de la ciencia notarial, que deben imperar en todo producto del notariado.

Sin otro particular, proponemos al lector acompañarnos en este recorrido conceptual.

1. Primera parte. El documento en general

1.1. El documento. Sentido y alcance de la expresión

Según Vega Vega,

La voz documento es polisémica y podemos referirnos a ella con distintas acepciones, aunque con carácter general [...] suele entenderse principalmente con los dos significados [...] Esto es, en un sentido amplio, ligado a la información, a cuyo tenor tendríamos que decir que cuando hablamos de documento nos referimos a todo soporte que contenga datos de cualquier índole proveniente o relacionado con el hombre [...] El segundo significado, con un criterio más restringido, lo asociaríamos a la teoría de la plasmación escrita de la declaración de voluntad o la constatación de algún acto humano, esto es, referido a todo soporte que contenga algún texto, grafía, sonido o imagen [...] que en el ámbito del derecho suele ir ligado a declaraciones de voluntad o constatación de actos jurídicos, entre los que podríamos incluir contratos, testamentos, manifestaciones con efectos jurídicos, resoluciones de la autoridad, inscripciones registrales, etc.⁵

No hay un criterio unívoco en torno a la concepción de documento, ya que son tan variadas las definiciones, sea por el criterio *ius-philosofico*⁶ adoptado por el tratadista que abordemos o por el origen geográfico en donde se utilice la expresión. Tal es esto que, dependiendo de uno u otro criterio, podremos entrever que: 1º) el vocablo es tan antiguo como el mismísimo vocabulario, lo cual, sumado a su constante y descuidada utilización, ha provocado, con el devenir histórico, que su significado caiga en ambigüedad;⁷ 2º) la idea subyacente al documento, su finalidad,⁸ ha hecho que el objetivo del documento lo caracterice, haciendo que el mismo en si pierda su esencia, y se limite a ser una materialización de una aspiración relacional: la seguridad jurídica.⁹

5. VEGA VEGA, José A., *El documento jurídico y su electrificación*, Madrid, Reus, 2014, p. 19.

6. Ya que para unos se tratará de un acto creador del ser (así, Núñez Lagos lo define como aquel que crea al notario, aunque sea el notario quien haga el documento) y otros, se centran en el aspecto teleológico (así, Allende lo considera un acto con el cual se busca fijar y salvaguardar la verdad de los hechos de la deformación, consecuencia del transcurso del tiempo, o de la deshonestidad).

7. En tal sentido, la mayoría de los autores, al definir al documento, utilizan expresiones tales como “Toda forma de...” (Grille González); “Aquella cosa corporal...” (Messineo); “Toda cosa...” (Echandia); “Cualquier cosa...” (Carnelutti). La nota de la imprecisión conceptual evidencia la ambigüedad del término, que nos lleva a la simple conclusión de no saber en definitiva qué es lo que se pretende definir, limitándose a la utilización de un lenguaje natural descriptivo.

8. Según Vega Vega, “Lo que resulta evidente es que, del análisis conjunto de las acepciones etimológicas analizadas, se induce el objeto material de la acción del verbo, entendido como ejemplo, lección, demostración o prueba” (VEGA VEGA, José A., ob. cit. [cfr. nota 5], p. 19).

9. “El documento nació con la misma necesidad de dar fijeza y seguridad a las relaciones de todo orden, de perpetuar los acontecimientos para conocimiento y enseñanza de sucesivas generaciones” (PELOSI, Carlos, A., *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 31).

Etimológicamente, en base a los estudios de Helmut Arntz, citado por Pelosi, la palabra documento proviene de la voz indoeuropea *dekos*, que denotaba el gesto de las manos extendidas utilizado para tanto “ofrecer” como para “pedir”.¹⁰ De la voz *dekos* proviene el prefijo *dek*; y, según Pelosi, “de la raíz *dek*, *dock* o *doc* nacen varias palabras. Entre ellas, el verbo latino *doceo* y, de este vocablo, *documentum*, con tres acepciones primarias”,¹¹ aludiendo así a: 1) aquello con lo que alguien se instruye, 2) aquello que se refiere a la enseñanza, 3) aquello que se enseña. Pelosi, de este modo, evidencia que la palabra *dekos* es la base etimológica latina de palabras tales como *doctor*, *doctrina* y *docente*, por lo que concluye que están impregnadas del significado enseñanza,¹² por lo cual nos daría a entender que documento es algo que tienen a enseñar¹³ o demostrar algo.

En base a dicha etimología, podemos inferir que el documento tiene una finalidad, la cual es demostrar un hecho o situación concebible en la realidad de las relaciones humanas.¹⁴ Ello se refuerza con la idea de Pelosi de que los vocablos *dek*, *dock* o *doc* se vinculan con *dócil*, cuya primera acepción es fácil para enseñanza, y *decet*, en latino, y *dekomai*, en griego, que, respectivamente, pueden traducirse como “yo hago a alguien algo claro” o “yo enseño”. De esta manera, se puede inferir que un documento tiene la utilidad no solo de demostrar algo frente a terceros sino la de dejar delimitados los hechos que pretendía trascendieran en el tiempo,¹⁵ por lo cual denota la importancia de la convencionalidad. Convencionalidad que se exalta al exponer el autor que la palabra *documento* también procede del griego *dokei moi* (“a mí me parece, para mí es aceptable, para mí es conveniente”) y *dokeo* (“yo opino, a mí me parece”). Pelosi expone que la traducción de documento en alemán es *urkunde*, que deriva del verbo *urkunden*, al que se atribuye un sentido general de dar fe, mientras que, para otros, el concepto se vincula a los efectos producidos por el objeto en el mundo exterior.

Si nos remontamos a la doctrina, podemos extraer un sinnúmero de definiciones del objeto en estudio.¹⁶ Así es que:

- Según Santoro Pastarelli, citado por Cornejo, el documento es la “cosa jurídica representativa de un hecho relevante”;¹⁷ hecho que, según Cornejo, “puede ser

10. Gestualidad utilizada en la órbita religiosa.

11. PELOSI, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 4.

12. En idéntico sentido, Neri expresa que documento “es la palabra que deriva del latín *documentum*, y esta, a su vez, de *docere*, que equivale a enseñar” (NERI, Argentino I., ob. cit. [cfr. nota 2], v. 2, p. 5), importando el escrito donde se hace constar alguna cosa.

13. La etimología de la palabra nos remite a un contexto de enseñanza o aprendizaje cuya substancia, no puede negarse, es la transmisión de un conocimiento, es decir, en el fondo un proceso informativo. En todo proceso de este tipo quien emite espera producir una determinada modificación en la mente del destinatario: una convicción, un descubrimiento, una certeza.

14. En tal sentido, Carnelutti ha dicho “documento en sentido amplio se dice de cualquier cosa que represente la experiencia de un hecho, si tal cosa consiste en una escritura representativa, se llama documento en sentido estricto” (citado LARRAUD, Rufino, *Curso de derecho notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 197, nota al pie 281).

15. En este sentido, Zuvilivia expresa que “el documento existe como cosa corporal, pertenece a la esfera del ser: con espacialidad temporalidad, causalidad” (ob. cit. [cfr. nota 3], p. 178).

16. “Corresponde destacar, finalmente, que merced a las diferentes concepciones del documento, sea por su acepción amplia o restringida, sea por el campo jurídico de donde parten los estudios sobre la materia, se puede hablar de diferentes nociones de documento...” (PELOSI, Carlos A., ob. cit. [cfr. nota 9], p. 33).

17. SANTORO PASSARELLI, FRANCISCO, *Doctrina general del derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964, p. 55.

un pensamiento, un deseo, un sentimiento, un hecho pasado, presente, futuro, natural, humano, psíquico, etcétera”.¹⁸

– Según Grille González, citado por Neri,

... la palabra “documento” puede ser definida como toda forma permanente bajo la cual se supone expresada o manifestada declaración personal, y tal concepto no solo abarca la escritura, sino también “aquellas formas del testimonio personal que tienen por objeto perpetuar un hecho, tales como los monumentos, las tumbas, los mojones, etc.”¹⁹

– Para Shultze,

... documento es un objeto corporal que presenta huellas de la actividad humana, dirigido a consignar una noticia. Estima que el presupuesto del documento es la escritura (como forma) y una declaración (como contenido)...²⁰

Lo define Guidi como “un objeto corporal producto de la actividad humana de la cual conserva los caracteres” y que “a través de la percepción de la grafía sobre el impreso, de la luz o del sonido que puede procurar, es capaz de representar de modo permanente a quien lo busca un hecho que esta fuera de él”...²¹

Ampliando el concepto de documento escrito con una referencia más expresiva al contenido y función del documento, Fausto Moreno lo caracteriza “como toda escritura que incorpora, enseña, expresa, constata, publica, prueba declaraciones de voluntad positivas o negativas (de querer, saber o conocer, o bien de no saber, no querer o no conocer), o simplemente hechos y derechos”.²²

– Según Devis Echandia, documento es

... toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera.²³

– Según Messineo, el documento es “aquella cosa corporal por medio de la cual se representa aquel hecho o acto jurídico que es la declaración de voluntad”.²⁴

– Según Pelosi,

Aplicando en forma amplia el concepto de enseñar, implica también el de mostrar, indicar, y de allí pasamos al de presentar, es decir, poner algo en presencia de uno. Cuando esa presentación se produce a través de otra cosa, se opera la representación. La figura, imagen o idea sustituye la realidad. Representación es la imagen de la realidad, la que se presenta al intelecto a través de los sentidos [...] Por eso, Carnellutti define al documento como una cosa que sirve para representar a otra. Ello obedece a que en sentido etimológico es una cosa que *docet*, esto es, que lleva en si la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo.²⁵

18. CORNEJO, Américo A., *Derecho registral*, Buenos Aires, Astrea, 2014 (4ª reimp.), p. 48.

19. NERI, Argentino I., ob. cit. (cfr. nota 2), v. 2, p. 5.

20. PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 30.

21. Ídem, p. 30.

22. Ídem, p. 31.

23. DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, Buenos Aires, Zavalía, 1988, p. 486.

24. MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. 2, Buenos Aires, Ejea, 1971, p. 386.

25. PELOSI, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 6.

– García Bernardo Landeta, lo considera una

... cosa corporal y mueble que representa una o varias declaraciones de trascendencia jurídica o cosa corporal y mueble que representa un hecho jurídico o alguno de sus elementos.²⁶

– Para Chiovenda, es

... toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento: como vos gravada eternamente (*vox mortua*), mientras que para Liebman “documento, en general, es una cosa que representa o configura un hecho, en modo de dar a quien lo observa un cierto conocimiento de él”.²⁷

– Valota ha sabido explicar que para poder brindar un concepto jurídicamente válido de lo que la voz documento implica, es menester acudir tanto a la doctrina como a la jurisprudencia. En tal sentido, valiéndose de las mismas ha sabido expresar que existe un consenso en definir al mismo como un acto escrito, cuyos elementos esenciales son la forma, el contenido y la firma, y mediante el cual es posible probar un hecho o relación jurídica.²⁸

– Según Valota, para la jurisprudencia reviste la calidad de documento todo lo que da o justifica un derecho, todo lo que asegura una acción, todo lo que prueba aquello en que tiene interés una persona. No obstante,

Tanto en los partidarios del criterio restrictivo (Ramos Mejía y Oderigo, entre otros), como en los del amplio, la indebida inclusión del requisito probatorio como nota caracterizante del documento, los lleva inconscientemente a perfilar un documento de naturaleza procesal, el cual –como vimos– resulta ser, de todos modos, el más inasible por irrestricto.²⁹

– Según Pelosi,

... el documento consiste en un papel (o varios papeles concatenados) escrito (corporalidad: materia escriptoria y grafía), que expresa (o representa) el pensamiento del autor, perceptible por la lectura, sobre hechos naturales o hechos o actos humanos materiales o externos o con efecto psíquico o interno (declaraciones y aprehensiones del conocimiento), destinado a producir efectos jurídicos *ex lege* o *ex voluntate*.³⁰

1.2. El documento como expresión e incorporación

Con anterioridad a la teoría de la representación elaborada por Carnellutti, se habló de la expresión o de la incorporación como postulados tendientes a definir el documento pero que, con independencia de su fiabilidad, sirvieron de base a aquella. Por la teoría de la

26. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, *Técnica jurídica y práctica notarial*, Oviedo, M. Pons Gráfica Luc., 1964, p. 5.

27. CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, t. 2, Madrid, Reus, p. 334.

28. VALOTTA, Marcelo R., “Comentarios sobre jurisprudencia relativa a falsedades documentales, materiales, ideológicas, e impropia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, N° 10, 1968, pp. 67-69.

29. BAIGÚN, David y TOZZINI, Carlos A., “Los conceptos de documento e instrumento público en la jurisprudencia penal”, en *Revista de Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 98.

30. PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 86.

expresión, se comprendió que “el documento contiene una expresión de un pensamiento humano, mediante una declaración cuyo contenido recoge”.³¹ Es así que, para autores como Prieto Castro Fernández, se trata de “el objeto o materia en que consta por escrito, una expresión del pensamiento y también el pensamiento expresado por escrito”.³²

Por la teoría de la incorporación,

... la incorporación constituye una especie de simbiosis entre declaración y documento, de tal manera que una cosa no vive sin la otra, y perdido el documento se extingue el derecho.³³

Conciben al documento como una materialidad a la que se incorpora una idea, que ofrece el testimonio de un hecho o un acto, por lo que podría decirse que es una porción de la realidad material destinada a expresar, a través de signos externos, un significado específico y determinado. En este sentido, Según Gómez Orbaneja y Herce Quemada, documento es “toda incorporación o signo material de un pensamiento por signos escritos, bien usuales, bien convencionales”.³⁴

Estas teorías son descartadas por el simple hecho de que se centran exclusivamente en el acto *in continentti*, no contemplando que el documento alude a un negocio anterior que puede acreditarse pese a la destrucción del mismo.³⁵

1.3. El documento como representación

Carnelutti, exponente de esta postura, destaca una noción amplia de documento:

En sentido etimológico, es una cosa que *docet*, esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo; por eso, documento es una cosa que sirve para representar otra. Por otra parte, siendo la representación siempre obra del hombre, el documento, más que una cosa, es un *opus* (resultado de un trabajo).³⁶

Dicho autor advierte, en torno a la coetaneidad de la precepción del hecho representado con la creación del documento, que

... “quien describe por escrito un hecho que, percibido en otra ocasión, forma un testimonio, porque quiere representar actualmente un hecho pasado mediante el acto de describir”.³⁷

31. Ídem, p. 8.

32. PIETRO CASTRO FERNÁNDEZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964, p. 429.

33. PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 8.

34. GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, t. 1, Madrid, Graf. Administrativa, 1949, p. 314.

35. Razón por la cual estas posturas servirán para los mercantilistas, que aluden a ellas para definir a los títulos valores caracteres de causa, mas no para nosotros que abordamos los documentos jurídicos en general.

36. CARNELUTTI, FRANCISCO, *Sistema de derecho procesal*, t. 2, Uthea, (traducción de De Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo), pp. 414-417.

37. CARNELUTTI, FRANCISCO, *La prueba civil*, Buenos Aires, Depalma; citado por KIELMANOVICH, Jorge, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 372.

La concepción de Carnelutti, seguida por autores como Pelosi, por la cual el documento, si bien registra una realidad, proviene de la representación mental que de ella efectúa el sujeto que elabora el mismo, resulta plausible al comprender efectivamente lo que el documento envuelve: la percepción de hechos por medio de sentidos (constatación del pensamiento del autor del documento). No obstante, dicha apreciación conceptual ha merecido objeciones doctrinales sustentadas en que la palabra representación cuenta con distintas acepciones, razón por la cual se propone su sustitución por términos como, por ejemplo, “reflexión” o “declaración”.³⁸

1.4. Objeciones a su naturaleza representativa

Según Pelosi, la expresión *representación*, que ha sido ampliamente aceptada por la doctrina, ha sido objeto de impugnaciones y han surgido propuestas para sustituirla por términos como *reflexión*, propuesta por García Bernardo Landeta, ya que

... “la declaración se refleja en el documento como la imagen en el espejo, pero aun con más fuerza que en el campo físico, pues hay identidad, aunque no fusión entre medio, forma y la declaración, contenido de la forma, no de la declaración, pues si se rompe el espejo se destruye la imagen reflejada, no la realidad, cuya forma física continua intocada, mientras que si se destruye el documento no se destruye el acto jurídico documento, pero este pierde la visibilidad, la reconocibilidad”.³⁹

Pelosi expone que las discrepancias derivan de la existencia de los documentos constitutivos, que se contraponen a los reproductivos. Citando a Furno, expresa que

... “el documento tiene siempre un aspecto representativo, refleja y demuestra la declaración, su texto; revela su existencia y su modo de ser, constituye indicio formal, su prueba. El documento representativo y probatorio es inseparable de la idea misma de documento, aun en los casos en que, sustancialmente, tiene eficacia constitutiva”.⁴⁰

Para conciliar las discrepancias doctrinales, Pelosi acude, centrándose en el caso de los documentos notariales, a los *actum ex intervallum* y *actum in continenti*. Así, entiende que cuando el acto se produce *ex intervallum* se puede hablar de representación porque hay algo que es anterior; se trate del acuerdo preliminar, o el negocio, ya formado, que se representa o refleja en el documento. Ahora, cuando el acto se produce *in continenti*, existe una identidad entre la declaración (acuerdo o negocio) y el documento, por lo que no podría hablarse de representación en sentido estricto, pero sí de representación del hecho de la declaración.

38. Nuevamente el dilema del significado de las palabras.

39. GARCÍA BERNARDO LANDETA, Alfredo, *Formalismo jurídico y documental notarial*; citado por PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), pp. 6-7.

40. FURNO, Carlo, *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*; citado por PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 7.

1.5. Origen histórico

No hay precisión en cuanto al origen histórico de la palabra *documento* en el sentido que hoy se le otorga, no solo por la escasez de datos fidedignos sino también por la no linealidad de la historia misma, que hace imposible situar el comienzo de su utilización lingüística en una fecha exacta. Es así que se pueden extraer de diferentes fuentes posibles referencias al documento, sirviendo de antecedentes del concepto actual.

Sostienen algunos autores que solo después de Cristo la palabra documento logra su actual significado de escritura o papel en que se hace constar alguna cosa, y el de título, no en el sentido de modo o causa por el que se adquiere un derecho, sino de prueba o constancia de ese derecho.⁴¹

Según la investigación de Arntz, recordada por Pelosi,⁴² la palabra documento se remonta a: 1º) las epístolas de Sidón, donde se habla de *tabulis nuptialibus* como el *matrimonialibus documentis*; 2º) las epístolas de san Agustín, que hacen mención a “*quastio vel de scripturis sanctis vel documentis sclesiasticis aut publicis discutenda est*”, con referencia a los documentos eclesiásticos o públicos. En el siglo I d.C., la palabra *documentum* es sinónimo de *argumentum*. En un pasaje de Ovidio se encuentra esta cita: “*et documenta damus qua simus origine nati*”.

Guidi aduce que la palabra *documentum* fue empleada por Cicerón y Tito Livio para dar exacta y completa idea de su significado, es decir, todo aquello que permite enseñar cualquier cosa y, por lo tanto, un medio para el conocimiento de cualquier cosa que se halla fuera del documento.⁴³

El *documentum* era considerado por los juristas romanos como el título, la escritura, alegato, justificante, etc.; y algunos de estos típicos documentos figuran en el *Codex Iuris Canonici*.⁴⁴

Afirma Durando que

... “fue Justiniano quien dio las primeras normas sobre el modo de redactar los documentos notariales. En diversas novelas promulgadas por el Emperador de Oriente en el Siglo VI para completar la Legislación Romana, las palabras *instrumentum*, *documentum*, *scripturae*, *scripta* comprendían todos los instrumentos probatorios, sea que fuesen redactados por las partes mismas o por los escribanos o escribas especiales. Cuando eran redactados por los tabeliones se les daba generalmente el nombre de *instrumenta* o *documenta publicae confecta*”.⁴⁵

41. PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 4.

42. Ídem, pp. 4-5.

43. Ídem, p. 5.

44. Así *Documentum alienum*: documento ajeno, que no está suscrito por los interesados. *Documentum insinuationis*: una comprobación de la entrega. *Documentum privatum*: el documento privado, el título no oficial. *Documentum publicum*: el documento público oficial. *Documentum quasi publicum*: el documento casi público, casi tan valioso como el público, suscrito por tres testigos. *Documentum referens*: un documento que se relaciona con otro. *Documenta noviter reperta*: los argumentos, las discusiones reabiertas, reiniciadas.

45. Citado por PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 5.

1.6. Función del documento

Varias resultan las funciones del documento. Desde el punto de vista del fin que con él se persigue, desempeña una doble función: una de carácter probatoria y procesal cuando después de su formación es aducido a un proceso; y otra, que existe desde su otorgamiento y es extraprocesal, que puede ser de naturaleza sustancial y solemne, en el sentido de que no solo sirva para celebrar el negocio o contrato sino que es indispensable requisito para su existencia jurídica, o su validez, o de tipo simplemente probatorio, bien sea porque la ley lo exija o porque voluntariamente se quiera constituir un medio permanente de representación de un hecho o acontecimiento, es decir, para que de él se pueda deducir extrajudicialmente (o procesalmente, si llega el caso) la existencia del contrato, de la declaración de voluntad unilateral o del hecho o cosa que representa.⁴⁶ En ambos casos, el documento permite el disfrute y ejercicio extrajudicial del correspondiente derecho o de la respectiva relación jurídica.

Puede suceder que el documento no tenga su origen en un negocio jurídico. Puede suceder que en el momento de formarse no se tenga la intención de utilizarlo como medio de prueba extrajudicial ni judicialmente. No obstante, la ausencia o presencia de esa intención es indiferente para la existencia del documento y su doble función. Es decir, existen documentos necesarios para la existencia jurídica o validez de los actos jurídicos, cuya naturaleza jurídica es mixta, por ser a un mismo tiempo medios de prueba, cuya función se cumple tanto dentro como fuera de un proceso judicial, y solemnidad sustancial o material del respectivo acto jurídico; mientras en otros, sin duda la gran mayoría, tiene un valor jurídico simplemente *ad probationem*, de instrumento probatorio, sea que las partes hayan tenido o no, al formarlos, la intención de preconstituir un medio de prueba.

1.7. Los documentoides. Clasificación

Cuando hablamos de los documentos, resulta ineludible dedicar un capítulo a los cuasi-documentos o documentoides,⁴⁷ o contraseñas,⁴⁸ los cuales consisten en objetos portátiles que en determinadas situaciones cumplen funciones parecidas a los documentos. Constituyen una declaración circunstanciada que constituye principio de prueba, ya que *prima facie* no son documentos, pero tienden a producir efectos de los mismos. Un típico ejemplo de documentoide es el cartoncito numerado que suelen otorgarse en los supermercados a todo cliente que asiste con una cartera o mochila que deja en un casillero de resguardo. Con dicho cartoncito numerado, el propietario de la mochila o cartera puede, al retirarse del establecimiento, recuperar sus pertenencias depositadas, exhibiendo el cartón al depositario (generalmente un supervisor de sucursal que está en esa área). El documentoide, en este caso, no acredita lo que se dio, sino que es prueba de que hay algo que se otorgó y que es de quien lo presenta para su retiro.

46. Por ejemplo, los escritos relacionados con el estado civil de las personas o con contratos no solemnes y los documentos no declarativos como las fotografías, las pinturas, los mapas, etc.

47. Llamadas así por GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Negocio jurídico y documento*, Valencia, Reus, 1951, p. 147.

48. Llamadas así por PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 9.

La función indicativa (no representativa) de los documentoides se ejecuta mediante la conexión del emblema o señal a la cosa que ha de distinguirse. De este modo, se extraen dos tipos de contraseñas: personales y reales.

Entre las contraseñas personales, encontramos:

- 1) De identidad: Alude al nombre propio, el cual indica la identidad tanto de la persona como el propio nombre de la cosa. El nombre en sí constituye una señal. Resulta indiferente su portación por una persona. Lo que la vuelve contraseña es su portación por la persona indicada. En tal sentido, la falsedad opera en este caso con la indicación de un nombre falso.
- 2) De cualidad: Puede ser nominal, que corresponde a títulos nobiliarios o profesionales, y emblemática, que corresponde a condecoraciones o a la divisa. En tal caso, la falsedad operara en el caso de las nominales por la asunción de títulos falsos o que no se poseen, y, en el supuesto de las emblemáticas, por portar una condecoración que no se posea o bien se arrogue atributos propios de una profesión u oficio que requiera habilitación especial del Estado.
- 3) De prestación: Implica el cumplimiento de una prestación consistente en un objeto cuya posesión por parte de una persona sirve para indicar dicho cumplimiento.

Entre las contraseñas reales, por su parte, encontramos:

- 1) De identidad: Es el título de la obra artística y, particularmente, la literaria.
- 2) De procedencia: Son las improntas monetarias, las documentales (de timbre y sello) y las marcas de fábrica de comercio. Sirven para indicar que el disco metálico, el documento o la mercancía provienen de una determinada fuente.
- 3) De calidad: Pertenecen a las improntas sobre pesas y medidas y las marcas o señas distintivas aptas para indicar la calidad de la mercancía.
- 4) De uso: Es el timbre de anulación o matasellos de los timbres móviles.

1.8. Documentos e instrumentos. Diferencias

La liviandad con la cual los juristas suelen expresarse al momento de argumentar una postura o referirse a determinadas cuestiones lleva ineludiblemente a que, en muchas ocasiones, recurran a ciertas expresiones para referirse a conceptos que guardan una significación diferente a la que se pretende atribuir; al punto de que el lenguaje jurídico, para salvar dicha falta dialéctica, se haya dividido, por decisión de ¿quién sabe qué erudito?, en conceptos en sentido amplio y estricto; en una suerte de intento rescatista doctrinal respecto de quien se ahoga en su falta de precisión conceptual. Ello, precisamente, se evidencia cuando se aborda la difícil tarea de distinguir las voces *documento* e *instrumento*. Y es que, según Carrica,⁴⁹ en el mundo jurídico, la importancia procesal del documento como prueba o testimonio ha obligado a codificar el concepto, distinguiendo entre documento (objeto que muestra hechos o estados de cosas) e instrumento (reservado para los actos humanos y declaraciones de voluntad).

49. CARRICA, P. A., *Documentos e instrumentos*, Universidad Nacional de La Plata, 2001.

No obstante, al estudiar la raigambre de ambos términos, nos encontramos, lamentablemente, con que *documento* e *instrumento* tienen un valor etimológico similar, lo que, sumado al uso corriente que se suele dar en el ámbito del derecho, tanto por algunos doctrinarios como por los tribunales, genera la confusión de si son lo mismo o no. Ello puede evidenciarse en tratadistas de la talla de Pelosi, por ejemplo, quien, al citar a De Sarlo, advierte que

... los clásicos cuando usaron el término *instrumento* en sentido técnico quisieron decir documento. Tal circunstancia obedecía a que instrumento era por antítesis de acta, *epistulae*, *rescripta*, el documento de contenido privado o sea el documento de un negocio jurídico en oposición a las actas “documentos administrativos y judiciales”, a las *epistulae* (que eran imperiales, emanación y documento del poder público); a *rescripta* (documento que contenía la opinión o dictamen del príncipe en puntos controvertidos de derecho); todos, como puede verse, documentos públicos.⁵⁰

Debemos tener presente que “la voz instrumento deriva del verbo *instruere*. Es algo que está destinado a instruirnos e informarnos del pasado”,⁵¹ mientras que la voz *documento* deriva de *docere*, que es enseñar, por lo que, en principio, podríamos advertir que en tanto uno apunta a dar a conocer (sustancia) otro apunta a acreditar (prueba).

La labor resulta aún más compleja al advertir la variedad de significación que la voz *instrumento* recibe en la actualidad, ya que no solo se la asemeja a la de *documento* sino, incluso, que vale la misma para referirse a una herramienta o utensilio. Por ello, se ha afirmado que

Dentro del concepto amplísimo que comprende a toda especie de “instrumento” este vocablo [...] se ha empleado genéricamente para denominar todo aquello que es apto para permitirnos alcanzar una determinada finalidad, sea esta física o moral...⁵²

En el nuevo **Código Civil y Comercial** no se considera, dentro del capítulo dedicado a las escrituras públicas y a las actas, la voz *documento* o *instrumento notarial*. Sí, en cambio, se utiliza más frecuentemente la voz *escritura pública*, haciendo alusión a la escritura negocial o al acta que narra hechos, denominación de común utilización a lo largo del cuerpo codificado. La doctrina, en su lenguaje jurídico, suele utilizar la voz *instrumento*, otorgándole un significado más circunscripto que en el lenguaje vulgar, desde que recurre a la misma en las relaciones jurídicas de manera que siempre estará referenciando relaciones que derivan de los hechos jurídicos.

Aguiar, a fin de contribuir a su comprensión, alude a la definición del jurisconsulto Julius Paulus Prudentissimus –más bien conocido como Paulo–, quien expresara en el *Digesto* que

Con el nombre de instrumento se ha de admitir todo aquello con que puede ser probada una causa; y por eso tanto los testimonios como las personas son consideradas en calidad de instrumento.⁵³

50. PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 12.

51. Ídem, p. 13.

52. Ídem, p. 14.

53. AGUIAR, Henoch, “Instrumentos” en, AA.VV. (ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO COMPARADO), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Martínez Paz*, Buenos Aires, Perrot, 1957, p. 181.

No obstante, dicha interpretación, desde la visión de Núñez Lagos, resulta por demás forzada, toda vez que el fragmento de Paulo no se refería a la prueba testimonial sino al testimonio previamente redactado por escrito. Asimismo,

... la frase *causa instruere* (medio de prueba) no aparece en el digesto más que una sola vez en el citado fragmento de Paulo, por lo que de Sarlo cree que es interpolado.⁵⁴

Para Aguiar, instrumento jurídico es

... toda escritura, papel, o documento, hecho de la manera más conveniente de acuerdo con las leyes en vigor, y destinado a probar, justificar o perpetuar la memoria de un hecho, o hacer constar alguna cosa o algo relacionado con el derecho de alguien.⁵⁵

Bigún y Tozzini, remitiéndose a la causa “Bollero, Carlos A.” (del 10 de junio de 1987), rememoran que el Dr. Zavalía, magistrado interviniente, sostuvo:

... cuando la ley habla de instrumentos es evidente que se refiere a los documentos que surten efectos jurídicos, que dan o justifican un derecho, lo que envuelve una idea específica dentro de la amplia acepción del vocablo documento.⁵⁶

Lo que evidencia una relación género-especie, en la cual instrumento es este último.

En el contenido de “documento” se incluyen ingredientes del derecho civil vinculados con las diferentes interpretaciones que gravitan en la doctrina y jurisprudencia de este ámbito. Se define, así, un documento por “los efectos jurídicos” (voto del Dr. Oderigo en el plenario Horowitz; voto del Dr. Villegas Basavilbaso en el plenario García); o por “las consecuencias jurídicas” (voto de los doctores Portel de Peralta y Vega Ocampo, en el plenario Báez), o por “lo jurídicamente trascendente” (voto de los doctores Vera Ocampo, Oderigo y Méndez, en la causa Valle, Juan B.) [...] de este modo el concepto de “documento” queda ceñido por los alcances del acto jurídico y la significación jurídica –sinónimo de las expresiones antes mencionadas–, que solo tienen cabida dentro de las relaciones de derecho civil.⁵⁷

Por su parte, Neri expone que entre los términos *documento e instrumento* tan solo hay una vinculación etimológica, toda vez que

... el vocablo *instrumento*, y su similar *documento*, se aplica a todo escrito que sirve de instrucción o conocimiento de algo, en tanto que título es la causa del derecho que tenemos; el título de un comprador, *verbi gratia*, es la compra; el título de un donatario es la donación; el título de un arrendatario es el arrendamiento; el título de un heredero es la institución; de modo que el título viene a ser lo mismo que la convención o el contrato o la institución, mientras que el instrumento no es otra cosa que la prueba escrita del título. Podemos, pues, tener un título sin tener el instrumento; y, por el contrario, podemos tener un instrumento sin tener el título [...] reafirmando estos criterios, y con más retórica, puede expresarse que el “instrumento” es la pieza jurídica que ilustra o instruye acerca de derechos y obligaciones contraídas por las partes, en tanto que el “título”, en su verdadera acepción científica, es el motivo lícito de la adquisición de una cosa o derecho...⁵⁸

54. PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), pp. 14-15.

55. AGUIAR, Henoch, ob. cit. (cfr. nota 53), p. 181.

56. BAIGÚN, David y TOZZINI, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 29), p. 94.

57. Ídem, pp. 97-98.

58. NERI, Argentino I., ob. cit. (cfr. nota 2), v. 2, p. 6.

Si bien parece que hay poca diferencia entre el significado de “instrumento” y de “documento”, estimo que la primera es más expresiva cuando se requiere hablar de prueba. En la base de la noción de documento está la idea de docencia, y en el de instrumento, la de prueba.⁵⁹

Hugo Alsina⁶⁰ sostiene que las leyes hablan indistintamente de documento o instrumento como si fueran sinónimos, cuando en realidad responden a conceptos diferentes. Por documento se entiende toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal. Son documentos materiales, entre otros, los quipos,⁶¹ las tarjas,⁶² las marcas y las contraseñas. Instrumentos son documentos literales (escrituras destinadas a constatar una relación jurídica).

Varela, al precisar el concepto de documento utilizado en el artículo 292 del Código Penal, considera que

... documento es toda representación objetiva que tiene por fin la reproducción de una manifestación del pensamiento o declaración de voluntad, que puede ser material, como las marcas o signos, o literal, como son las escrituras en sentido *latu sensu*, que son los instrumentos. En consecuencia, el término *instrumento* tiene un significado especial más restringido que documento, como que es una especie de este...⁶³

Según Camaño Rosa, citado por Pelosi,

... “documento es el género, y la escritura la especie. Documento es todo objeto válido para probar una verdad y, por consiguiente, no solo puede serlo un escrito, sino también una piedra, un hueso, un fragmento de metal, etcétera. Como ambos contienen un valor probatorio, su diferencia radica en la forma. La escritura comprende para él toda formulación gráfica de cierta permanencia, fijada con y sobre un medio idóneo. Siendo así, es indiferente la clase de signos y el idioma empleados, que se trate de escritura manuscrita, mecánica, calcada, etcétera”.⁶⁴

No obstante, Pelosi cuestiona esta concepción ya que el criterio clasificatorio que condice a llamar instrumentos a esta clase de documentos no ofrece argumentos sólidos.

Gattari⁶⁵ sostiene que el vocablo *instrumento* tiene una mayor riqueza que *documento* y proviene de *instrumentum*, que reconoce dos antecedentes etimológicos: *instruo*, que se descompone en la preposición *in* y el verbo *struo*. La preposición significa el lugar, esto es, “en”, y que según el mismo autor también significa interioridad. El verbo *struo* significa reunir, juntar, fundar, erigir, etc. Gattari llega a la conclusión de que

59. PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 16.

60. ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Ediar, 1961 (2ª ed.), pp. 391-392.

61. Término de origen inca con el cual se designa al cordón de lana, del que penden otros de distinto largo, grueso y color, cada uno de los cuales expresaba una idea y el conjunto un pensamiento.

62. Término utilizado en las ventas al fiado, con las que se refería a listones divididos longitudinalmente en dos partes iguales: una de ellas se entregaba al comprador y la otra se reservaba al vendedor. En cada operación se superponían ambas mitades y se las perforaba y al liquidarse el negocio se las confrontaba.

63. VARELA, Bernardo C., *El concepto de documento en el artículo 292 del Código Penal argentino*, Córdoba, Lerner, 1964, pp. 28-29.

64. PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 23.

65. GATTARI, Carlos N., ob. cit. (cfr. nota 4), t. 1, v. 5, p. 982.

mientras el vocablo *documento*, etimológicamente, capta solo el valor formal, la palabra *instrumento* desarrolla un triple valor: el sustantivo o constitutivo, el de forma y el de prueba.

No obstante,

Desde el punto de vista de la costumbre y desde la misma legislación, ambas expresiones se usan como sinónimos y así a veces a un “documento” se lo denomina instrumento y viceversa a un “instrumento” se lo menciona como documento, lo que en principio no está del todo mal, ya que el instrumento siempre conlleva el valor formal, pero sus efectos son más amplios.⁶⁶

1.9. Elementos

“Los elementos del documento son: la corporalidad, la autoría y el contenido”.⁶⁷

1.9.1. La corporalidad

Por la cual se alude a la relación signo-cosa, por los cuales se representa un hecho. Cuando hablamos del signo, lógicamente hablamos del signo-grafía (escritura), y cuando nos referimos a cosa, es a aquello sobre lo cual se grafía o escribe. Consecuentemente, los componentes de la corporalidad son:

- A) La cosa u objeto material, que ha variado a lo largo de la historia.⁶⁸
- B) La grafía: esta proviene del verbo *grafo*, que significa trazar signos, grabar, escribir, redactar, etc. La grafía se compone de dos aspectos:
 - 1. Un aspecto estático, elemento físico constituido por los procedimientos⁶⁹ e ingredientes utilizados para escribir.⁷⁰
 - 2. Un aspecto dinámico, elemento constituido por la escritura. Ahora, para que la grafía tenga aspecto documental, se requiere que este dotada de:
 - i. visibilidad (debe ser perceptible a la vista); ii. expresividad (debe ser expresión del pensamiento); iii. reconocibilidad (posibilidad de reconocer).

Según Larraud,⁷¹ el documento escrito posee caracteres externos e internos. Los caracteres externos apuntan a la realidad física, al soporte⁷² (por ejemplo, el papel), mas

66. ORTIZ YAGUEDDÚ, Roberto M., “El instrumento público”, en AA.VV. (Ateneo de Estudio e Investigaciones Científicas de Derecho Notarial y Registral), *Anuario 2004*, Corrientes, Moglia, 2005, p. 144.

67. CORNEJO, Américo A., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 47.

68. Así, por ejemplo, la piedra, el papiro, el papel.

69. Ejemplo, la pluma.

70. Ejemplo, la tinta.

71. LARRAUD MIRANDA, Rufino, “Escrituras y actas en la concepción notarial”, en AA.VV., *Los anales del notariado argentino*, v. II, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1964, pp. 84- 98.

72. Este soporte puede ser mueble o inmueble, ya que lo que interesa, a los fines probatorios, es que su existencia en relación con la grafía pueda llegar a conocimiento de un magistrado, lo cual en el caso de grafías sobre inmuebles puede llevarse a cabo con una inspección ocular.

no a la escritura, que sería solamente un aspecto gráfico. Los caracteres internos son la intelectualidad del autor (contenido ideológico de la grafía).

No obstante, hay que destacar que, en lo atinente a la corporalidad propiamente dicha, está representada por lo que Larraud designa como elemento externo, mientras que el contenido ideológico, o elemento intrínseco, es lo que traduce la grafía. Pero ello es ajeno a la corporalidad, quedando en al orbita interna del autor.

Creemos que la confusión de Larraud radica en que, más que hablar de la corporalidad, se dedicó a analizar los componentes operacionales que intervienen en la redacción; es decir, describió la funcionalidad humana del autor (relación hombre-medio). Y es lógico que ambos elementos, extrínsecos e intrínsecos, se vean en el producto (documento) porque, como muy bien enseña Marx, el hombre se realiza en el producto de su trabajo, pero ello no significa que el producto del trabajo sea el medio empleado ni su fuerza laborativa.

Lo que planteamos es reconocido, quizás inconscientemente, por Núñez Lagos, citado por Pelosi,⁷³ quien considera que

... “en cuanto a su calidad expresiva, su aptitud para manifestar algo, radica precisamente en su grafía; porque si bien es cierto que ella se integra en la pieza escrituraria, adhiriéndose a la corporeidad documental, por una vertiente de naturaleza intelectual que convierte en ligamen de ambos elementos: caracteres externos e internos, cuerpo y docencia o expresión del instrumento vienen a quedar fundidos en un solo concepto, por la acción catalizadora que ejercen significaciones convencionales de su grafía”.

1.9.2. La autoría

La autoría alude a quien redacta o dirige el documento, mas no a quien materialmente hace o escribe el mismo. La autoría es el resultado de una actividad humana de tipo ideológico. Constituye una creación intelectual. En este sentido, Carnelluti⁷⁴ ha dicho que la formación de un documento no implica el acto material, sino el acto jurídico de su formación, lo que equivale a decir que formador, o autor, del documento no es quien materialmente le da forma, sino aquel a quien el ordenamiento jurídico atribuye su formación.

Existen diferentes teorías en torno a definir quién reviste la condición de autor y, consecuentemente, dota de autoría al documento:

- A) La teoría de la firma, por la cual quien firma reviste la calidad de autor del documento, lo cual es criticable ya que:
 - 1. Existen documentos que no poseen firma⁷⁵ y, pese a ello, fueron el producto de una autoría. En efecto, lo importante no es que esté o no firmado, sino que se pueda identificar a su autor, sea por el contexto del documento o por la utilización de un seudónimo o sobrenombre.

73. PELOSI, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 36.

74. CARNELLUTI, Francisco, ob. cit. (cfr. nota 36), t. 2, p. 415.

75. Por ejemplo, libros anónimos, libros contables.

2. El documento puede estar firmado pero estar en blanco (firma en blanco), o puede que su contenido sea desconocido o inentendible por el firmante (firma en barbecho), y, en tal caso, no habrá autoría. Ello con independencia de las consecuencias jurídicas derivadas de la negligencia del firmante frente a las normas del derecho del lugar de que se trate (la firma hace presumir, *iuris tantum*, el conocimiento del contenido).
- B) La teoría corporal, para la cual el autor del documento es quien lo escribe materialmente, lo cual es criticable ya que quien escribe es un medio del que se vale el autor para la producción del documento. Es decir, quien escribe no tiene dominio de lo que se hace, solo sigue indicaciones.
- C) La teoría de la compilación, para la cual el autor es quien lo forma jurídicamente, el que lo hace. Mientras que la teoría corporal se centra en el mecanógrafo, esta teoría se centra en el director.
- D) La teoría de la causa, para la cual autor del documento es el causante de su formación, cualquiera que sea el modo en que lo haga, por sí o por medio de otro.
- E) La teoría de la imputación, para la cual el autor es a quien se le imputa el documento.
- F) La teoría de la ley, por la cual autor es aquel por cuenta de quien se ha hecho.
- G) La teoría del autor del pensamiento, para la cual autor es aquel cuyo pensamiento expresa el documento.

Sin perjuicio de estas teorías, Carnelluti, en su afán de determinar la paternidad del documento, expone cuatro reglas para acreditar la condición de autor del documento:

- a) Mediante la suscripción, por la cual se prueba la autoría por la simple presencia de la firma.
- b) En concurso de circunstancias particulares, en donde la autoría puede probarse por medio de la olografía, por la cualidad del objeto y/o por la relación entre la cosa donde está grabada la escritura y la persona a la que se atribuye su paternidad.
- c) En concurso de otras circunstancias particulares, por la cual la prueba puede ser admitida sin la suscripción y sin olografía; sea por la cualidad de la cosa donde está grabada la escritura,⁷⁶ por la relación entre el libro de comercio y la persona a quien se atribuye su paternidad⁷⁷ y/o por la relación entre la persona a quien se atribuye la paternidad⁷⁸ y quien lo escribe.⁷⁹

76. Libro contable.

77. Comerciante.

78. Comerciante.

79. Contador.

- d) En cuanto al telegrama, por la cual la paternidad puede resultar de la destinación de la escritura o de la coincidencia entre personas indicadas como autor del telegrama y la persona que toma la iniciativa⁸⁰ de entregarlo a la oficina postal.

1.9.3. El contenido

Es el texto o tenor que exprese o represente el pensamiento del autor. El pensamiento del autor debe ser inteligible por la lectura. De allí que sujetos del documento son el autor y el destinatario.

Según Bayardo Bengoa, citado por Pelosi,

... “el tenor se refiere al texto de la declaración documental en la forma clásica del documento escrito, y el contenido es el valor intelectual de la declaración documentaria misma, lo que Carrara indicaba como «la vida del documento»”.⁸¹

1.10. Clasificación de documentos

No hay un criterio único en cuanto a la clasificación de documentos.

A) Partiendo de la manera en la cual los documentos se pueden materializar, sin tomar en consideración su valoración jurídica, encontramos que se pueden clasificar en:

1. Documentos gráficos (libros, folletos, revistas, hojas sueltas, separadas, volantes, manuscritos o impresos).
2. Documentos iconográficos (incisiones, diseños, fotografías, mapas geográficos y topográficos, planos, ilustraciones, figuras de toda especie, tablas, cuadros).
3. Documentos plásticos (monedas, medallas, sellos, y todo objeto originado en relieve metálico o de otro material plástico).
4. Documentos fónicos (discos, cintas magnetofónicas y toda forma de transmisión de sonido).
5. Documentos visuales (filmes, microfilmes, diapositivas, microfichas, etc.).

B) Partiendo de su valoración jurídica, según Carnelluti, los documentos pueden ser:

1. Documentos directos: representan un hecho sin pasar por la mente o la psiquis humana; es decir, es una valoración hecha en presencia del objeto.

80. Sea iniciativa de entregar personalmente el mismo en la oficina, o de encargar a otro la entrega en la oficina postal.

81. PELOSI, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 9), pp. 75-76.

2. Documentos indirectos: representaciones que pasan por la mente humana; es decir, es una valoración hecha en ausencia del objeto.
- C) Según Colombo, en base a sus estudios sobre Carnelluti, los documentos se clasifican en:
1. Documentos consistentes en objetos representativos: Objetos que pueden en el sujeto promover de modo inmediato su imagen sin necesidad de estar presentes. No contienen ninguna declaración sino que consisten en una simple reproducción mecánica de un hecho o una serie de hechos sin otro añadido.
 2. Documentos no consistentes en objetos representativos: Objetos que no pueden en el sujeto promover de modo inmediato su imagen sin necesidad de estar presentes. Contienen una declaración que puede ser al mismo tiempo informativa de un cierto estado de cosas o dispositiva en tanto ella importa la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica.
- D) Según el criterio procesal, los documentos son sinónimos de medios de prueba. Así, se clasifican en:
1. Pruebas históricas: En estas se da la función representativa y tienen virtualidad por acción del hombre, que escribe el hecho por los sentidos y los representa en forma inmediata, creando una cosa (documento), o mediata, a través de la memoria (testimonio).⁸²
 2. Pruebas críticas: Que actúan por medio del raciocinio porque no representan el hecho, sino que se deduce de ellas (por ejemplo, las presunciones y contraseñas).
- E) Según Cornejo, los documentos pueden ser:
1. Por su autoría, públicos o privados.
 2. Por su corporalidad, escritos o no escritos.
 3. Por su contenido, simplemente representativos o representativos declarativos, que a su vez pueden ser declarativos o dispositivos.
- F) Según el autor del documento:
1. Públicos: creados por un funcionario público en ejercicio de su cargo).

82. Estas subcategorías tienen sus rasgos característicos que las diferencian: Mientras que el testimonio es de carácter personal, por lo que es una voz viviente (requiere del sujeto que declare) creada en el acto mismo, y es una representación mediata y transeúnte; el documento es de carácter real, por lo que constituye una voz muerta (vale por sí sin necesidad de intervención de su autor), por lo que constituye prueba pre constituida y es así una representación inmediata y permanente.

2. Privados: no hay intervención de funcionario alguno sino simplemente los otorgantes.

G) Según la función que cumplen:

1. Constitutivos: dan lugar a la existencia y validez del acto; su inexistencia, o nulidad, importaría la nulidad o inexistencia de aquel.
2. Probatorios: comprueban la existencia de un acto sin que dicha forma venga impuesta por ley y sin que su presencia excluya su existencia ni la admisibilidad de otros medios de prueba).

2. Segunda parte. El documento notarial

2.1. El documento notarial. Concepto

Tras todo lo desarrollado, y en una escala más elevada de formas solemnes en la exteriorización de la voluntad, nos encontramos ahora con el documento notarial como un tipo especial de documento jurídico con características propias que hacen del mismo la forma solemne por excelencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Según Pelosi, el acto puede ser considerado en su noción material, es decir, con respecto al contenido, o en su aspecto formal, a la concreción física, objetiva y visible con que se hace perceptible el hecho jurídico. En tal sentido, técnicamente, hay que separar la idea de la operación jurídica del escrito destinado a constatarla.⁸³

Conforme al artículo 18 del anteproyecto de ley de documentos notariales,

... es notarial todo documento con las formalidades de ley, autorizado por notario en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia.⁸⁴

El XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala, 1977) lo definió como

... todo escrito que goza de autenticidad corporal, autenticidad de autoría, de fecha y de ideología, y, además, presenta la característica de su incorporación al protocolo, lo que asegura su preservación y la posibilidad de su eventual reproducción.⁸⁵

Según Abella

... documento notarial es todo escrito original o reproducido, autorizado por el notario y resguardado por el conforme a la ley de su organización procurando los fines de seguridad, valor y permanencia de la función.⁸⁶

83. Son dos momentos diferentes: el acto es anterior y el documento posterior.

84. Ver [aquí](#); fuente: CEPC; última consulta: 1/3/2020.

85. XIV Congreso Internacional del Notariado Latino. Boletín informativo. *Tema 1. Formación de la escritura; validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado en las relaciones de derecho internacional privado*, Guatemala, Editorial Landívar, 1977.

86. ABELLA, Adriana N., "Documento notarial", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 941, 2002, p. 86. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: *Revista Notarial*; última consulta: 20/4/2020].

2.2. Elementos

Partiendo de la base de que todo documento notarial se sustenta en las reglas generales de los documentos jurídicos, y amparándonos en la postura de Pelosi, podemos afirmar que los elementos del documento notarial son: a) el pensamiento, b) el sujeto, c) el objeto del pensamiento, d) su expresión, e) el rito.

2.2.1. El pensamiento

El pensamiento del notario es aquello que percibe el hecho histórico. Según González Palomino, citado por Pelosi,

“El notario es un testigo rogado que no tiene otro campo libre que el del instrumento público. El testigo rogado es como un espectador que se ha propuesto asistir al espectáculo sin perder detalle, para relatarlos luego. Se propone captar hechos, sin perder detalle, e irlos archivando en su memoria ordenadamente. Contempla los hechos desde fuera, sin ser actor de ellos, y con una preparación psicológica de testigo () el notario es un testigo rogado, mejor preparado para serlo que otro alguno por ser necesariamente imparcial y ajeno a los hechos, como tal notario, y por su experiencia profesional reiterada en ser testigo”.⁸⁷

Prosigue:

... “el notario [...] relata los hechos no en un momento posterior, sino en el mismo momento en que suceden, sin poder alterar ni los hechos mismos, porque se requiere el asentimiento de los protagonistas (firma de los otorgantes o de los testigos) ni la fecha y lugar (por la inalterabilidad del protocolo, con foliación, numeración, índices, etcétera)”.

2.2.2. El sujeto

El sujeto del mismo (autor) no es otro que el notario: “el notario es un técnico especializado se ha dicho, utiliza el conocimiento científico del derecho y lo aplica en el ejercicio de sus funciones”.⁸⁸

Durante el transcurso del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, 1948), se estableció la siguiente declaración:

El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido.⁸⁹

Este elemento es el más importante, ya que la doctrina notarialista ha concordado que el origen del documento notarial se remonta a aquellos tiempos en los cuales, siendo menester la salvaguarda de hechos jurídicos en el tiempo, se envistió a un sujeto de

87. PELOSI, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 124.

88. ARATA, Roberto M., *Ética notarial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 28.

89. UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO, *Memorias del cincuentenario 1948-1998*, Santa Fe de Bogotá, (s.e.), 1998, p. 113.

atribuciones tendientes al resguardo de la verdad y la seguridad jurídica preventiva. En este sentido,

La Corte Suprema de Justicia tiene declarado que la intervención del escribano publico confiere una presunción legal de verdad que acarrea una suerte de inversión de la carga de la prueba respecto de la parte a la que se opone un instrumento probado, para quien no bastará el solo desconocimiento, sino que será necesaria la redargución de falsedad, pues dicha intervención notarial inviste al instrumento de fuerza legal probatoria que corresponde al instrumento público. (Cám. Apel. Civil y Comercia, La Plata, Buenos Aires, Nº 1, Sala I, 20/6/1991, “Facciuto, Alejandro c/ Ocen, oscar s/ ejecutivo”).⁹⁰

Es decir, el documento notarial nace con el notario, y es el notario quien le da calidad de notarial al documento. En tal sentido, desde el antiguo derecho romano se encuentran vestigios de adagios que aluden a un sujeto con aptitudes para la plasmación escrita del derecho y, con ello, para traer paz a los hombres. Así,

... en las partidas, la postulación “*omme sabidor* de escribir” no es, como se ha creído con simpleza, el medo conocimiento de escribir. Es evidente que se refiere al que sabe redactar el derecho.⁹¹

... autor es aquel que crea algo, aquel que en sus tareas idóneas o profesionales emplea su ingenio, su saber; aquel que actúa directamente en la ejecución de un trabajo o de una obra, con su inteligencia, o que sugiere o coopera en su realización con originalidad. Aplicando este concepto a las tareas notariales, su consideración trae inmediatamente la idea reveladora de que el notario es autor del instrumento público que sanciona. En efecto, el, y no las partes otorgantes, es quien hace la escritura pública.⁹²

En Corrientes, las condiciones que debe revestir este profesional del derecho están contenidas en la [Ley 1482](#) (y sus modificatorias). En este sentido, se puede ser notario por titularidad⁹³ o adscripción,⁹⁴ para lo cual se requiere, según el artículo 2:

90. PONS, Jorge H., *Redargución de falsedad. Acción civil y querrela criminal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2005, p. 217.

91. ARATA, Roberto M., ob. cit. (cfr. nota 88), p. 30.

92. NERI, Argentino I., ob. cit. (cfr. nota 2), v. 2, p. 703.

93. Por el art. 40 de la [Ley 1482](#), los escribanos de registro tienen una serie de deberes, entre los que se encuentran: “a) La custodia y conservación en perfecto estado de los Protocolos respectivos, mientras estén en su poder; b) La conservación y guarda de los documentos y títulos que se le hayan entregado por cualquier concepto; c) Expedir a las partes interesadas testimonios, copias, certificados, extractos, resúmenes o constancia de las escrituras autorizadas en sus Registros; d) Exhibir a las partes interesadas las escrituras originales en sus Registros; e) Expedir copias de las referencias o extractos de las mismas; f) Mantener el secreto profesional sobre todo acto en que intervenga como asimismo de todo conocimiento que adquiera en el ejercicio de su profesión; g) Informar por cartas interesadas sobre hechos o circunstancias que consten en escrituras por él autorizadas; h) Explicar a los otorgantes, en forma clara y concreta el alcance de un acto siempre que le fuere solicitado; i) Evacuar las consultas que le formulen con asuntos relacionados con la profesión; j) Dejar nota marginal en los títulos de las operaciones que realicen, en base a los mismos”. Consecuentemente, estos “son civilmente responsables de los daños y perjuicios ocasionados a terceros por incumplimiento de dichos deberes” (art. 41).

94. Por el art. 43 de la [Ley 1482](#) (modificado por [Ley 5621](#)), se dispone que cada titular de registro “podrá contar con hasta dos adscriptos, los que serán designados y removidos por el Poder Ejecutivo a simple propuesta del titular”. Este escribano adscripto, “mientras conserve ese carácter, actuará dentro del respectivo Registro con la misma extensión de facultades que el titular, y simultánea o indistintamente con el mismo, pero bajo su total dependencia y reemplazará a aquél en todos los casos de ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento transitorio” (art. 48), razón por la cual es “responsable por los daños y perjuicios que originara con su intervención y puede ser perseguido por el tercero dañado o el titular del Registro” (art. 51).

- a) ser argentino nativo o naturalizado y tener como mínimo diez años de domicilio real, efectivo y continuo constituido en la Provincia, acreditando esta circunstancia con una certificación que será expedida por el Juzgado Electoral Nacional o autoridad judicial de la Provincia.
- b) mayoría de edad;
- c) título de Escribano o Abogado habilitado para ejercer el Notariado, expedido por las Universidades Nacionales o Título de Escribano expedido por el Superior Tribunal de Justicia con anterioridad a la Ley N° 1482 [...]
- d) ser de conducta, antecedentes y moralidad intachable;
- e) hallarse inscripto en la matrícula profesional;
- f) estar colegiado.⁹⁵

Ahora bien, para poder desempeñar su función, deben cumplirse actos previos:

1. Reunir las condiciones para postularse a la función notarial: En este sentido, preliminarmente se debe contar con: a) título académico, al que se accede transitando la carrera universitaria de Escribanía; y b) idoneidad, que se traduce en la capacidad en cuanto a lo ético y lo moral (condiciones intrínsecas del sujeto). Dotado de estas dos condiciones, uno puede acceder a la función notarial por adscripción o por adquisición de titularidad de registro:

– Función notarial por adscripción: El adscripto⁹⁶, según Neri

... actúa por sí solo y autoriza el mismo las escrituras que otorga. Debe reunir las mismas condiciones que el titular y se le nombra en la misma forma. Tiene también las mismas responsabilidades que el titular y lo reemplaza en casos de ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento de carácter transitorio, haciéndolo por orden de antigüedad.⁹⁷

La institución del adscripto se aviene perfectamente con la naturaleza de la misión social del notariado y con su carácter práctico y ético.⁹⁸

Según la Ley 1482, artículo 48,

El escribano adscripto, mientras conserve ese carácter actuará dentro del respectivo registro con la misma extensión de facultades que el titular, y simultánea o indistintamente con el mismo, pero bajo su total dependencia y reemplazará a aquél en todos los casos de ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento transitorio.

95. Lo cual exige no estar comprendido en los impedimentos establecidos por el art. 4 de la Ley 1482: "a) Los ciegos, los sordos, los mudos, y todas aquellas personas que adolezcan de defectos físicos o mentales, que los inhabiliten para el ejercicio profesional. En caso de duda se dará intervención a la Dirección Provincial de Salubridad y médicos designados por las partes y el juzgado; b) Los dementes o idiotas; c) Los encausados por cualquier delito desde que se hubiere dictado la prisión preventiva; d) Los fallidos o concursados no rehabilitados; e) Los que por inconducta o graves motivos de orden profesional fueran descalificados para el ejercicio del notariado; f) Los escribanos suspendidos en el ejercicio profesional en cualquier jurisdicción de la República, mientras dure su castigo; g) Los que hayan sido condenados por autoridad competente, por hurto, robo, estafa, malversación o falsedad en general".

96. La figura del "adscripto" a un registro notarial y no a un escribano es propia del notariado argentino o por lo menos la legislación argentina le dio origen. La palabra *adscripto* viene del latín *adscriptum*, que quiere decir agregar a una persona al servicio de algo o alguien. Es la figura del colaborador. Es un colaborador del registro notarial. La adscripción nació en respuesta al *numerus clausus* de los registros notariales, dando la posibilidad a un profesional del derecho a ejercer como notario.

97. NERI, Argentino I., ob. cit. (cfr. nota 2), v. 3, p. 69.

98. Ídem, p. 71.

- Adquisición de la titularidad de registro. La adquisición de la titularidad de un registro notarial, en nuestra Provincia de Corrientes, puede darse por la llamada “herencia de registro” o por el acceso a la función notarial mediante concurso e antecedentes y oposición. La adquisición de titularidad por “herencia” es el supuesto del adscripto que accede a la titularidad del registro notarial del cual es adscripto cuando el titular del mismo se retira de la función, operando una continuación de la función notarial por subrogación personal. Así lo prevé el artículo 46 al disponer que

Producida la vacancia del Titular de un Registro en que existiese un Adscripto, co-responderá a éste la titularidad del mismo siempre que tenga tres años por lo menos, de ejercicio de la profesión...

Cuando la vacancia se produzca por fallecimiento del titular o por incapacidad total del mismo, o cuando el adscripto sea: padre, hijo, hijo político, cónyuge o hermano del titular, no se requerirá antigüedad...

En ambos supuestos la sustitución es automática.

- **Adquisición de titularidad por concurso de antecedentes y oposición:** Toda persona que se gradúe de escribano puede someterse a un procedimiento a fin de acceder a la titularidad de un registro notarial. En este sentido, existe un mecanismo de acceso dispuesto por la Resolución N° 745 del Colegio de Escribanos de la Provincia de Corrientes, que instituye el Reglamento de Concursos para el discernimiento de Titularidades Notariales de la Provincia de Corrientes.⁹⁹

2. Estar matriculado: La matrícula es la incorporación a los colegios o asociaciones que agrupan a los profesionales de una determinada actividad o funcionalidad.

99. El procedimiento puede resumirse en la siguiente secuencia: El Tribunal Notarial de Calificación evaluará a los inscriptos en los concursos para el discernimiento de titularidades notariales por medio de tres instancias: a) evaluación de antecedentes, b) evaluación escrita, y c) evaluación oral. A tal fin, el Tribunal fijará las fechas de las pruebas, en forma discrecional, las que deberán ser notificadas a los concursantes con una antelación mínima de quince días hábiles. La prueba de oposición escrita es la primera en rendirse y tiene una duración de cinco horas. La misma consiste en la redacción del texto de una escritura pública que debe contener el negocio jurídico planteado por el Tribunal, a cuyo efecto el concursante debe resolver el caso conforme la teoría y práctica notarial, respetando las normas de fondo y de forma, tanto nacionales como locales, de la misma manera que lo haría en el ejercicio de la función pública notarial actuando en el protocolo. Concluida la redacción escrituraria, se deberá confeccionar los formularios correspondientes a los trámites previos y posteriores. La prueba oral, es de carácter público, y es la última en rendirse, y versará acerca de la totalidad de los temas contenidos en las unidades del programa reglamentariamente establecido. El día del examen, el concursante deberá sortear dos unidades. Elegirá una de entre ellas. Podrá iniciar su evaluación con un tema elegido por él, entre los contenidos en la unidad seleccionada, acerca del cual expondrá por el plazo de diez minutos. Luego el Tribunal procederá a interrogarlo acerca del mismo tema o de cualquier otro que integre las dos unidades sorteadas. El concursante dispondrá de un lapso de diez minutos como mínimo contados desde el sorteo de sus unidades hasta el comienzo de su evaluación para ordenar sus ideas. Las bolillas sacadas del bolillero por cada concursante, solo volverán al mismo, cuando sean sorteadas en su totalidad, conforme al criterio que adopte el Tribunal teniendo en cuenta el número de concursantes. Posteriormente, los miembros del Tribunal Notarial de Calificación procederán a consensuar las calificaciones definitivas de cada uno de los concursantes, tanto sea de los antecedentes como de las pruebas de oposición oral y escrita, considerando solamente aprobados a los que obtuvieron siete o más puntos no promediables, en las dos últimas pruebas, teniendo en cuenta que sólo podrán rendir el examen oral, quienes hayan aprobado el examen escrito. El Tribunal Notarial de Calificación deberá confeccionar la nómina de los concursantes aprobados. El orden de los concursantes en la nómina no será alfabético, sino que dependerá en forma exclusiva del orden de méritos, partiendo del puntaje más alto hasta el más bajo, debiendo elevar la misma a la Comisión Directiva del Colegio de Escribanos de la Provincia de Corrientes, la cual la eleva al poder ejecutivo provincial, para que, por un acto político, designación, otorgue los registros a los agraciados en función de las necesidades del lugar.

Los escribanos que accedan a la adscripción o los que adquieran la titularidad de un registro notarial podrán matricularse siempre que no estén comprendidos en los impedimentos de la Ley 1482¹⁰⁰ y cumplan con el otorgamiento de una fianza.

3. Constituir una fianza: Los escribanos, antes de entrar en la posesión de su registro, deberán constituir una fianza real o personal¹⁰¹ que tendrá carácter inembargable (art. 13, Ley 1482), cuyo monto es fijado por el Superior Tribunal de Justicia (art. 5, Ley 1482), y que debe ser constituida por escritura pública o por endosos de los títulos respectivos¹⁰² (art. 7, Ley 1482). Esta fianza, que puede consistir en una o más (art. 9, ley 1482), debe mantenerse íntegramente mientras no se cancele el registro, debiendo, en caso necesario, proponer un nuevo fiador o reforzar la fianza, en su caso, todo lo cual deberá hacer el mismo escribano sin perjuicio de la acción que en este sentido pueda desarrollar la Inspección de Justicia, el Colegio de Escribanos, los agentes fiscales o el fiscal de Estado, los que podrán periódicamente verificar la integridad de la fianza (art. 8, ley 1482). Esta fianza se cancelará siempre que el escribano deje de ejercer las funciones de escribano de registro, previa publicación por un mes en el Boletín Oficial y un órgano de publicidad del lugar donde el escribano haya tenido el asiento de su oficina, y siempre que no hubiese reclamación pendiente por daños y perjuicios o por incumplimiento de sus deberes de acuerdo al Código Civil o leyes impositivas y notariales, y cuyas penas pudieran ser pecuniarias (art. 10, ley 1482).

4. Prestar juramento de cumplir fielmente la función en respeto de la ley.

2.2.3. El objeto del pensamiento (contenido)

El documento no representa el pensamiento del escribano, sino que lo expresa gráficamente. En cambio, el hecho histórico sí es representado. La tarea del notario se traduce, así, en un proceso por el cual el hecho histórico es percibido por el mismo en su pensamiento y lo representa por medio de una declaración.

Si bien la declaración escrita exterioriza el propio pensamiento del notario, no se limita a ello, ya que al mismo tiempo recrea lo pensado o, como Pelosi postula, “reproduce a través de su mente describiéndolo o relatándolo, el acontecimiento o situación de hecho que presencia o percibe”.¹⁰³

El “contenido” de la dación de fe no es otro que la percepción sensorial del notario y no debe confundirse con el objeto (que no es la percepción sino lo percibido) [...] dicha

100. Ver nota 95 del presente trabajo.

101. Si afianza el mismo escribano, la fianza debe ser real (art. 9, Ley 1482). En el caso de estas fianzas, constituida por el escribano. La fianza constituida por los escribanos, según el art. 12 de la Ley 1482, responderá: “a) Al pago de daños y perjuicios ocasionados a terceros a que el Escribano fuera condenado con sentencia firme, con motivo del ejercicio de sus funciones; b) Al pago de la suma de que fuera declarado responsable el Escribano por incumplimiento de las Leyes Fiscales; c) Al pago de las multas que le fueron impuestas por el mal desempeño de sus funciones y al de las sumas a que estuviera obligado en su carácter de Colegiado; d) Al pago de las deudas que por cualquier concepto reconozca a favor del Colegio de Escribanos”.

102. “En todos los casos el que afianza, cobrará los dividendos, intereses o alquileres de los títulos, créditos o propiedades dados en garantía” (art. 7, Ley 1482).

103. PELOSI, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 125.

percepción sensoria no solo está referida al comportamiento ajeno, acontecimiento de la naturaleza o resultado material de que se trate, sino, a la vez, a los actos del propio notario...¹⁰⁴

2.2.4. Su expresión (grafía)

La grafía es el material que lo contiene o el soporte físico que lo integra y forma parte de él (corporalidad).

2.2.5. El rito

El rito es el cumplimiento de las formalidades legales. Dice Núñez Lagos, citado por Pelosi,

“El notario no puede, con su sola intervención, producir el instrumento público, uno por uno, todos sus movimientos están reglados. El notario necesita sujetarse, antes de la firma y después de la firma, a una serie de normas adjetivas, formales, y que en su conjunto definen al derecho notarial como derecho formal, lo que antes que nada quiere decir: derecho que en si es todo, colección de formalidades, esto es, forma y procedimiento, forma de la forma y no solo forma de actos y contratos. La forma de los actos notariales se nos presenta más amplia, y más compleja que la forma del acto jurídico que se contenga en el instrumento”.¹⁰⁵

2.3. Naturaleza jurídica

Según Larraud,

... el documento notarial es el resultado de una actividad principalmente técnica, que se concreta en un hecho voluntario del agente; por medio de aquella y de este último el escribano cumple, de modo objetivo, su función.¹⁰⁶

El documento notarial no es otra cosa que un medio de la técnica jurídica; y sus diversas especies son medios adaptados al logro de ciertos fines particulares, aunque comprendidos en el objeto general perseguido por aquella. En el libre arbitrio del particular está el recurrir a una u otra de sus especies, y aun el renunciar a todas; pero él debe saber que, si persigue determinados fines, ellas constituyen los medios más adecuados e idóneos para obtenerlos.¹⁰⁷

Partiendo de la base del fin, o la utilidad, por el cual se lo ha creado, se podría decir, y de hecho varios autores así concuerdan, que se trata de un medio de prueba. No obstante, según Martínez Segovia, citado por Gattari,

... “decir que el documento notarial es una prueba constituida significa que solo vemos esa obra notarial cuando el derecho ha sido cuestionado. Es como ver dicho documento

104. ZINNY, Mario A., *El acto notarial (dación de fe)*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 36.

105. NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *La fe pública*; citado por Pelosi, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 180.

106. LARRAUD, Rufino, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 245.

107. LARRAUD MIRANDA, Rufino, ob. cit. (cfr. nota 71), v. II, p. 90.

solamente cuando esta agregado a una expediente judicial no es un fin del documento ni de la función pre constituir prueba, sino un accidente”.¹⁰⁸

Prosigue, citando a Núñez Lagos,

... “aun entendiendo la prueba en el sentido amplio, judicial y extrajudicial, que le asigna Carnelutti, el documento no tiene, como nota característica, la de formarse para ser un medio de prueba. Naturalmente, que si el documento expresa hechos jurídicos, podrá ser, además de documento, medio de prueba; mas una cosa es su aptitud de ser medio de prueba y otra distinta es su naturaleza y su estructura”.¹⁰⁹

Falbo considera que

La escritura no es mera “forma” de ser de un negocio jurídico, ni tampoco “prueba” de su existencia, sino que ella (la escritura) es el resultado de un procedimiento (notarial) que tiene finalidad constitutiva, o sea conseguir se produzca los efectos (traslativos o constitutivos) que resultan de los negocios jurídicos, confiriendo las respectivas titularidades.¹¹⁰

Tomando en consideración que el documento pretende trascender en el tiempo un hecho histórico, se entiende que es una porción de una realidad percibida, una representación de un hecho o acto.

Para Pondé,¹¹¹ al no haberse desarrollado una teoría profunda sobre la naturaleza jurídica del documento notarial, debe prevalecer lo primero que fuera históricamente tenido en cuenta como relevante en el seno de su estudio: la relevancia de su valor probatorio como prueba preconstituída.

Por su parte, Abreut de Begher y otros¹¹² advierten que la noción de documento en la actualidad no se vincula exclusivamente con la prueba, sino que esta es únicamente su consecuencia refleja pero para nada determinante de su naturaleza.

Gattari¹¹³ se refiere al instrumento notarial como una de las especies más importantes de documento público.

El documento notarial, como todo documento, aparece ante nuestros ojos como una “cosa”, y evidentemente lo es, aunque no solo sea una cosa ni ello sea lo más importante. Su sola contemplación nos indica que, a la cosa en su estado natural u original, a fin de que pueda haber llegado a ser documento, se ha incorporado, por la acción humana, una grafía.¹¹⁴

108. MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, *Función notarial*; citado por GATTARI, Carlos N., *El objeto de la ciencia del derecho notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 54.

109. NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Perfiles acerca del concepto y clases de documentos*; citado por GATTARI, Carlos N., ob. cit. (cfr. nota 108), pp. 55-56.

110. FALBO, Miguel N., “Naturaleza jurídica del documento notarial”, en AA.VV., *Los anales del notariado argentino*, v. II, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1964, p. 284.

111. PONDÉ, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 97.

112. ABREUT DE BEGHER, Liliana y otros, “La seguridad jurídica y el rol del notariado”, en Highton, E. I. (dir.), *La función notarial en la comunidad globalizada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 116.

113. GATTARI, Carlos N., *Manual de derecho notarial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 11.

114. CARRICA, Pablo A., “Los documentos notariales”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 205, 2004, p. 1075.

Ahora bien, si tratáramos de extraer la esencia del documento notarial, diríamos que la naturaleza jurídica atribuible al mismo es la de un documento público escrito. Asimismo, siendo que las cosas se pueden clasificar por su naturaleza en muebles e inmuebles, o bien por su carácter representativo, podríamos afirmar que el documento notarial es una cosa mueble por naturaleza, ya que puede trasladarse de un lugar a otro sin que se modifique su esencia. En este sentido, vale lo dicho por Gattari:

El hecho histórico que se produce en la audiencia notarial es transeúnte, efímero. Pero el notario lo fija en su documento específico y, al quedar registrado, se espacializa, se cosifica. De este modo, y a pesar de que el documento como tal es *voz mourta*, sigue enviando a las generaciones futuras su mensaje de verdad y de seguridad, sobre cuya base se construye el derecho real y vivido de todos los días en una sociedad ordenada.¹¹⁵

Por lo cual, también puede decirse que es una cosa inmueble por su carácter representativo.

2.4. El documento notarial y la teoría de la representación

La idea por la cual el documento debe expresar o representar el pensamiento del autor armoniza con la esencia del documento notarial siempre que se hagan presentes, en el mismo, declaraciones del notario y de las partes. Ahora, si bien en los llamados ciclos cerrados (copias, certificaciones, etc.) no hay duda de ello por cuanto las declaraciones y atestaciones provienen exclusivamente del notario, existe incertidumbre en cuanto a los llamados ciclos abiertos, o heterografos, en los que, además de las del notario, concurren declaraciones de los otorgantes y otros intervinientes. En este supuesto, para poder dilucidar la cuestión, es necesario distinguir entre el autor del documento y el autor de las declaraciones, ya que el pensamiento del autor puede mostrar parte de su contenido como ajeno. Y ello por cuanto, al ser el notario un ser pensante, interpreta las voluntades, les da forma y las vierte en el documento mediante tecnicismos. En este sentido, el documento contiene el pensamiento del notario sobre el pensamiento de los otorgantes.

Si bien es cierto que el pensamiento ajeno es pensamiento y declaración de parte, no es menos cierto que también es pensamiento del notario que lo interpreta. De ello resulta que el notario es exclusivamente el autor del documento notarial.

2.5. Clasificación de documentos notariales

Los documentos notariales pueden ser originales o reproducidos. Cuando nos referimos a documentos originales, aludimos a aquellos que se autorizan por el notario en el protocolo notarial o bien se trata de documentos extraprotocolares, los cuales se realizan en hojas no protocolares. Los documentos notariales reproducidos son aquellos que tienen fe pública derivada, no originaria. Es el caso de los llamados trasladados. Su autenticidad dependerá de su coincidencia con el documento original; acreditan la

115. GATTARI, Carlos N., ob. cit. (cfr. nota 4), t. 1-IV, p. 673.

existencia del documento original. Puede tratarse de testimonios, copias simples o fotocopias simples sin autorizar.

Algunos autores, como González,¹¹⁶ proponen que los documentos notariales se clasifiquen en principales y secundarios. Los documentos principales son los que irán en el protocolo, son las escrituras públicas, tanto la matriz como la copia o testimonio. Y los secundarios son los que podrán ir en el protocolo o fuera de él, y están constituidos por inventarios, actas de notoriedad, referencia de títulos, testamentos cerrados, sorteos, asambleas, protestas, certificaciones de autenticidad de firmas e impresiones digitales, de existencia de personas, de vigencia de documentos y contratos, y las notas de cargos judiciales y administrativos y de transmisión y gravamen en los títulos.

Etchegaray,¹¹⁷ remitiéndose al reglamento notarial español,¹¹⁸ clasifica los documentos notariales en:

- a) protocolizados, que se subdividen en originales y copias;
- b) no protocolizados.

Según Larraud,¹¹⁹ los documentos notariales se pueden clasificar en:

- a) Documentos matrices o documentos protocolizados, que son las escrituras matrices y las actas notariales.
- b) Documentos derivados o traslados, que son los expedidos para que circulen en el tráfico jurídico a los efectos de acreditar la existencia del original y facilitar el ejercicio de los derechos a que se refieren, y pueden ser: i. literales (copias y testimonios); ii. sintéticos (certificados); y iii. documentos de administración interna (constancias, índices, comunicaciones, relaciones, que suscriptas por el notario quedan en el archivo de la notaría, en el Colegio de Escribanos o en las reparticiones públicas).

Pelosi¹²⁰ propone adoptar dos criterios clasificatorios de los documentos, dependiendo de si hemos, o no, de sujetarnos a los textos legales para realizar una clasificación de documentos notariales basada en la idea del sustento legal o doctrinal en las mismas, sin perjuicio de que la clasificación termina, en uno u otro caso, siendo la misma, y su fundamentación, de evidente corte ontológico, es la misma por remisión a la cual constantemente recurre en su obra *El documento notarial*. En este sentido, clasifica los documentos notariales de la siguiente manera.

– Originales y reproducciones:

Primeramente, acude a clasificar los documentos en estas dos categorías. De tal manera, por documentos originales o de primer grado refiere a los que se producen como resultado directo e inmediato de las facultades fedatarias del notario en asuntos de su competencia; los que recogen con fe pública originaria los hechos autenticados, percibidos sensorialmente y narrados con su-

116. GONZÁLEZ, Carlos E., *Derecho notarial*, Buenos Aires, La Ley, 1971, pp. 322-325.

117. ETCHEGARAY, Natalio P., *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, Astrea, 2016 (6ª ed.), pp. 25-26.

118. [N. del E.: ver el Reglamento de la organización y régimen del notariado de España, Decreto del 2 de junio de 1944 [aquí](#); fuente: Boletín Oficial; última consulta: 20/4/2020].

119. LARRAUD, Rufino, ob. cit. (cfr. nota 14), pp. 245-247.

120. PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), pp. 245- 284.

jeción a los principios de evidencia y coeternidad. Son directos en cuanto a la inmediatez.

Por su parte, documentos de segundo grado o reproducciones tienen fe pública derivativa ya que solo se producen frente a la existencia física de otro documento, que es la causa constitutiva de su ser. Son indirectos en cuanto a la inmediatez.¹²¹

– Protocolares y extraprotocolares.

A) Documento protocolar es aquel

... extendido en las hojas o sellos que dan ser al protocolo inicial, es decir, a los que tienen su grafía y nacen en ese objetivo material y reúnen las demás condiciones necesarias para revestir calidad de documento notarial en las diferentes clases que admiten los originales producidos en el protocolo.¹²²

Subdivide estos documentos protocolares por su naturaleza y en complementarios.

A.1) Los documentos protocolares por su naturaleza están en el protocolo, son escrituras matrices, las escrituras y las escrituras-actas.¹²³

A.2) Los documentos complementarios son aquellos dependientes de las escrituras o actas protocolares, que tienen por objeto completar a estas mediante actuaciones posteriores a su autorización que imponen su documentación en textos separados pero que integran de una u otra manera el mismo documento protocolar.¹²⁴ Pelosi los divide en tres grupos: i.) por razones de técnica instrumental, ii. por razones de deber profesional, y iii.) por razones de incorporación.

A.2.i) Los complementarios por razones de técnica instrumental se dividen en dos grandes grupos: a) por integridad del contenido (actas y diligencias complementarias de la escritura, comunicaciones, notificaciones, intimaciones), y b) por incolumidad funcional (certificaciones marginales de subsanación).

A.2.ii) Los complementarios por deber profesional son las notas y constancias de expedición de testimonios, de inscripciones, de declaraciones de nulidad, rectificaciones, revocaciones, que tengan relación con el acto otorgado, ya sea a requerimiento de los interesados, por orden judicial o de oficio por el mismo notario. La base de este deber profesional está en el artículo 298 del [Código Ci-](#)

121. Si bien ambos poseen corporalidad y formas extrínsecas propias, su contenido ideológico importa un transvasamiento del documento original. Si este no reúne las condiciones necesarias de validez, de ninguna eficacia final puede gozar la copia, que solo vale cuando el protocolo se perdiere.

122. PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), pp. 248-249.

123. Llamadas solamente actas para el anteproyecto de documento notarial. Son las que no contienen un negocio jurídico, sino que autentican, comprueban o fijan hechos.

124. A estos el ante proyecto de documento notarial los designa como notas y actas complementarias.

vil y Comercial, que descarta la eficacia de los contradocumentos particulares que alteren lo expresado en un instrumento público respecto a los terceros interesados de buena fe, si no se correlacionan en las escrituras, matrices o testimonios, según el caso.

A.2.iii) Son complementarios por incorporación, por ejemplo, los originales o copias de los documentos habilitantes que se agregan a las escrituras en caso de que actúen representantes.

B) Documentos extraprotocolares son

... instrumentos públicos autorizados por notario, en original, fuera del protocolo, con las formalidades de ley, en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia; susceptible de este tipo de facción por su contenido o prescripción legislativa, sin perjuicio de la entrega, guarda, colección, o archivo de otros ejemplares voluntariamente o por mandato legal y de las formas de anotación o registración así como de reproducción que pueden reglamentarse¹²⁵.

Los documentos extraprotocolares se subdividen en actas,¹²⁶ certificados,¹²⁷ cargos,¹²⁸ constancias,¹²⁹ notas¹³⁰ y reproducciones.¹³¹

Ahora bien, remitiéndonos al Código Civil y Comercial podemos evidenciar la existencia expresa de tres categorías de documentos notariales: las escrituras públicas

125. PELOSI, Carlos, A., ob. cit. (cfr. nota 9), p. 249.

126. Según Etchegaray, en las actas hay un mero hecho: el notario solo tiene actividad de ver y oír; no entra al fondo del asunto, lo adapta al derecho solamente en la forma; narra el hecho y lo deja como es, no lo manipula ni lo altera; es copia del natural, queda al desnudo, el notario no lo viste; la firma de las partes no es otorgamiento ni consentimiento, es conformidad con lo narrado y leído por el notario, que es narración de lo sucedido en ese momento. Es solo medio de prueba, su eficacia es reflejo del orden jurídico; no es de creación autónoma, este hecho comprobado por el acta tendrá valor si existe un contrato preexistente donde las partes o la ley le exigen al requerido o al notificado una determinada actividad. No se cae en mora por requerimiento, sino que el hecho del requerimiento unido a la previsión del contrato o de la ley puede constituir en mora (ETCHEGARAY, Natalio P., ob. cit. [cfr. nota 117], p. 29).

127. También llamados por algunos traslados. Según Pelosi, es un documento de ciclo cerrado donde hay únicamente declaraciones del notario. Ejemplo, certificación de firmas, de fotocopias, etc.

128. Son atestaciones hechas por el escribano en un escrito firmado, que le ha sido entregado en determinado día y hora, con obligación de presentarlo ante la autoridad judicial o administrativa a los efectos y dentro de los términos prescriptos por las normas rituales.

129. Tienen análoga finalidad que las notas y se las puede considerar intercambiables.

130. Generalmente son protocolares, y cuando se producen fuera del protocolo sirven en particular para hacer referencia a documentos otorgados o para subsanar errores u omisiones o como reproducciones de las consignadas en la escritura matriz.

131. Pueden ser directos (de originales) o indirectos (de reproducciones). La reproducción directa, cuando es completa, es testimonio o copia, y cuando es parcial, es un extracto. Por otro lado, la reproducción indirecta, cuando es total, se llama "copia de copia", y cuando es parcial puede ser también un extracto o un certificado. La copia o testimonio es la que se expide guardando todos los recaudos legales de fondo, de forma, tributarios y registrales, y que eventualmente puede servir para reponer o renovar la escritura matriz. Además, la copia sin esos atributos exteriores o formales, pero con suscripción notarial que garantiza su exactitud e integridad, se denomina copia simple. Por último, la copia total o parcial, firmada por el notario, pero sin certeza de su fidelidad con el original, se denomina simple copia, y solo asegura la existencia del original, pero no la exactitud de su texto. Los certificados son las constancias de existencia de un documento, original o no.

(reguladas en los arts. 299-309), las actas (reguladas en los arts. 310-312) y las copias o testimonios (regulados en el art. 308).

3. Conclusión

De todo lo expuesto hasta aquí liminarmente se advertirá que es falaz pretender abordar superficialmente la temática “documento notarial”. Y es que el documento notarial constituye una herramienta pública, de armonización social, y privada, de instauración de seguridad jurídica, cuya materialización, con las connotaciones que la doctrina y la ley le confieren hoy día, es una clara consecuencia del desenvolvimiento histórico-social, muchas veces de índole negocial, pero siempre orientado a la institucionalización de las relaciones jurídicas entabladas entre los hombres, para su trascendencia temporal y cultural, en la que es de vital importancia la actuación del notario como el artífice de su creación, al ser quien, dotado de conocimientos y técnica, lo declara formalmente con fuerza de ley y verdad.

Es trascendente denotar que la teoría general del documento es una herramienta conceptual del derecho notarial, al ser la esencia y base de la misma la apreciación y valoración del documento jurídico, pero desprovista de los matices que solo la ciencia notarialista le proporciona para atribuirle naturaleza notarial. Pareciera un juego de palabras, pero cada palabra envuelve un dogma de diferente apreciación, que tiene serias implicancias en el campo del derecho, al punto que una mala interpretación podría arrebatar las dosis de autonomía que independiza a una rama del derecho de la gran amalgama que constituye la ciencia jurídica. Motivada en esta consideración, nuestra metodología apuntó a discriminar conceptos y establecer las bases lógicas que constituyen el nexo interpretativo del documento desde cada teoría.

Resta decir que el documento notarial ha venido a erigirse, de la mano del notario, como la más grandiosa construcción que el derecho ha podido concebir, tras un largo devenir histórico, en su afán de garantizar la paz entre los hombres.

4. Bibliografía

- ABELLA, Adriana N., “Documento notarial”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 941, 2002.
- ABREUT DE BEGHER, Liliana y otros, “La seguridad jurídica y el rol del notariado”, en Highton, E. I. (dir.), *La función notarial en la comunidad globalizada*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.
- AGUIAR, Henocho, “Instrumentos” en, AA.VV. (Asociación Argentina de Derecho Comparado), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Martínez Paz*, Buenos Aires, Perrot, 1957.
- ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Ediar, 1961 (2ª ed.).
- ARATA, Roberto M., *Ética notarial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- BAIGÚN, David y TOZZINI, Carlos A., “Los conceptos de documento e instrumento público en la jurisprudencia penal”, en *Revista de Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de derecho procesal*, t. 2, Uthea, (traducción de De Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo).
- CARRICA, Pablo A., *Documentos e instrumentos*, Universidad Nacional de La Plata, 2001.
- “Los documentos notariales”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 205, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, t. 2, Madrid, Reus.

- CORNEJO, Américo A., *Derecho registral*, Buenos Aires, Astrea, 2014 (4ª reimp.).
- DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, Buenos Aires, Zavalia, 1988.
- ETCHEGARAY, Natalio P., *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, Astrea, 2016 (6ª ed.).
- FALBO, Miguel N., “Naturaleza jurídica del documento notarial”, en AA.VV., *Los anales del notariado argentino*, v. II, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1964.
- FOUCAULT, Michael, *Las palabras y las cosas (una arqueología de las ciencias humanas)*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo, *Técnica jurídica y práctica notarial*, Oviedo, M. Pons Gráfica Luc., 1964.
- GATTARI, Carlos N., *El objeto de la ciencia del derecho notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1969.
- *Manual de derecho notarial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- *Práctica notarial consolidada*, t. 1-IV, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012 [1ª ed.].
- GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal civil*, t. 1, Madrid, Graf. Administrativa, 1949.
- GONZÁLEZ, Carlos E., *Derecho notarial*, Buenos Aires, La Ley, 1971.
- KIELMANOVICH, Jorge, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Negocio jurídico y documento*, Valencia, Reus, 1951.
- LARRAUD MIRANDA, Rufino, “Escrituras y actas en la concepción notarial”, en AA.VV., *Los anales del notariado argentino*, v. II, Buenos Aires, Instituto Argentino de Cultura Notarial, 1964.
- LARRAUD, Rufino, *Curso de derecho notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1966.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. 2, Buenos Aires, Ejea, 1971.
- NERI, Argentino I., *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, v. 2., Buenos Aires, Depalma, 1980 (1ª ed., 2ª tda.).
- *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, v. 3., Buenos Aires, Depalma, 1980 (1ª ed., 2ª tda.).
- ORTIZ YAGUEDDÚ, Roberto M., “El instrumento público”, en AA.VV. (Ateneo de Estudio e Investigaciones Científicas de Derecho Notarial y Registral), *Anuario 2004*, Corrientes, Moglia, 2005.
- PELOSI, Carlos, A., *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- PIETRO CASTRO FERNÁNDEZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964.
- PONDÉ, Eduardo B., *Tríptico notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1977.
- PONS, Jorge H., *Redargución de falsedad. Acción civil y querrela criminal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2005.
- SANTORO PASSARELLI, Francisco, *Doctrina general del derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964.
- UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO, *Memorias del cincuentenario 1948-1998*, Santa Fe de Bogotá, (s.e.), 1998.
- VALOTTA, Marcelo R., “Comentarios sobre jurisprudencia relativa a falsedades documentales, materiales, ideológicas, e impropia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Nº 10, 1968.
- VARELA, Bernardo C., *El concepto de documento en el artículo 292 del Código Penal argentino*, Córdoba, Lerner, 1964.
- VEGA VEGA, José A., *El documento jurídico y su electronificación*, Madrid, Reus, 2014.
- ZINNY, Mario A., *El acto notarial (dación de fe)*, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- ZUVILIVIA, Marina C., *El notario y la seguridad jurídica*, Santa Fe, Juris, 2008.

Unipersonalidad sobreviniente

¿Es exigible la subsanación de la sociedad?

María Cesaretti

RESUMEN

A la sociedad de responsabilidad limitada y a la sociedad colectiva que deviene unipersonal les corresponde la aplicación de las normas previstas en la sección IV del capítulo I de la Ley General de Sociedades. La subsanación del elemento tipificante se dará: 1) con la transferencia de la participación social que restablezca la pluralidad social, siendo suficiente publicidad de este hecho la inscripción de la mencionada transferencia, y 2) en el caso de la transformación en sociedad anónima unipersonal, con dicho procedimiento y su correspondiente inscripción en el registro público, no siendo necesario que de cumplimiento a otros trámites registrales.

PALABRAS CLAVE

Derecho societario; sección IV LGS; tipicidad social; irregularidad social; sociedad de responsabilidad limitada; SRL; sociedad colectiva; sociedad anónima unipersonal; SAU; unipersonalidad; subsanación; transformación; cesión.

Fechas de recepción y aceptación

14/11/2019 - 27/3/2020

Sumario: 1. Introducción. 2. Tipicidad e irregularidad. 3. Unipersonalidad. 4. Unipersonalidad sobreviniente. 5. ¿Resulta exigible el trámite de subsanación? 6. Bibliografía.

1. Introducción

La [Ley 26994](#), pese a lo [expresado por el legislador](#), ha traído consigo un importante cambio en la [Ley General de Sociedades](#) en cuanto a tipicidad, irregularidad, unipersonalidad y causales de disolución, aspectos que confluyen en la temática que buscamos abordar en el presente artículo.



2. Tipicidad e irregularidad

El régimen de la Ley 19550 previo a la reforma¹ preveía una férrea organización de las sociedades comerciales en relación a los tipos previstos por la ley. Es en función de esta organización en base a la tipicidad que la redacción previa a la reforma sancionaba con nulidad tanto la constitución de una sociedad que no respondiera a los tipos previstos como la introducción de elementos no compatibles con un tipo o perteneciente a un tipo social distinto.

La Ley 26994 ha introducido un profundo cambio en lo referido a la atipicidad, previendo en el nuevo artículo 17 que aquellas sociedades del capítulo II, es decir, las sociedades típicas, que omitan elementos esenciales tipificantes o que prevean en sus contratos sociales elementos incompatibles con el tipo social adoptado ya no serán sancionadas con la nulidad sino que se les aplicarán las previsiones de la sección IV, sin producir los efectos propios del tipo elegido. En conclusión, la LGS continúa previendo la tipicidad como un elemento característico de las sociedades. Sin embargo, ya no sanciona los vicios en referencia a los elementos tipificantes con la nulidad sino que remite a lo legislado en la sección IV.

Es de suma relevancia en este punto recordar las diferencias previstas por la ley antes de la reforma entre las sociedades atípicas, las sociedades irregulares y las sociedades de hecho con objeto comercial. Efectivamente, la Ley 19550, en su antigua redacción, establecía en su sección IV la regulación de las sociedades no constituidas regularmente, abarcando dichas previsiones las sociedades de hecho con un objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyeran regularmente. En este sentido, se entendía por sociedades irregulares aquellas sociedades que, constituidas conforme a uno de los tipos legales, no habían cumplido con la inscripción en el –entonces– registro público de comercio; inscripción, cuyo efecto, además del publicitario, era el de dotar de regularidad a la sociedad. Por su parte, se entendía por sociedades de hecho con objeto comercial aquellas sociedades que no surgían de un instrumento escrito sino, como su nombre lo indica, de relaciones de hecho.

A las sociedades mencionadas por la Ley 19550, previamente a la reforma, como no constituidas regularmente se les aplicaba un régimen particular, establecido en los artículos 21 a 26, a diferencia de las sociedades que adolecieran de defectos en sus elementos tipificantes, a las cuales la LSC fulminaba con la nulidad.

Como hemos mencionado, la reforma ha introducido un cambio trascendental en este aspecto, incluyendo las sociedades que no cumplan con los requisitos tipificantes en un mismo régimen que las sociedades no constituidas regularmente, entre otras.

1. Se la denominará como Ley de Sociedades Comerciales, o LSC, en oposición a la nueva denominación introducida por la Ley 26994, Ley General de Sociedades, o LGS.

3. Unipersonalidad

La LSC, en el artículo 1, era tajante en cuanto a la pluralidad de socios: no daba lugar a interpretaciones disimiles, no existía la posibilidad de una sociedad comercial con único socio, con la única excepción de las sociedades del Estado. En consonancia, el artículo 94, inciso 8º, les imponía la disolución a las sociedades que por cualquier motivo vieran reducido el número de sus socios a uno y que no lo subsanaran en un plazo de tres meses. La LGS trae consigo el artículo 1 con una modificación diametral en este sentido, previendo la constitución de una sociedad unipersonal como sociedad anónima.

La incorporación de la sociedad unipersonal no es una novedad. La misma se encontraba prevista en los proyectos de reforma² de los últimos treinta años, tanto en forma derivada como a partir de su constitución. Dicha incorporación en los proyectos legislativos respondió, lógicamente, a un avance doctrinario al respecto; avance que, sin dudas, ha dado lugar a muy acaloradas discusiones en cuanto a la conveniencia de su regulación como sociedad y las consecuencias de la limitación de la responsabilidad del empresario individual. En consonancia con dicha discusión, los mencionados proyectos regulaban con mayor o menor estrictez a las sociedades con un único socio.

4. Unipersonalidad sobreviniente

A los efectos del presente trabajo, es importante diferenciar la sociedad unipersonal originaria de la derivada, esto es, diferenciar aquella que es constituida como sociedad unipersonal de aquella que deviene unipersonal. Como hemos señalado, es claro el artículo 1 LGS cuando establece que la sociedad unipersonal solo podrá constituirse bajo el tipo de sociedad anónima. Queda, entonces, analizar qué destino les cabe a las sociedades de los restantes tipos que devengan unipersonales.

Para aquellas sociedades cuyos tipos requieren un doble elenco de socios (en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria), la propia ley ha establecido que, una vez transcurrido el plazo de tres meses sin haberse decidido otra solución, la sociedad se transformará de pleno derecho en una anónima unipersonal. Se plantea el interrogante en relación a la sociedad de responsabilidad limitada (SRL) y la sociedad colectiva (SC) cuyo elenco de socios se vea reducido a uno. Frente a esta cuestión, entendemos que existen cuatro posibles soluciones:

- a) Disolución.
- b) Posibilidad de continuar funcionando como SRL o SC unipersonal.
- c) Continuación del funcionamiento de la sociedad pero dentro del marco normativo de la sección IV.
- d) Transformación en sociedad anónima unipersonal (SAU) por voluntad del único socio.

En cuanto a la disolución, entendemos que esta no es una solución posible. Es claro el artículo 94 bis al establecer que no es causal de disolución la reducción a uno del

2. Proyectos de unificación de 1987, 1993 y 1998 y el Proyecto de Reformas a la LSC de Anaya-Bergel-Etcheverry.

número de socios. Aun cuando se entendiera que esa norma solo hace referencia a las sociedades que en ella se mencionan –postura que no compartimos–, es esclarecedor el hecho de que se haya eliminado dicha causal de disolución del artículo 94.

No se nos escapa que el Código Civil y Comercial (CCCN), en su parte general, en la sección 3ª sobre personas jurídicas, lo establece como causal de disolución, pero entendemos que en este caso la ley especial debe primar sobre la ley general, no siendo menor la intención del legislador, que ha removido de las causales del artículo 94 la prevista por el inciso 8 antes de la reforma.

En relación a la posibilidad de que la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada o colectiva puedan subsistir como tales de manera derivada, entendemos que no puede prosperar esta postura. La ley es clara al establecer en su nueva redacción del artículo 1 que solo pueden constituirse sociedades unipersonales bajo la forma de sociedad anónima. Basar esta postura en que la ley hace referencia a “la constitución” dando lugar a la posible unipersonalidad derivada es forzar la norma en un sentido que claramente no es el que tuvo en mente el legislador. Entonces, a nuestro entender, queda como única posible solución la inclusión de estas sociedades dentro de las previsiones de la sección IV; salvo que la sociedad opte dentro del plazo de los tres meses por transformarse en SAU o recomponer el elenco plural de socios.

Es imprescindible en este punto volver sobre lo mencionado al comienzo en relación a las sociedades incluidas dentro de dicha sección. Esto es, ya no se incluyen en dicha regulación únicamente las sociedades irregulares o de hecho, sino que encontramos también las sociedades en las cuales existan “elementos incompatibles con el tipo elegido”.³ Entendemos que ahí se encuentra la respuesta al interrogante planteado, ya que la SRL o SC que ha quedado integrada por un único socio cuenta con un elemento, la unipersonalidad, que resulta incompatible con el tipo elegido.

En conclusión, a la SRL o SC que deviene unipersonal le corresponde la aplicación de las normas previstas en la sección IV del capítulo I de la LGS. Esta postura es la que ha tomado la Inspección General de Justicia (art. 203 de su [Resolución General 7/2015](#)) y la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Mendoza (art. 52 de la Resolución 2400/2015). En dichas normas, se establece que a la sociedad que devenga unipersonal que no opte por transformarse en anónima unipersonal o por disolverse se la considerará bajo el régimen de responsabilidad establecido para las sociedades de la sección IV del capítulo I de la Ley 19550.

Otro interrogante que se plantea es el plazo que tiene la sociedad que deviene unipersonal para subsanar dicha situación antes de ser considerada dentro de las previsiones de la sección IV. Si bien ya hemos establecido que consideramos que no es aplicable el artículo 163 CCCN y que el plazo del artículo 94 bis LGS refiere únicamente a las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, entendemos que ante la falta de otro plazo específico deberá considerarse que tres meses es el intervalo de tiempo con el que cuenta la sociedad para reintegrar su elenco de socios o transformarse en SAU. Dicho criterio es el tomado por los registros públicos antes mencionados.

3. Art. 25 LGS.

En cuanto al funcionamiento de la sociedad, existiendo un contrato social, debemos remitirnos a lo establecido por los artículos 22 y 23 LGS. Por ello, en cuanto a la oponibilidad del contrato, a la representación, administración, organización y gobierno de la sociedad, les podrán ser opuestas a los terceros si se prueba que las conocían. Al tratarse de una sociedad que ha sido constituida conforme a uno de los tipos previstos por la ley y habiéndose inscripto en el registro público su constitución, no pareciera posible que un tercero alegare desconocimiento del contrato social.

En conclusión, la sociedad seguirá con su funcionamiento tal como lo tenía previsto, con la excepción de la responsabilidad del único socio, la que se regirá por lo dispuesto en el artículo 24 LGS.

5. ¿Resulta exigible el trámite de subsanación?

Entendemos que la cuestión práctica de mayor interés a resolver es la subsanación. Al respecto, se plantea el siguiente interrogante: una sociedad que ha dado cumplimiento con el artículo 7 de la Ley 19550, es decir, que como efecto de su inscripción ante el registro público ha obtenido su regularidad, ¿puede perderla?

Favier Dubois ha entendido que la regularidad adquirida lo es para siempre, esto es, que la sociedad una vez inscripta no puede ser irregular.⁴ En el mismo sentido la jurisprudencia ha entendido:

Así resulta, por lo demás, de lo dispuesto en el art. 7 de la misma ley, norma que, al establecer que la sociedad sólo se considerará regularmente constituida con su inscripción en el aludido registro, deja en claro que tal inscripción es condición necesaria y suficiente a esos efectos: cuanto ocurra con posterioridad podrá, en su caso, dar lugar a soluciones de otro tipo, pero no a la irregularidad de que aquí se trata, que sólo depende de ese registro.⁵

Entendemos que, como se ha planteado en este trabajo, se ha dado una modificación en todo el sistema de las sociedades comprendidas en la sección IV. Por ello, una sociedad puede ser considerada dentro de dicha sección más allá de la irregularidad y por situaciones que se produzcan con posterioridad a su constitución. Sin embargo, el motivo por el cual deviene en sociedad regulada por los artículos 21 a 25 de la Ley 19.550 no es irrelevante. No puede encontrarse en la misma situación aquella sociedad que nunca se ha registrado que aquella que, habiendo dado cumplimiento al artículo 7, se encuentra *a posteriori* dentro de las previsiones de la sección IV.

En relación a la subsanación, el artículo 25 establece que será necesaria únicamente la voluntad unánime de los socios. Sin embargo, nos encontramos que tanto la Inspección General de Justicia (art. 184 [RG 7/2015](#)) como la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires (art. 156 [Disposición General 45/2015](#)), en menor medida, establecen un mecanismo con mayores requisitos y mayor complejidad (balance,

4. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), *El registro público de comercio y las inscripciones societarias. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 134.

5. CNCom., Sala C, 4/6/2012, "Interchange & Transport International SRL s/ quiebra s/ incidente de apelación". [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SAJ; última consulta: 21/4/2020].

estado de situación patrimonial) para la inscripción de la subsanación de la sociedad incluida en la sección IV.

El requisito de la voluntad unánime (único socio) de subsanar la situación que ha hecho “caer” a la sociedad en la sección IV se encuentra plenamente cumplido con la cesión de parte de su participación social o la voluntad de transformarse en SAU. Esto nos enfrenta al interrogante de si, en el caso de realizarse dicha cesión de participación social (por la cual se recompondría el elenco de socios) o si se transformase adoptando el tipo SAU, una vez transcurridos los ya mencionados tres meses, será necesario dar cabal cumplimiento a los restantes requisitos o la cesión será suficiente para volver a la sociedad a su situación de tipicidad o el procedimiento de transformación subsume, en su caso, el de subsanación.

Arriesgamos una primera respuesta, aplicable únicamente a este supuesto de la sección IV. Existiendo un único socio y encontrándose la sociedad debidamente inscrita, la subsanación del elemento tipificante se dará:

- 1) con la transferencia de la participación social que restablezca la pluralidad social, siendo suficiente publicidad de este hecho, la inscripción de la mencionada transferencia; o
- 2) en el caso de la transformación en SAU, el cumplimiento de dicho procedimiento con su correspondiente inscripción en el registro público.

6. Bibliografía

FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.), *El registro público de comercio y las inscripciones societarias. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

Legislación:

Código Civil y Comercial.

Disposición General DPPJ Buenos Aires 45/2015.

Ley 26994.

Ley de Sociedades Comerciales (19550).

Ley General de Sociedades (19550).

Proyectos de unificación de la legislación civil y comercial de 1987, 1993 y 1998.

Proyecto de reformas a la Ley de Sociedades Comerciales de Anaya, Bergel y Etcheverry.

Resolución DPJ Mendoza 2400/2015.

Resolución General IGJ 7/2015.

Jurisprudencia:

CNCom., Sala C, 4/6/2012, “Interchange & Transport International SRL s/ quiebra s/ incidente de apelación”.

La normativa penal y la actuación notarial durante el aislamiento social preventivo y obligatorio

Rosana F. Gimeno

RESUMEN

Se analiza la responsabilidad del escribano durante el período de aislamiento, social, preventivo y obligatorio a la luz de la normativa vigente. Se intenta vincular los límites que pueden juzgarse impuestos a la actividad notarial y la sanción penal en caso de incumplimiento. Se pone de resalto, en cuanto a la delimitación de los otorgamientos que se encuentran autorizados, que en algunos aspectos no existe una postura unívoca, sumado ello a imprecisiones terminológicas entre las cuales se destaca el encuadre y conceptualización del término "fuerza mayor". Ante el incumplimiento conforme a lo expresamente normado, el notario sería pasible de incurrir en la comisión del delito del artículo 205 del Código Penal, entre otros. Dicha figura es del tipo de la norma penal en blanco, la que debe ser complementada por medida dictada por autoridad competente; sumado a ello, el encuadre de gran parte de la doctrina dentro de las controvertidas figuras de peligro abstracto. Análisis de ambas cuestiones en cada caso concreto en su posible contraposición con principios constitucionales y del derecho penal. El notario en la calificación del acto, en cuanto a la factibilidad de su otorgamiento, puede incurrir en un error, y ello es importante en la conceptualización delictiva de su accionar. A ello se suma la mención de artículos correlativos, como lo son el 202 y 207 del Código Penal, vinculados respectivamente con la propagación de la enfermedad y la pena accesoria de inhabilitación, y, en este último, caso su aplicabilidad o no en el caso de ser el sujeto activo un notario.

PALABRAS CLAVE

Salud pública; normativa constitucional; tratados internacionales; actividad notarial; fuerza mayor; derecho penal; norma penal en blanco; peligro; encuadre penal; error; denuncias penales; competencia.

Fechas de recepción y aceptación

23/4/2020 - 6/5/2020

Sumario: 1. Introducción. 1.1. Normativa. Actos ante los cuales el notario encuentra habilitado para actuar. 1.2. Concepto de fuerza mayor. Imprecisión terminológica. 1.3. Calificación del escribano. 2. El aspecto penal. 2.1. Delitos contra la salud pública. 2.2. Salud pública. Derecho fundamental con valor comunitario y dimensión social. Constitución Nacional y tratados internacionales. 2.3. Artículo 205 Código Penal. 2.4. Artículo 202 del Código Penal. 2.5. Error. 2.6. Obligación de denunciar. 2.7. Competencia para promover la persecución penal del delito. Ministerio Público Fiscal. 2.8. Artículo 207 del Código Penal. Inhabilitación. 3. Bibliografía.



1. Introducción

1.1. Normativa. Actos ante los cuales el notario se encuentra habilitado para actuar

Sabido es que el escribano, en el ejercicio de su función, puede ser pasible de sanciones de diversa naturaleza: disciplinaria, civil y penal. En este contexto, se considera de trascendencia el abordamiento del tema desde el ángulo penal a la luz de las normas dictadas ante la situación apremiante que rodea la sociedad y a los escribanos como uno de los engranajes puestos en actividad, en colaboración, principalmente como dadores de fe pública.

Conforme a la [Ley 27541](#), sancionada el 21 de diciembre de 2019,¹ se instauró en nuestro país la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, quedando delegadas en el Poder Ejecutivo Nacional facultades en los términos del artículo 76 de la [Carta Magna](#) por todo el año 2020. Apelando al uso de las atribuciones conferidas por el artículo 100, incisos 1 y 2, de la Constitución Nacional y por el artículo 6 del [Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020](#),² el jefe de Gabinete de Ministros, a través del artículo 1 de la [Decisión Administrativa 467/2020](#),³ amplió el listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, incorporando la actividad notarial cuando la misma se encuentre limitada exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de las actividades y servicios de que da cuenta la precitada normativa u otra que pudiera en el futuro ampliar el listado de actividades y servicios esenciales, debiéndose otorgar los actos notariales del caso solo con la intervención de las personas indispensables para ello, evitando todo tipo de reuniones. El artículo 6 de dicha norma (en adelante, “DA 467/20”) dispuso:

En caso de incumplimiento de lo dispuesto en la presente por parte de las escribanas y de los escribanos intervinientes en los actos de que se trata, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto N° 297/20.

Del tenor del último artículo al que se hace remisión (art. 4 [DNU 297/2020](#)) emerge:

Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.

Anteriormente, el presidente de la Nación había firmado, el 12 de marzo de 2020, el [Decreto de Necesidad y Urgencia 260/2020](#),⁴ que amplió la emergencia sanitaria y dispuso la adopción de nuevas medidas para contener la propagación del nuevo coronavirus. Las medidas se dictaron con el fin de mitigar su propagación e impacto sanitario ya que, el día 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS)

1. Boletín Oficial N° 34268, del 23/12/2019.

2. Boletín Oficial N° 34334, del 20/3/2020.

3. Boletín Oficial N° 34350, del 7/4/2020.

4. Boletín Oficial N° 34327, del 12/3/2020.

declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia. Además, se constituyó en nuestro país además la Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional, coordinada por el jefe de Gabinete de Ministros e integrada por las áreas pertinentes del Ministerio de Salud de la Nación, y de los de las demás jurisdicciones, y entidades que tengan competencia en la materia.

Si se lee aisladamente el tenor del primer artículo de la DA 467/20, surgiría que el notario, además de los supuestos que indica el artículo 2 de dicha disposición, solo podría actuar circunscripto a posibilitar el cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales.⁵ Ello no es así y, en tal sentido, se sostiene uniformemente y de manera indubitable en el ámbito notarial, pues debe entenderse que esta normativa complementa otra que es anterior y sigue vigente, a saber, lo normado por el artículo 6 inciso 6 del DNU 297/20, que incluye entre los supuestos en los cuales el notario puede actuar los casos en que se evidencie una situación de fuerza mayor, siendo esta la correcta y única interpretación armónica entre la DA y el DNU.

Otros dos aspectos que, desde ya, también deben remarcar, y en los que también existe consenso, es que no se encuentra limitada la categoría de actos notariales que pueden autorizarse, y, asimismo, otro aspecto que considero de trascendente importancia, al momento de calificar la factibilidad del otorgamiento notarial, apunta a que no hay norma que indique que la intervención notarial solo sería admisible en caso de ser la única vía para colmar la aspiración del requirente.⁶

1.2. Concepto de fuerza mayor. Imprecisión terminológica

El Código Civil y Comercial (CCCN) legisla el caso fortuito y la fuerza mayor en el artículo 1730:

Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos.

Para que sea procedente esta causal eximente de responsabilidad, deben reunirse tres requisitos conforme a lo que sostienen contestes la doctrina y la jurisprudencia: imprevisibilidad, ajenidad e inevitabilidad.

5. Decisión Administrativa 467/2020: “ARTÍCULO 1º. Ampliase el listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, en los términos previstos en el Decreto N° 297/20, incorporándose a la actividad notarial, cuando la misma se encuentre limitada exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de las actividades y servicios de que da cuenta la precitada normativa u otra que pudiera en el futuro ampliar el listado de actividades y servicios esenciales, debiéndose otorgar los actos notariales del caso sólo con la intervención de las personas indispensables para ello, evitando todo tipo de reuniones. ARTÍCULO 2º. Todo requerimiento de servicio notarial, tendiente a evitar el traslado o circulación de personas consideradas de riesgo por la normativa vigente, efectuado por los titulares y las titulares de un beneficio de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL para el cobro de Jubilaciones, Pensiones, Asignación Universal por Hijo, Asignación Universal por Embarazo, Ingreso Familiar de Emergencia o beneficio similar que se dictare en el futuro será otorgado en forma gratuita”.

6. ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, (dictamen sobre la Decisión Administrativa 467/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación), Buenos Aires, [s.e.], 2020, §18.

Hay caso fortuito o de fuerza mayor cuando un hecho imprevisible o inevitable, ajeno al presunto responsable, viene a constituirse en la verdadera causa adecuada del daño y desplaza la conducta del agente. En tal caso, el sindicado como responsable se exime totalmente de responsabilidad. De hecho, el hecho de la víctima y el de un tercero por quien no se debe responder únicamente exoneran si reúnen las notas tipificantes del caso fortuito. Al igual de lo que ocurría con los arts. 513 y 514 CC, el art. 1730 CCyC trata al caso fortuito y a la fuerza mayor como sinónimos, por lo que ambos tienen los mismos efectos. En ambos supuestos se está haciendo referencia a la misma cosa: un hecho que, por resultar imprevisible o inevitable, fractura totalmente la cadena causal y se constituye en la verdadera causa adecuada de los daños sufridos por la víctima. En tanto se reúnen tales caracteres, poco importa si la eximente es consecuencia de un hecho de la naturaleza (terremoto, inundación, etc.) o de acciones humanas ajenas al demandado, y que este no puede impedir (hecho del príncipe, etc.). El caso fortuito o fuerza mayor presenta como caracteres la imprevisibilidad, la inevitabilidad y la ajenidad. El primero de ellos (imprevisibilidad) debe evaluarse teniendo en cuenta no lo que efectivamente previó el agente en el caso concreto, sino lo que podría haber previsto un hombre medio que estuviera en conocimiento de las circunstancias del caso (estándar de la causalidad adecuada). En cuanto a la inevitabilidad, es claro que si un hecho no ha podido preverse, entonces tampoco pudo evitarse, por lo que el hecho imprevisible es, lógicamente, también inevitable. Sin embargo, cuando el hecho ha sido previsto, se constituirá como caso fortuito o fuerza mayor en tanto y en cuanto constituya un obstáculo invencible [...] En cuanto a sus efectos, es importante poner de resalto que el Código establece que, salvo disposición legal en contrario, el caso fortuito “exime de responsabilidad”, lo cual deja ver bien a las claras que siempre que existe un caso fortuito la exoneración es total.⁷

En este punto, cabe el interrogante respecto de si la situación actual ante la pandemia puede encuadrarse en los términos del artículo citado del CCCN.

La Academia Nacional del Notariado ha expresado al respecto que “lo que encuadra como caso fortuito en el concepto legal es la pandemia en sí misma. Es este el hecho no previsto, el que no pudo ser evitado”.⁸

Barbieri, pronunciándose en el mismo sentido analiza:

Por una parte, se ha tratado de una situación imprevisible, de relevancia global, que ha excedido todas las posibles medidas de prevención de su contagio. Seguidamente, queda sin dudas acreditada la ajenidad, es decir, la falta de intervención de cualquier persona – humana o jurídica– [...] Y, finalmente, no puede dudarse acerca de su inevitabilidad. Más allá del acierto de las medidas adoptadas, es una situación absolutamente imprevisible. Cierto es, también, que la interpretación jurisprudencial será, finalmente, la que fije los límites de la aplicación de esta causal. Vale la pena destacar, finalmente, que, en estos tiempos, es la prudencia la que debe guiar las interpretaciones de las normas jurídicas en juego. Y que, asimismo, debemos tener en cuenta los marcos que vayan fijando cada una de las disposiciones que el Poder Público dicte en el ejercicio de sus funciones.⁹

7. PICASSO, Sebastián y SAÉNZ, Luis R. J., [comentario al art. 1730], en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* [online], t. 4, Buenos Aires, Infojus, 2015, pp. 435-436. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SAIJ; última consulta: 6/5/2020].

8. ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, ob. cit. (cfr. nota 6), §21.

9. BARBIERI, Pablo C., “La pandemia como caso fortuito o fuerza mayor” [online], en SAIJ, 25/3/2020, id.: DACF200035.

Volviendo al entendimiento del término fuerza mayor emergente de la norma del artículo 6 inciso 6 del DNU 297/20, se ha sostenido:

... debe ser interpretado como el acto que viene a satisfacer una necesidad impostergable del requirente o de un tercero de modo que la no prestación del servicio notarial genere un daño mayor. Desde esta perspectiva, es esencial la noción de impostergabilidad. Todo aquel acto que sin generar un daño mayor, pueda postergarse esta excluido de la autorización de la DA y por tanto no puede ser atendido.¹⁰

Considero importante indicar al respecto que, en una comunicación del gobierno relativa a los certificados que deben obtener las personas que deban atender una situación de fuerza mayor, surge que “se entiende por situación de fuerza mayor a eventos contingentes, impostergables, y extraordinarios”, aclarando que “en todos los casos servirá acreditar la urgencia con la mayor cantidad de documentación posible”.¹¹

Zavala expresa al respecto:

El concepto que impera en la normativa recientemente sancionada, decretada o decidida –según cada caso– alcanza una acepción significativamente superadora. Refiere a una realidad –que excede lo jurídico– aquejada por un fenómeno extraordinario ocasionado por un virus [...] cuyas cepas que lo conforman aún tratan de decifrarse, que registra un avance constante intenso e inevitable hasta el momento y donde la afección que ocasiona a la salud de la persona humana es de alto impacto [...] Múltiples son las situaciones que resultan de este contraste normativo, para lo cual corresponde priorizar las situaciones jurídicas resultantes y los derechos humanos fundamentales. El punto de inflexión imperante es preservar el derecho a la vida a la salud y la seguridad de la persona humana [...] De una interpretación integral del ordenamiento jurídico (art.2º Cod. Civ. y Com.), considerando en particular los tratados sobre derechos humanos, la finalidad de la actuación y la fuerza mayor imperante [...] El escribano se encuentra habilitado para [...] activar su labor fedante y prestar su ministerio Esta competencia material se basa en la situación de fuerza mayor que aqueja al requirente y que demanda necesariamente el otorgamiento de un instrumento público con carácter impostergable.¹²

1.3. Calificación del escribano

Corresponde poner en alerta la aplicación de una punición de extrema, cual es la penal, ante una delineación que amerita mucha casuística y desprotege al notario ante principios básicos del derecho punitivo en un punto donde, adelanto espero, el sentido común sea el núcleo de análisis judicial en cada caso.

En la calificación del acto, el notario podría apreciar la factibilidad de su intervención ante las circunstancias puntuales de la situación para la cual se requiere. El juicio de valor en el caso en particular puede ser sustentado por dicho profesional válidamente desde distintos ángulos jurídicos y fácticos, otorgándole prioridad a

10. ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, ob. cit. (cfr. nota 6), §22. (El destacado me pertenece).

11. MINISTERIO DE SALUD, “Excepciones al aislamiento y permisos de circulación” [online], [s. e.], 2020. [Última consulta: 5/5/2020].

12. ZAVALA, Gastón A., “La actuación notarial en época de pandemia”, en *La Ley On Line*, Buenos Aires, La Ley, AR/DOC/1169/2020.

derechos también de constitucional envergadura sopesados por el notario con la mejor de las intenciones.

El quehacer notarial tiene particularidades propias, los tiempos de la prestación, el grado de impostergabilidad, la soledad en la resolución del encuadre del caso, los distintos conceptos sobre la figura de fuerza mayor, etc. El notario escribano califica

... no solamente de manera objetiva la vinculación del requirente con alguna de las actividades y servicios, sino, además, que el acto requerido tiene por fin el cumplimiento de las mismas (es decir, una suerte de nexo subjetivo). Esto último implica ponderar no solamente la causa-fin del acto jurídico, sino, según las circunstancias, la causa “subjetiva” o, mejor, “motivos” del mismo (artículos 281 y 267, inciso ‘d’, del CCyCN).¹³

La normativa no estableció el carácter esencial del servicio notarial en términos generales, ante lo cual el otorgamiento puede ser objetado y la conducta del escribano considerada delictiva ante el juzgamiento de un tribunal o magistrado penal, en aspectos opinables y difusos. En este punto, merece que nos preguntemos cuál es la apreciación correcta de la impostergabilidad, qué daño se le causa al requirente si el servicio notarial no se presta, cuál es la magnitud del mismo a la luz de sus particulares circunstancias y teniendo presente que la pandemia misma es encuadrable en un caso de fuerza mayor, tal como lo refiriéramos. Lo antes dicho más la subjetividad personal en la toma de opinión de un notario, y siempre dentro de la buena fe, ponen en una situación de tensión el servicio que el notariado está dispuesto a realizar en colaboración con el bien común y la imprecisión de los límites posibles de su actuación en muchos supuestos.

De más está decir que los documentos notariales autorizados durante el tiempo de aislamiento social preventivo y obligatorio, aun cuando no reúnan las pautas reglamentarias impuestas, omitan indicar la referencia normativa o los motivos que justificaron la aceptación del requerimiento y la autorización del acto, son válidos y eficaces si cumplen con los requisitos formales impuestos por la normativa de fondo.

Luego del análisis efectuado, corresponde ingresar al tratamiento del aspecto penal.

2. El aspecto penal

2.1. Delitos contra la salud pública

Se regulan los delitos contra la salud pública en el capítulo IV, en los artículos que van desde el 200 al 208, del [Código Penal](#), dentro del título VII, que trata los delitos contra la seguridad pública.

Soler enseña que:

... para la existencia de un delito de este tipo es indispensable la existencia de un peligro común para las personas, un peligro indeterminado, y tal existencia es suficiente, en consecuencia para la caracterización del hecho, pues lo que es sólo un peligro mirado desde cierto punto de vista es ya una lesión, considerado en relación con la seguridad, la

13. ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, ob. cit. (cfr. nota 6), §17.

cual resulta efectivamente disminuida por la sola existencia de la indefinida posibilidad de daños.¹⁴

Por su misma naturaleza, el bien jurídico de la seguridad se vincula muy estrechamente con la idea de peligro común.¹⁵

Mientras un hecho solamente se manifiesta bajo la forma de lesión a un derecho singular de una persona o su propiedad, no puede hablarse de delito contra la seguridad. Esta última está lesionada solamente cuando se crea peligro común, o bien en la medida en que una lesión inferida contiene en potencia peligros ulteriores, o bien en la medida en que la lesión descubre los peligros preexistentes [...] sin esa potencialidad o sin ese significado sintomático los hechos no pueden entrar, en general, en esta categoría.¹⁶

Es importante el papel desempeñado por el bien jurídico tutelado a objeto de individualizar adecuadamente la figura y caracterizarla de modo correcto.

El artículo 205 del *Código Penal* (CP) expresa:

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

El bien jurídico protegido es la salud pública que se afecta con la epidemia.¹⁷ Boumpadre remarca

... que la salud pública constituye un interés supra individual, de titularidad colectiva y de naturaleza difusa, aunque [...] complementaria de la salud individual de cada persona por ser susceptible de fragmentarse en situaciones subjetivas que lo integran.¹⁸

2.2. Salud pública. Derecho fundamental con valor comunitario y dimensión social. Constitución Nacional y tratados internacionales

La salud pública es entendida como un valor comunitario con sentido de dimensión social, que apunta no a la salud individual sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de todas las personas en general e indeterminadamente; la protección del estado sanitario de la comunidad.

Es un bien jurídico de suma trascendencia porque hace a la seguridad y mantenimiento de la propia sociedad y su desarrollo. Constituye uno de los derechos humanos fundamentales, que son aquellos que existen con anterioridad a la sociedad

14. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. 4, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1983, p. 553.

15. SUÁREZ, Paulo I., "La tutela de la salud pública en el Código Penal Argentino. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido por los arts. 202 y 203 del Código Penal" [[online](#)], en *microjuris*, 2/4/2020, MJ-DOC-15246-AR | MJDI15246. [Última consulta: 5/5/2020].

16. Ídem. El autor cita a SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. 4, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1992, p. 649.

17. Conf. Núñez, Creus, Donna, Molinario.

18. PÉREZ DUDIUK, Godofredo H., "Delitos contra la salud pública. Propagación de enfermedad" [[online](#)], en SAJJ, 16/3/2020, id.: DACF200044. [Última consulta: 5/5/2020]. El autor cita a BUOMPADRE, Jorge E. y Creus, CARLOS, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2009 (3ª ed. ampl. y act.), p. 527.

y al Estado, ya que corresponden a la persona humana por su condición de tal y por el solo hecho de serlo.

La protección de la vida y de la integridad de la persona humana, desplazada de la órbita de los derechos individuales y en el marco de los derechos sociales y colectivos, se enfatizó a partir de la reforma del texto constitucional de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, afianzando la supremacía de la persona (Galdós, Jorge Mario, *La Ley*, 2008) [...] El derecho a la salud en el texto constitucional no se encuentra sistematizado, pero la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales han suplido esa falencia ampliamente reconociéndolo como derecho fundamental [...] La salud se encuentra insita en el concepto de bienestar general al que hace mención nuestra Constitución Nacional (CN), más aún es un parámetro del bienestar y [...] es un bien social, público y colectivo y un corolario del derecho a la vida [...] la expresión desarrollo humano, contenida en el inciso 19 del artículo 75 de la CN [...] sólo será posible a través de la protección efectiva del derecho a la salud.¹⁹

En algunos documentos internacionales no se hace una mención específica y literal sobre el derecho a la salud.²⁰ Así, la [Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica \(1969\)](#), aunque su artículo 4º establece: “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”; y el [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) (Nueva York, 1966), aunque su artículo 6 dice que el derecho a la vida es inherente a la persona humana.²¹

Por su parte, la [Declaración Universal de los Derechos Humanos](#) (París, 1948), en su artículo 25, párrafo 1º, expresamente establece que toda persona tiene derecho a la salud. Así también, la [Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre](#) (Bogotá, 1948), en el artículo 11, indica que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada.²²

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966) es el

... que contiene las previsiones más completas y de mayor alcance sobre el derecho a la salud dentro del sistema internacional de los derechos humanos, entendiendo por salud conforme la Organización Mundial de la Salud (OMS), como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad.²³

2.3. Artículo 205 Código Penal

En primer término no puedo dejar de resaltar que el delito normado en el artículo 205 CP resulta de infrecuente tratamiento y aplicación, por lo cual la labor de los juristas debe

19. DONATO, Nora A., “Derecho a la salud” [online], en Argentina.gob.ar, marzo 2017. [Última consulta: 5/5/2020]. La autora cita a GALDÓS, Jorge M., “La salud y los bienes sociales constitucionales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 19/3/2008 (t. 2008-B).

20. Ídem.

21. Ídem.

22. Ídem.

23. Ídem.

redoblarse a la luz de las nuevas circunstancias en las cuales corresponde su análisis. “Por supuesto que el bien jurídico protegido [...] no ofrece aquí duda alguna: directamente se protege la salud pública, que es a la que ataca la epidemia”.²⁴

El término *epidemia* puede conceptuarse como la propagación en una población de una enfermedad transmisible de una persona a otra o de animales o vegetales a las personas,²⁵ considerando Nuñez que no importa el grado de su peligrosidad.²⁶

Soler pone de resalto que debe tratarse de epidemias que afecten al hombre, según se deduce de la comparación con el artículo 206, aunque las medidas pueden referirse a animales portadores de gérmenes; en este punto, también coincide Fontán Balestra.

En nuestra situación actual, se define *pandemia* como la propagación mundial de una nueva enfermedad.

2.3.1. Norma penal en blanco

La norma en análisis es de naturaleza sanitaria y constituye un supuesto de las llamadas leyes penales en blanco. A estas se las define como aquellas que establecen una pena para una conducta que resulta individualizada en otra ley. Deben ser completadas con una disposición de autoridad competente, impuesta para actuar frente a una epidemia (decreto, resolución de un ministerio, de una provincia, de un municipio, y hasta de un organismo encargado específicamente). Solo contienen una conducta genéricamente mencionada en el tipo, lo que requiere necesariamente para especificarla y determinarla remitirse a las normas o medidas que dicte la autoridad competente, medidas que deben ser obligatorias sea que ellas impongan una acción o una omisión.

Medidas “son los mandatos o prohibiciones de carácter general o particular tendientes a evitar que se produzca o se extienda una epidemia”.²⁷ Es decir que para concretar el mandato o la prohibición, es necesario remitirse a otra norma. De ello surge que es de suma importancia que estas normas

... cumplan con los requisitos de máxima precisión y descripción de las conductas prohibidas y mandatos, **para no afectar el principio de legalidad y conformar la garantía del tipo** (en Alemania se habla de la cláusula de remisión inversa).²⁸

La ley penal, de conformidad con el mandato constitucional, debe ser dictada por el Congreso (art. 75 inc. 12 CN). Desde tal ángulo, la delegación podría ser cuestionada por alguna interpretación, frente a otra que se inclina por la razonabilidad de los actos de gobierno ante el estado de necesidad y emergencia sanitaria que vivimos, que requiere una intervención inmediata y la necesidad de ir adecuándose a las variantes de la realidad, ante lo cual se concluiría que nos encontramos dentro de las facultades reglamentarias del Ejecutivo, calificada como justificada y procedente.²⁹

24. BUOMPADRE, Jorge E. y CREUS, Carlos, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2009 (3ª ed. ampl. y act.), p. 96.

25. Conf. Nuñez, Donna, Creus.

26. NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de derecho penal*, t. 5, v. 1, Córdoba, Lerner, 1988, p. 153.

27. Ídem, p. 153.

28. PÉREZ DUDIUK, Godofredo H., ob. cit. (cfr. nota 18). El destacado es nuestro.

29. Ídem.

Núñez afirma que está al margen de la competencia judicial el examen del motivo, oportunidad o bondad de la medida,³⁰ afirmación que no es compartida por Donna, quien sostiene:

... no es del todo cierta esta opinión, porque la racionalidad de la medida es siempre controlable por lo menos en su afectación al bien jurídico protegido y al efecto del delito.³¹

Zanazzi, por su parte, resalta que

A menudo la doctrina critica la inclinación que tiene el legislador a procurar solucionar cuestiones administrativas con una herramienta tan sensible como la penal...³²

En este enfoque, el artículo 205 sería un ejemplo de ello y formaría “parte de las numerosas disposiciones que conforman esta suerte de administrativización del derecho penal”.³³

2.3.2. Significado de los términos introducir y propagar

Debe entenderse por *introducir* a la posibilidad de que se produzca el ingreso en el territorio sometido al control estatal de una enfermedad contagiosa que pueda afectar a un número indeterminado de personas, en tanto en cuanto son las autoridades estatales las que tienen la responsabilidad de asegurar que no se vea afectada la salud pública. *Propagar* refiere a que la epidemia se extienda de modo tal de que puedan resultar afectadas un mayor número de personas o que la enfermedad contagiosa se expanda a lugares que no se encuentran afectados. Nuestra ley es muy amplia respecto a la acción en que el delito consiste.

2.3.3. Delito doloso

“Subjetivamente el hecho debe ser doloso. El dolo se apoya sobre el conocimiento de la existencia de la medida”.³⁴ El dolo se referiría al conocimiento de la existencia de la norma, debiendo el autor conocer la medida y su obligatorio cumplimiento y obrar con voluntad de no acatarla. Se consuma con la realización del acto prohibido o la omisión del ordenado.³⁵

La conducta típica es la de violar, que aquí tiene el sentido de desobedecer lo mandado, de no cumplimiento de lo dispuesto. La acción típica, por tanto, puede perpetrarse ejecutando un acto prohibido o no realizando el acto mandado por autoridad.³⁶

30. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit. (cfr. nota 26), p. 153.

31. DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte especial*, t. II-C, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2013, p. 249.

32. ZANAZZI, Sebastián, “Violación de medidas contra epidemias” [online], en *Revista Pensamiento Penal*, Asociación Pensamiento Penal, 26/11/2013. [Última consulta: 5/5/2020].

33. Ídem. (El autor cita a RAFECAS, Daniel E., MIÑO, Luis F. y MARTÍNEZ, Stella M., *Delitos contra la libertad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010 [2ª ed.], p. 139).

34. SOLER, Sebastián, ob. cit. (cfr. nota 14), t. 4, p. 579.

35. PÉREZ DUDIUK, Godofredo H., ob. cit. (cfr. nota 18).

36. BUOMPADRE, Jorge E. y CREUS, Carlos, ob. cit. (cfr. nota 24), p. 96

2.3.4. Figura de peligro. Posturas. Peligro abstracto o concreto

La doctrina tradicional coincide en que se trata de un delito de peligro abstracto, que no requiere un resultado, ni que efectivamente se haya producido el peligro de la introducción o propagación de la epidemia, ni afectado a ninguna persona.³⁷

Buompadre sostiene que, por la propia estructura del tipo y su relación con el bien jurídico, se trata de una figura de peligro abstracto, ya que

... se relaciona con el incumplimiento de medidas destinadas a impedir la introducción, es decir que no se cree un riesgo para la salud, o de propagar la epidemia [...] [lo que] indica aumentar un riesgo cierto y presente, basándose en las estadísticas que tiene como fundamento las medidas adoptadas para resguardar la salud pública.³⁸

Creus sostiene que

... el delito se consuma con la realización del acto prohibido o con la omisión del mandato [...] es delito de peligro abstracto que no exige resultado alguno, ni siquiera que se haya corrido efectivamente el peligro de introducción o propagación de la epidemia.³⁹

Roxin interpreta que estos delitos

... son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal (constituyendo la estadística del peligro que genera la conducta, el fundamento del legislador), sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro, es decir el peligro no debe ser probado, el mismo se presume por la ley (Kindhauser), ya que la lesión del bien jurídico no es “punto de referencia” ni para el reproche de injusto ni para el de culpabilidad.⁴⁰

Otra posición considera que se trata de un delito de peligro concreto, a fin de no caer en un derecho penal formal y administrativo; para ser típica, la conducta requerirá que la violación a la norma del Estado haya traído como consecuencia la introducción o propagación de una epidemia o, por lo menos, el riesgo concreto de que ello ocurra. En tal sentido, Donna sostiene que “es un delito de peligro concreto [...] que requiere la prueba del peligro para el bien jurídico en el caso particular”.⁴¹ Y sostiene que, en el fondo, se trataría de una mera desobediencia a las órdenes de las autoridades competentes que, dado el interés social de evitar una epidemia, recibe un castigo penal especial.⁴² La desobediencia deviene en una cuestión vacía cuando se prueba la falta de peligro para el bien jurídico.

Zanazzi aprecia que

... para que en la práctica el derecho penal no pierda su naturaleza de última ratio resulta indispensable que en el caso concreto la violación a la norma conlleve un peligro concreto

37. Creus, Fontán Balestra, Núñez, Soler, entre otros.

38. PÉREZ DUDIUK, Godofredo H., ob. cit. (cfr. nota 18), p. 97

39. BUOMPADRE, Jorge E. y CREUS, Carlos, ob. cit. (cfr. nota 24).

40. PÉREZ DUDIUK, Godofredo H., ob. cit. (cfr. nota 18). (El autor cita a ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, Buenos Aires, Marcial Pons, 7ª ed.).

41. Ídem.

42. DONNA, Edgardo A., ob. cit. (cfr. nota 31), p. 248.

al bien que tutela la norma (salud pública), para satisfacer un derecho penal respetuoso del principio de lesividad (artículo 19 de la Constitución Nacional) por el cual ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo, y la voluntad del estado no es un bien jurídico.⁴³

Así expuesto emerge que parte de la doctrina “critica la inclinación que tiene el legislador a procurar solucionar cuestiones administrativas con una herramienta tan sensible como la penal”,⁴⁴ y, en el caso particular del artículo 205 CP, considera

... indispensable que la violación a la normativa conlleve la introducción o propagación de una epidemia o, al menos, el riesgo concreto de que ello suceda. El bien jurídico ofendido demanda lesión o puesta en peligro de la salud pública y no una mera desobediencia al estado.⁴⁵

Si en el caso en cuestión no se verifica y acredita que la transgresión a la norma ha causado una afectación a la salud o, al menos, el riesgo concreto de que ello suceda, “se tratará de una infracción administrativa”.⁴⁶

Por su parte, Molinario y Aguirre Obarrio señalan que, en el fondo, se trata de un delito de desobediencia, que se agrava por sus serias circunstancias. Aclaran estos autores que si las medidas son arbitrarias si no están finalísticamente encaminadas a combatir la epidemia, este delito no se configurará.⁴⁷

Es muy rico el análisis relativo a los delitos de peligro ya que, como adelantamos, casi toda la dogmática sostiene, o coincide en sostener, que la característica esencial de los delitos de peligro es el adelantamiento, la anticipación de la punibilidad. Y la médula, el contenido de dichos delitos son conductas que tienen la posibilidad de poner en peligro bienes jurídicos; es decir, conductas que *prima facie* no tienen un contenido propio de injusto.

Dicha categoría traerá siempre aparejada la discusión sobre la afectación del **principio de máxima taxatividad**, que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier límite de prohibición convirtiendo en difuso y arbitrario el límite estricto del tipo penal, si esto no pasara y hay abstracción o vaguedad en las acciones típicas o desproporción en la escala penal, **se podría afectar el principio de legalidad o el de proporcionalidad**.⁴⁸

Para terminar con este punto, remarcamos la crítica que se efectúa a los delitos de peligro abstracto, que, a juicio de algunos doctrinarios, siempre es provisoria y, lo que es más grave, sin una solución que coincida con los principios fundamentales del derecho penal.⁴⁹

43. ZANAZZI, Sebastián, ob. cit. (cfr. nota 32), p. 4.

44. Ídem, p. 3

45. Ídem, p. 4.

46. Ibídem.

47. AGUIRRE OBARRIO, Eduardo y MOLINARIO, Alfredo J., *Los delitos*, t. 3, Buenos Aires, TEA, p. 133.

48. PÉREZ DUDIUK, Godofredo H., ob. cit. (cfr. nota 18).

49. DONNA, Edgardo A., ob. cit. (cfr. nota 31), p. 24.

Estos delitos han sido cuestionados, afirmándose que

... hacen retroceder al derecho penal en sus fundamentos básicos [...] sin embargo, tanto los legisladores como la jurisprudencia no han escuchado estas voces y han aceptado esta categoría de delitos, sin hacer reflexión crítica alguna. Ha primado, como se puede entender, la prevención general sobre los principios constitucionales de inocencia y culpabilidad [...] el fundamento de la crítica se estructura fundamentalmente en dos frentes. El primero es que debido a las consecuencias de la generalización *ex ante* que hace el legislador, no permite garantizar la justicia individual. Y así se sostiene que un caso que se analiza dentro de “lo general” como peligrosos y que en base a ello se lo declara punible, como delito de peligro abstracto, podría tratarse en determinadas circunstancias de un hecho totalmente no peligroso que termina siendo castigado casi exclusivamente por razones de prevención. El segundo es que los delitos de peligro abstracto se contraponen al peligro de culpabilidad en el caso concreto debido a que es difícil hacer cualquier tipo de imputación subjetiva.⁵⁰

Se ha propuesto admitir la inofensividad de manera que si en el caso concreto no había peligro alguno para el bien jurídico no habría imputación posible. Esa posición afirma que se debe admitir la prueba de que, en el caso concreto, no se había dado el peligro al bien jurídico, y, por ende, la idea fundamental está en que en los delitos de peligro abstracto solo se da una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* de la existencia del peligro.⁵¹

2.4. Artículo 202 del Código Penal

Considero adecuado, al mencionar el DNU 267/20 los artículos 205 y concordantes CP, hacer una breve mención a la norma del artículo 202 de dicho cuerpo legal: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”.

La acción típica en este caso es propagar, es decir, difundir, transmitir, traspasar, etc., con carácter general. Ello significa en forma indeterminada, pero debe tratarse de una enfermedad peligrosa y, además, con capacidad de contagio a los seres humanos. El sujeto activo puede ser cualquier persona.

Propagar es hacer posible el contagio a un número indeterminado de personas,⁵² pero no consiste en contagiarlas. Propaga el que, por actos idóneos para transmitir la enfermedad o mediante la difusión de gérmenes patógenos, crea el peligro de que la enfermedad se disemine.⁵³

Para algunos autores, es necesario que, por lo menos, se haya enfermado alguien; se trata de una figura de peligro construida sobre la base de un daño. Sostienen que no es necesario el contagio de la enfermedad, y ello se vincula con el carácter del delito de peligro y su relación con el riesgo sobre el bien jurídico protegido.⁵⁴ Para otros, requiere

50. *Ibidem*. Ver ROXIN, Claus, *Parte general*, t. 1, Madrid, Civitas, 2014, núm. 102/121.

51. DONNA, Edgardo A., *ob. cit.* (cfr. nota 31).

52. ODERIGO, Mario A., *Código Penal anotado*, Buenos Aires, Depalma, p. 282.

53. NÚÑEZ, Ricardo C., *ob. cit.* (cfr. nota 26), p. 122.

54. *Ibidem*.

una multiplicidad de afectados con posibilidad de que otras personas lo sean.⁵⁵ Una tercera postura sostiene que no es necesario que se enfermen ni varias ni una persona, ya que lo que se reprime es el diseminar o esparcir la enfermedad que padece el autor o que existe en los gérmenes; es decir que para otros autores es un delito de peligro pero no de un peligro construido sobre la base de un daño.⁵⁶

Fontán Balestra indica que no admite tentativa.⁵⁷

En resumen, si de la violación del aislamiento obligatorio derivara la propagación de la enfermedad, es decir, la dispersión o circulación del virus –aun cuando no se contagie a nadie–, se estaría cometiendo el delito previsto en el artículo 202 CP.

¿Qué sucedería si se produce el contagio de otra persona y, como consecuencia, muere? Este delito no contiene agravantes, y, en su caso, el juez tendrá que evaluar y aplicar la pena de acuerdo a la escala penal del artículo, en función de las reglas concursales (art. 55 CP).

2.5. Error

Volviendo al delito del artículo 205, como ya se adelantara, es doloso en tanto en cuanto requiere el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo completados por la normativa a la que se remite mediante el incumplimiento del mandato (omisión) o la violación de la prohibición (acción).⁵⁸ Es de destacar que puede sostenerse que excluye el dolo el error acerca del alcance y el fin de la medida, así como acerca de la competencia de la autoridad que la dispuso o la creencia equivocada en una colisión de deberes y facultades.⁵⁹

En este punto, nos colocamos en diversas situaciones que en el ejercicio notarial pueden traer el sostener disímiles argumentos jurídicos y posiciones, a saber, entre otros, sobre el encuadre de la situación en el ámbito de la fuerza mayor o la inclusión del supuesto en el artículo 1 de la DA 467/20, la que se encontraría limitada exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de las actividades y servicios de que da cuenta la normativa u otra que en el futuro se dicte. Recordamos que el delito requiere un obrar doloso intencional y la voluntad de cometerlo, con conocimiento de los elementos del delito. Pero, ¿qué sucede si el sujeto está en error sobre alguno de estos elementos?

Buompadre explica:

El derecho tiene una solución para estos, casos desde una doble perspectiva: si su error es inevitable, es decir, si no podía ser evitado aun empleando una diligencia normal, o si se encontraba en una situación en la que cualquier persona pudo haber incurrido en ese error, entonces el efecto es una “limpieza total de delictuosidad”, el sujeto es impune,

55. BUOMPADRE, Jorge E. y CREUS, Carlos, ob. cit. (cfr. nota 24), p. 75; GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, t. 5, p. 115.

56. NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit. (cfr. nota 26), p. 123.

57. FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal parte especial*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 17ª ed., p. 789.

58. FONTÁN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A. C., *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 512.

59. BUOMPADRE, Jorge E. y CREUS, Carlos, ob. cit. (cfr. nota 24), p. 98.

no comete delito; pero, si el error es evitable, esto es, por ej. bien pudo haberlo evitado empleando la diligencia normal, por ej. informándose adecuadamente o actuado con cautela o adoptado las medidas apropiadas para “estar en lo cierto y no equivocarse”, hace que su equivocación provenga de su propia culpa o imprudencia, circunstancia que hace desaparecer la intención (el dolo) pero deja subsistente la culpa, pues, claramente, ha demostrado ser un imprudente.⁶⁰

Este último caso referido por el autor sería el del artículo 202, que pasaríamos a encuadrarlo en el delito culposo que norma el artículo 203.

Pero hay otra forma de errar, que conocemos como “error de prohibición”, que sucede cuando por ej. el sujeto cree que lo que está haciendo no está prohibido o que puede hacerlo sin problemas, o bien cuando realiza una conducta que cree que está justificada, es decir, que no está castigada por el Derecho. En estos casos –como todo error– si es inevitable conduce a la impunidad, no será responsable penalmente, el sujeto no será castigado; pero, si es evitable, el sujeto “no sale limpio de la situación” sino que se da una hipótesis de “culpabilidad atenuada”, es decir, se produce una hipótesis de reducción de la pena, que queda en el ámbito de la discrecionalidad judicial.⁶¹

“El error del agente acerca del alcance, naturaleza o vigencia de la medida, lo hace incurrir en un error de tipo que elimina el dolo”.⁶² En conclusión,

El error de tipo excluye el dolo ya que recae sobre “los elementos que integran la acción típica en objetividad, sean ellos de hecho o de derecho”. “El que obra con error de tipo no sabe lo que hace –dice Bacigalupo–, en el sentido de que no sabe que realiza un tipo penal” [...] El error de prohibición recae sobre el conocimiento de la antijuricidad de la conducta y puede excluir eventualmente la reprobabilidad de la ley penal; es un problema que atañe a la culpabilidad y no al tipo. De esta forma un comportamiento determinado puede ser por un lado correcto para quien lo ejecuta y por el otro prohibido por el derecho. El agente piensa y actúa en consecuencia, creyendo que su acción está permitida.⁶³

2.6. Obligación de denunciar

El artículo 7, penúltimo párrafo, del [DNU 260/20](#) establece que

En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento (obligatorio) y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios, funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.

60. BUOMPADRE, Jorge E., “Coronavirus y el derecho penal” [online], en *Enfoque Misiones*, 30/3/2020. [Última consulta: 5/5/2020].

61. Ídem.

62. D’ALESSIO, Andrés J., *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2ª ed., p. 999.

63. COLOMBO, Rafael. “Error de tipo. Acción, causalidad y resultado. Situaciones polémicas” [online], [s.e.], [s.f.]; en <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/colombo.htm> [última consulta: 5/5/2020].

Corresponde aclarar que esta obligación no comprende los ciudadanos en general, que sí pueden formular la denuncia voluntariamente, sino solo a las personas mencionadas en el decreto.⁶⁴

2.7. Competencia para promover la persecución penal del delito.

Ministerio Público Fiscal

Según nuestro sistema legal, en aquellas provincias en que rige el proceso penal acusatorio solo tiene competencia para promover la persecución penal de un delito contra la salud pública el ministerio público fiscal, mientras que otras provincias en las que aún rige el proceso penal mixto pueden ser el ministerio público fiscal, el juez de Instrucción y los funcionarios policiales autorizados por la ley.⁶⁵

En este punto, considero importante resaltar el comunicado de la Procuración General de la Nación a partir de la intervención que le compete al ministerio público fiscal por las infracciones al artículo 205 del CP en función del DNU 260/2020 (19 de marzo de 2020):

Ante las distintas consultas que se han recibido a raíz de los incumplimientos de las medidas dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional a fin de evitar la propagación del COVID-19 (coronavirus), desde la Procuración General de la Nación se reafirma el compromiso de preservar la salud pública y, en ese orden, teniendo en especial consideración los fines que el artículo 120 de la Constitución Nacional le asigna al Ministerio Público Fiscal, es oportuno recordar la naturaleza federal en la materia y la intervención que corresponde a los fiscales de este organismo en relación con las infracciones al artículo 205 del Código Penal de la Nación, a partir del DNU 260/2020 y el interés nacional que lo motivó. Ello sin perjuicio de evitar los planteos de competencia en los casos en que ya se encuentre interviniendo la justicia provincial, los que solo harían prevalecer los medios –las formas– sobre los fines –la sustancia– en contraposición al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que las formas a las que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación con el fin último a que éstos se enderezan, que es el de contribuir a la más efectiva realización del derecho (Fallos: 324:911 y sus citas).⁶⁶

2.8. Artículo 207 del Código Penal. Inhabilitación

El artículo dispone:

En caso de condenación de un delito previsto en este capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena. Si la pena impuesta fuere la de multa, la inhabilitación especial durara de un mes a un año.

64. BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit. (cfr. nota 60).

65. Ídem.

66. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: MPF; última consulta: 5/5/2020].

Es una sanción complementaria que se aplica junto con la pena privativa de libertad o de multa que corresponda en el caso. Si la pena es privativa de la libertad, la inhabilitación especial tiene un término fijo, determinado por el doble del tiempo de la condena. Si la pena es de multa, la escala está fijada entre un mes y un año.

En particular, téngase presente lo que destaca Soler en el comentario a la norma citada en cuanto a que la disposición proviene del proyecto de reforma al Código Penal de 1891 (art. 244), el cual tiene como fuente el artículo 325 *in fine* del C. italiano de 1890 pero no está tomada literalmente. No obstante ello, procede el sentido en que la doctrina italiana entiende, a saber, que debe tratarse de un abuso profesional o funcional, y ejemplifica así un enfermero que ha cometido un delito contra la salud pública que debe ser inhabilitado, pero no ve que la inhabilitación especial pueda imponerse a un escribiente de tribunales que incurriera en el mismo hecho.⁶⁷ Igual consideramos el supuesto de un notario.

En ese caso, la sanción administrativa procedente no tiene nada que ver con la inhabilitación especial a que se refiere siempre a la privación de la actividad que sirvió de medio para delinquir. Prevalece la opinión de que la pena complementaria solo es aplicable en los casos en que el hecho implica el abuso en el ejercicio de un empleo, cargo público o de una profesión o arte,⁶⁸ y se aplica, según algunos autores, si el funcionario ha intervenido en el hecho por razón o con motivo u ocasión de las funciones que ejerce.⁶⁹ Donna aclara, en cuanto a quienes no son funcionarios públicos, o sea profesionales o arte de que habla el artículo, que se trata por lógica de una profesión o arte que se vincule con los delitos a la salud pública en cuestión, no con otro tipo,⁷⁰ ante todo lo cual opino no sería de aplicación al escribano conceptualizado como profesional a cargo de una función pública.

3. Bibliografía

- ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, (dictamen sobre la Decisión Administrativa 467/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación), Buenos Aires, [s. e.], 2020.
- AGUIRRE OBARRIO, Eduardo y MOLINARIO, Alfredo J., *Los delitos*, t. 3, Buenos Aires, TEA.
- BARBIERI, Pablo C., “La pandemia como caso fortuito o fuerza mayor” [online], en SAIJ, 25/3/2020, id.: DACF200035.
- BUOMPADRE, Jorge E., “Coronavirus y el derecho penal” [online], en *Enfoque Misiones*, 30/3/2020.
- BUOMPADRE, Jorge E. y CREUS, Carlos, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2009 (3ª ed. ampl. y act.).
- COLOMBO, Rafael, “Error de tipo. Acción, causalidad y resultado. Situaciones polémicas” [online], [s.e.], [s.f.].
- D’ALESSIO, Andrés J., *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2009, 2ª ed.
- DONATO, Nora A., “Derecho a la salud” [online], en Argentina.gob.ar, marzo 2017.
- DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte especial*, t. II-C, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2013.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal parte especial*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 17ª ed.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos y LEDESMA, Guillermo A. C., *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2012.

67. SOLER, Sebastián, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 587.

68. FONTÁN BALESTRA, Carlos, ob. cit. (cfr. nota 56), p. 789.

69. ODERIGO, Mario, ob. cit. (cfr. nota 52), p. 287.

70. DONNA, Edgardo A., ob. cit. (cfr. nota 31), p. 255.

- GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, t. 5.
- MINISTERIO DE SALUD, “Excepciones al aislamiento y permisos de circulación” [online], [s. e.], 2020.
- MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, (comunicado de la Procuración General de la Nación a partir de la intervención que le compete al ministerio público fiscal por las infracciones al artículo 205 del Código Penal en función del DNU 260/2020) [online], [s. e.], 2020.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de derecho penal*, t. 5, v. 1, Córdoba, Lerner, 1988.
- ODERIGO, Mario A., *Código Penal anotado*, Buenos Aires, Depalma.
- PÉREZ DUDIUK, Godofredo H., “Delitos contra la salud pública. Propagación de enfermedad” [online], en SAJ, 16/3/2020, id.: DACF200044.
- PICASSO, Sebastián y SAÉNZ, Luis R. J., [comentario al art. 1730], en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* [on line], t. 4, Buenos Aires, Infojus, 2015.
- ROXIN, Claus, *Parte general*, t. 1, Madrid, Civitas, 2014.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. 4, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1983.
- SUÁREZ, Paulo I., “La tutela de la salud pública en el Código Penal Argentino. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido por los arts. 202 y 203 del Código Penal” [online], en microjuris, 2/4/2020, MJ-DOC-15246-AR | MJD15246.
- ZANAZZI, Sebastián, “Violación de medidas contra epidemias” [online], en *Revista Pensamiento Penal*, Asociación Pensamiento Penal, 26/11/2013.
- ZAVALA, Gastón A., “La actuación notarial en época de pandemia”, en *La Ley On Line*, Buenos Aires, La Ley, AR/DOC/1169/2020.

Objeto social

Comentario a la Resolución General 5/2020 de la Inspección General de Justicia

Alfonso Gutiérrez Zaldívar

RESUMEN

Se analiza en profundidad la temática que rodea la reciente Resolución General 5/2020 de la Inspección General de Justicia, que implica un claro retroceso en cuestiones que se encontraban –no sin esfuerzo– superadas, atento a que la normativa en análisis reflota la exigencia de unicidad en el objeto social –confundiéndose esto último con el requisito de precisión y determinación del mismo, que emana de la ley de fondo–, misma que en su momento implementó la Resolución General 7/2005 y que mantuvo la Resolución General 7/2015 pero que felizmente había dejado sin efecto la Resolución General 8/2016 –a la que la Resolución 5/20 tilda, en sus considerandos, de haber incurrido en “graves desinterpretaciones”–.

PALABRAS CLAVE

Inspección General de Justicia; IGJ; Resolución General 5/2020; Resolución General 8/2016; objeto social; objeto social único; objeto social múltiple.

Fechas de recepción y aceptación

11/4/2020 - 28/4/2020

El 26 de febrero de 2020 se publicó la Resolución General de la Inspección General de Justicia (en adelante, “RG IGJ”) 5/2020, que establece de alguna forma lo que establecía la ya superada [RG IGJ 7/2005](#), que disponía en su artículo 66 que el objeto social debía “ser único” y que era admisible la inclusión de otras actividades únicamente si las mismas eran “conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades conducentes al desarrollo del objeto social”.

En un mismo sentido, la [RG IGJ 7/2015](#) (dictada para receptar las resoluciones generales posteriores a la mencionada RG 7/2005 y las nuevas incumbencias introducidas por el [Código Civil y Comercial \[CCCN\]](#), así como las modificaciones introducidas por dicho cuerpo normativo a la [Ley 19550](#)) reiteró la necesidad de que el objeto debía ser único, pudiendo establecerse otras actividades pero siempre que fueran conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que condujeran al desarrollo del objeto. Sin embargo, luego, la [RG IGJ 8/2016](#) modificó esta interpretación restrictiva, estableciendo que



El objeto social debe ser expuesto en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su consecución, y que la entidad efectivamente se propone realizar.

En su momento, vimos con agrado la RG 8/2016 ya que eliminaba lo que a nuestro entender era una interpretación sesgada y forzada de la norma; interpretación que ponía en boca de la Ley General de Sociedades (LGS) disposiciones que la misma no establecía. Pero ahora nos encontramos con la publicación de la RG 5/2020, donde se deroga la mencionada RG 8/2016 y se reestablece la vigencia del texto de los artículos 66 y 67 de la RG 7/2005, y 67 y 68 de la RG 7/2015.

Al analizar la exposición de motivos de esta nueva resolución (RG 5/20), surge el origen en que se asientan nuestras diferencias. Aclaramos que, a pesar de que su redacción fue realizada por juristas reconocidos y respetados, puede ocurrir que tengamos una lectura diferente de la norma.

§1. La exposición de motivos expresa que

... la ley 19550, al requerir, en el artículo 11 inciso 3º, como requisito de todo contrato constitutivo de una sociedad, “la designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado”, consagra, sin el menor margen de dudas que el objeto social debe ser único y su mención debe efectuarse en forma precisa y determinada, mediante la descripción concreta y específica de las actividades que conduzcan a su efectiva consecución.

Acá vemos la primera diferencia. ¿Cómo podemos decretar que la ley consagra sin el menor margen de dudas que el objeto social debe ser único? No cabe una duda sino miles.

Luego, continúa diciendo la exposición que su mención debe efectuarse en forma precisa y determinada. Estamos de acuerdo porque así lo establece el artículo 11 inciso 3) LGS, al igual que el artículo 156 CCCN, que estipula que “el objeto de la persona jurídica debe ser preciso y determinado”. El CCCN podría haber establecido en su artículo 156, en forma clara y precisa, que el objeto debía, además de ser preciso y determinado, ser único, modificando también el artículo 11 LGS, artículo al que dio nueva redacción aunque sin alterar ni una coma del mencionado inciso 3). Pero ello no se debe a que el artículo ya establecía en forma clara y sin mediar margen de duda que el objeto debía ser único, sino que no se modificó porque el legislador entendió y volvió a entender que el objeto puede pero no debe ser único.

Es por ello que, cuando el legislador consideró que el objeto, además de ser “preciso y determinado”, debía ser “único”, lo legisló expresamente, tal como ocurrió con:

- la [Ley 24013 de Empleo](#) (art. 77: “Las empresas de servicios eventuales deberán estar constituidas exclusivamente como personas jurídicas y con objeto único”);
- la [Ley 20091 de Entidades de Seguros y su Control](#) (art. 7: “Las entidades a que se refiere el artículo 2º serán autorizadas a operar en seguros cuando se reúnan las siguientes condiciones: *Constitución legal.* a) Se hayan constituido de acuerdo con las leyes generales y las disposiciones específicas de esta ley; *Objeto exclusivo*”);

- la [Ley 22400 de Régimen de Productores Asesores de Seguros](#) (art. 20: “Los productores asesores de seguros podrán constituir sociedades de cualesquiera de los tipos previstos en el Código de Comercio, con el objeto exclusivo de realizar las actividades enunciadas en el artículo 1”);
- la [Ley 24241 del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones](#) (art. 40, respecto de las entidades receptoras de aportes: “Asimismo, los estados provinciales, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, otras sociedades, entidades o asociaciones de diversa naturaleza con o sin fines de lucro, que se erigieren con este objeto exclusivo podrán constituirse como administradoras, las que sin perjuicio de adoptar una figura jurídica diferente, quedarán sujetas a idénticos requisitos, normas y controles...”. Y, en un mismo sentido, su art. 59 sobre el objeto de las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones: “Las administradoras tendrán como objeto único y exclusivo...”).

El artículo 31 [LGS](#) establece que

Ninguna sociedad excepto aquellas cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales.

Ello nos da a entender que pueden existir objetos que contengan, además de las actividades financieras o de inversión, otros actos u actividades distintas a las mismas. O sea, siendo siempre un mismo objeto, que contenga diversos actos o categorías de actos.

§2. Luego se menciona en la exposición de motivos:

Que dicha conclusión surge clara de lo dispuesto no solo por el referido artículo 11 inciso 3° de la Ley General de Sociedades, que no habla de “objeto” en plural sino en singular...

Aquí volvemos a tener una diferencia. El objeto es singular pero el término refiere a un todo; que esté expresado en singular no significa que no puede contener distintos actos o categorías de actos.

Una de las definiciones que da la Real Academia Española de la palabra *objeto* es que es el “término o fin de los actos de las potencias”.

Mencionamos también el [Real Decreto Legislativo 1/2010 de España](#) (aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), que, en su artículo 23, dispone

Estatutos sociales. En los estatutos que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital se hará constar: [...] b): **El objeto social, determinando las actividades que lo integran.**

Se refiere a *objeto* en singular, pero no por ello se entiende que no puede ser integrado por varias actividades.

La sociedad debe contar con un objeto, cuya individualización y redacción debe ser precisa y determinada, pero puede contener varios actos u actividades distintas. Si no, nos vamos a encontrar con que una persona que quiera comenzar distintos negocios, que pueden funcionar o no, tendría que hacer una sociedad para cada uno, lo que sería

un despropósito. No se puede deducir que el término en singular signifique que incluye un solo acto. Es una interpretación demasiado restrictiva de la norma y que el legislador no quiso incluir en ninguna de las reformas al artículo 11 de la Ley 19550 ni en el CCCN.

Además, ¿cómo se interpretarían las sociedades constituidas bajo la vigencia de la [RG IGJ 6/1980](#) o las constituidas bajo la [RG IGJ 8/2016](#) cuyo objeto incluye distintos actos no conexos entre sí o que tienen varios objetos? ¿Se trataría de algo que está prohibido por la ley ya que la misma establece que la persona jurídica debe contar con un objeto que debe ser preciso y determinado? Lo que sucede es que dichas sociedades tienen un objeto y el mismo establece distintos actos que realizará la sociedad.

En un mismo sentido, el artículo 19 LGS, al referirse a las sociedades con objeto lícito pero que realizan actividades ilícitas, nos da la pauta de que el objeto puede contener distintas actividades; ello sin perjuicio de la diferencia existente entre los actos que contiene el objeto y las distintas actividades que realiza una sociedad, que luego mencionaremos.

También el artículo 124 LGS, al legislar sobre “la sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma”, vuelve a establecer que el objeto puede comprender diversos actos; de un mismo modo, el artículo 386 inciso i) LGS, al referirse a “las sociedades constituidas en el extranjero que a la fecha de vigencia de esta ley ejercieren habitualmente en el país actos comprendidos en su objeto social”.

Aquí vemos nuevamente cómo la ley nos da la pauta de que el objeto puede comprender distintos actos y no por ello tienen que ser conexos entre sí.

Distinto es si se interpreta que sería conveniente que cada sociedad establezca un objeto único ya que podría ser ventajoso para los terceros que contratan con dicha sociedad. Podría ser. Se podría estudiar. Aun cuando la LGS ya protege a los terceros al establecer en su artículo 58 que la sociedad queda obligada por todos los actos que no sean notoriamente extraños a su objeto social. Pero una cosa es que sería conveniente y otra entender que la ley lo establece sin lugar a dudas.

Lo mismo sucede y ha sucedido cuando un organismo, por un tema de normativas internas, le exige a la sociedad que se encuentra realizando una actividad que es regulada por el mismo que incluya determinado acto en el objeto. Sin entrar a juzgar si está bien o no dicha exigencia, la IGJ permite la inclusión de dicho acto. Y esto, ¿por qué? Porque el objeto puede incluir actos u actividades distintas entre sí.

La [RG IGJ 6/1980](#) establecía en su artículo 18 que

La mención del objeto social deberá efectuarse en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que la sociedad se propone realizar, evitándose innecesarias o superfluas enunciaciones de hechos, actos o medios dirigidos a su consecución. El objeto social podrá comprender actividades plurales y diversas sin necesaria conexidad o complementación, siempre que las mismas se describan en forma precisa y determinada circunscribiéndose a las que la entidad se propone realizar, y guarden razonable relación con el capital social. No se considerará preciso y determinado el objeto social cuando, a pesar de estar determinadas las diversas actividades, por su cantidad, variedad o inconexidad quepa presumir, razonablemente que la sociedad desarrollara efectivamente sólo alguna de ellas.

La norma mencionaba las “actividades” y los “actos” como si fueran sinónimos, lo que no siempre es así. El objeto social son los actos o categorías de actos para cuya realización la sociedad se constituye. En cambio, la actividad es el ejercicio efectivo de esos actos o categorías de actos por la sociedad en funcionamiento.

Generalmente coinciden, pero pueden no hacerlo. Al efecto, el artículo 19 LGS nos da una pauta de las diferencias al legislar sobre sociedades de objeto lícito pero con actividad ilícita.

Volviendo a la RG IGJ 6/1980, ¿qué pasa con todas las sociedades que se constituyeron o modificaron su objeto bajo la vigencia de dicha norma, estableciendo varios actos en el mismo? ¿Debemos entender que se constituyen en fraude a la ley?, ¿que son un instrumento creado para perjudicar a los terceros que contratan con ellas? Entendemos que no. Pero parece existir una interpretación que entiende que sí.

Consideramos que no es así. Seguramente existen casos en la historia en donde vemos que, en los hechos, se perjudicó a terceros, pero ahí debe actuar la justicia con toda la fuerza de la ley. No puedo interpretar que, por la patología, todas las sociedades cuyo objeto establezcan varios actos distintos entre sí buscan perjudicar a los terceros que contratan con ella.

No cabe la menor duda de que la gran mayoría de las sociedades constituidas durante los veinticuatro años de vigencia de la RG IGJ 6/1980 fueron un gran aporte al país y a su economía. Fueron también provechosas para las personas que contrataron con ellas o trabajaron para ellas. Entiendo que la minoría que buscó fines distintos a los establecidos por la Ley de Sociedades (hoy LGS) fueron juzgadas por el órgano creado para ello, que es el Poder Judicial.

Entendemos que no podemos armar un andamiaje e interpretación por unos pocos. Y si no son pocos, el inconveniente que tenemos estaría en el Poder Judicial y no en la IGJ.

§3. La exposición de motivos también menciona una cantidad de artículos de la LGS que en la realidad sirven para justificar que el objeto puede ser tanto único como múltiple. Así, se indica:

Que dicha conclusión surge clara de lo dispuesto no solo por el referido artículo 11 inciso 3° de la Ley General de Sociedades, que no habla de “objeto” en plural sino en singular [...] sino también y fundamentalmente de las siguientes disposiciones del mismo cuerpo normativo: a) De lo dispuesto por los artículos 18, 19 y 20 cuando se refieren, respectivamente, al “objeto ilícito”, al “objeto lícito y actividad ilícita” y al “objeto prohibido” de la sociedad; b) Del principio general establecido por el artículo 58, en cuanto prescribe que “El administrador o el representante que de acuerdo o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social”; c) De lo prescripto por el artículo 94 inciso 4° de la referida ley, en cuanto consagra explícitamente, como causa de disolución de la sociedad, “la consecución del objeto para el cual se formó o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo”; d) Por la referencia efectuada por el artículo 244 cuarto párrafo, en cuanto dispone la necesidad de reunir mayorías especiales por parte del órgano de gobierno de la sociedad, para supuestos especiales, entre los que se encuentra “el cambio fundamental del objeto” y e) Por la remisión que el artículo 245 hace respecto de dichos supuestos, para

habilitar el ejercicio del derecho de receso en el supuesto de que los accionistas resuelvan, por asamblea extraordinaria, el cambio fundamental del objeto.

Como ya dijimos, dichos artículos no determinan en ningún modo que el objeto debe ser único.

§4. Luego, se trata el tema de las sociedades que se constituyen infracapitalizadas:

... con los claros y evidentes perjuicios que ello implica para los terceros que contratan con la sociedad, en especial, aquellas en las cuales la responsabilidad de sus integrantes se limita al aporte efectuado y a las participaciones sociales suscriptas por ellos (arts. 146 y 163 de la ley 19550), pues la infracapitalización societaria implica un traslado directo de los riesgos empresarios a los terceros, ajenos a la operatoria y funcionamiento de la sociedad con la cual contratan, lo cual es inadmisibile.

Estamos de acuerdo con esto, pero ello no nos deja interpretar que la norma establece que el objeto debe ser único. Si se quiere evitar una infracapitalización, especialmente la nominal, ya que la material es más difícil de detectar por la IGJ, este organismo podrá actuar exigiendo un aumento de capital. Y si, a pesar de ello, se produce un fraude a los terceros que contratan con la sociedad, existe un órgano distinto a la IGJ que deberá determinar si existió dicho fraude o no: nuevamente, el Poder Judicial.

Vale mencionar, y en un mismo sentido, que vemos normas que se dictan a fin de proteger a los terceros de las personas que forman sociedades con fines ilícitos o para violar la ley y terminan perjudicando a las personas que realmente quieren constituir una sociedad con el fin de emprender un negocio, realizar una actividad lícita, crear empleos, pagar impuestos y, por qué no, ganar dinero. En otras palabras, terminan perjudicando a los que actúan de buena fe. Sin perjuicio de que dicha buena fe se debe presumir. Parecería que, por patología, todos los que constituyen sociedades, o gran parte de ellos, quieren violar la ley.

No puede ser que por unos pocos se les incrementen los requisitos a todos los demás. Lo que hay que hacer es que quienes buscan y buscaron fines ilícitos sean juzgados por el órgano establecido para ello: el Poder Judicial.

Un ejemplo es la garantía que deben dar los directores y gerentes. Nos rasgamos las vestiduras alegando la importancia de dichas garantías para proteger a los terceros que contratan con la sociedad, cuando en la realidad el monto de dichas garantías no cubre nada. Si una empresa quiebra, los acreedores no van a estar cubiertos por los cincuenta mil pesos que dio en garantía el único director. Esto no quiere decir que hay que aumentarlas ya que sería imposible determinar el monto que pueda resguardar a los terceros. Podríamos encontrarnos con que deberían ser millones de pesos. Pero el tema no es el monto, el tema es que lo que debería dar protección a los terceros es una justicia rápida y al alcance de todas las personas.

Tampoco quiero decir que el actuar de la IGJ deba ser un archivo de documentos, ya que no es así. La IGJ debe hacer un control de las sociedades que se encuentran bajo su órbita. Pero una cosa es un control y otra es entender que se evita un posible fraude llenando de requisitos a las sociedades. Además, la opción que tienen las personas de

elegir entre objeto único o múltiple no es materia de control de la IGJ. Una resolución no puede avanzar sobre la ley.

La presente interpretación no se debe a las resoluciones dictadas en los últimos meses, sino que tiene varios años en los que se acumulan progresivamente requisitos que, por un lado, no cumplen el fin de ahuyentar al que hace fraude y, por el otro, perjudican a quien quiere hacer un negocio en el buen sentido del término.

§5. El artículo 19 de la Constitución Nacional establece que ningún habitante será obligado a hacer lo que no manda la ley. Y nuestra interpretación es que ni la LGS ni el CCCN determinan que el objeto deba ser único.

Inembargabilidad de bienes inmuebles de la Iglesia Católica

Régimen jurídico, registración de la afectación y desafectación

Diego M. Mage

RESUMEN

Análisis de las especiales características que presenta la inembargabilidad de los bienes eclesiásticos, las dificultades prácticas que surgen a la hora de interpretar la norma que la concede y la posibilidad de lograr una mejor aplicación a través de normas registrales, hasta tanto se dicten otras normas de fondo que regulen la cuestión de manera más clara.

PALABRAS CLAVE

Embargo; inembargabilidad; afectación; culto; iglesia católica.

Fechas de recepción y aceptación

3/6/2019 - 4/9/2019

Sumario: 1. Introducción. 2. Embargo e inembargabilidad. 2.1. Las medidas cautelares. El embargo. 2.2. La inembargabilidad. 3. Inembargabilidad de bienes eclesiásticos. 3.1. Normativa aplicable. 3.2. Fundamentación de la inembargabilidad. 3.3. Inmuebles comprendidos. 4. Registración de la inembargabilidad. 4.1. Finalidad. 4.2. Mecanismo de afectación. 4.3. Cuestiones procesales. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

Cuando hacemos una primera lectura del artículo 146 del [Código Civil y Comercial de la Nación](#) (en adelante, “CCCN”),¹ parece que, en el caso de la Iglesia Católica, la norma hace referencia a una sola persona, a diferencia del resto de las personas jurídicas públicas estatales (Estado Nacional, provincias, municipios, entidades autárquicas, etc.).

1. Art. 146, CCCN: “*Personas jurídicas públicas.* Son personas jurídicas públicas: a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable; c) la Iglesia Católica”.



Sin embargo, siguiendo la tradición jurídica argentina,² debemos recordar que quedan comprendidas dentro de esta denominación³ más de tres mil cien entidades que gozan de personalidad jurídica propia pública,⁴ algunas con existencia anterior al propio Estado Nacional, y todas titulares de inmuebles que conforman un cuantioso patrimonio de gran significación no solo funcional o económica sino, también, histórica y cultural.

Los inmuebles de todas estas personas que conforman la Iglesia Católica, en la medida en que se encuentren afectados al cumplimiento de sus fines, resultan inembargables. Este beneficio no fue concedido solamente a la Iglesia Católica sino a todos los cultos reconocidos por el Estado. Pero entendemos que el peculiar régimen al cual se encuentra sometida la Iglesia provoca que la cuestión deba ser analizada teniendo en consideración estas particularidades.

En el curso de este trabajo, nos proponemos analizar las especiales características que presenta la inembargabilidad de los bienes eclesiásticos, las dificultades prácticas que surgen a la hora de interpretar la norma que la concede y la posibilidad de lograr una mejor aplicación a través de normas registrales, hasta tanto se dicten otras normas de fondo que regulen la cuestión de manera más clara.

2. Embargo e inembargabilidad

2.1. Las medidas cautelares. El embargo

Las medidas cautelares son un medio establecido por la ley para resguardar los derechos del acreedor ante una eventual reducción patrimonial por parte del deudor que imposibilite o dificulte la ejecución de su crédito. Para que estas medidas sean ordenadas, no se requiere que estos derechos crediticios hayan sido reconocidos de manera definitiva por una sentencia;⁵ basta la mera verosimilitud de su existencia, que debe ir acompañada de un verdadero peligro en la demora que haga sospechar que el patrimonio del deudor resultará insuficiente al momento de su realización compulsiva.

Estas medidas pueden ser solicitadas y ordenadas no solo durante el proceso destinado a satisfacer los derechos del acreedor; también pueden ser concedidas antes de

2. Entre los antecedentes normativos podemos citar los arts. 33 y 41 del [Código Civil](#) (en adelante, “CCIV”).

3. Entendemos que quedan incluidos dentro del concepto de [Iglesia Católica](#): la Iglesia Universal, representada por el [Romano Pontífice](#) (Santa Sede y Estado de la Ciudad del Vaticano), la [Conferencia Episcopal Argentina](#), las iglesias particulares, la [Prelatura de la Santa Cruz y Opus Dei](#), las parroquias, los seminarios, los institutos de vida consagrada y las sociedades de vida apostólica.

4. La [Agencia Informativa Católica Argentina](#) (AICA) publicita la existencia de la Conferencia Episcopal Argentina, 71 circunscripciones eclesiásticas (iglesias particulares), 2674 parroquias, 77 órdenes y congregaciones religiosas masculinas, 223 órdenes y congregaciones religiosas femeninas, 61 monasterios de clausura, 28 seminarios mayores, 25 seminarios menores, es decir, 3102 personas jurídicas públicas, sin contar universidades católicas, centros asistenciales, [Cáritas Argentina](#), casas de ejercicios espirituales, etc. [N. del E.: última consulta de los hipervínculos: 1/4/2020].

5. A través de ellas, el Estado “satisface el interés particular de asegurar un derecho aún no declarado, pero con mayor o menor intensidad, según la especie de medida cautelar, satisface el interés general y público de asegurar la paz en la convivencia social y evitar la pérdida o desvalorización de los bienes económicos” (PODETTI, J. Ramiro, “Las medidas cautelares y el embargo preventivo de los frutos de la cosa litigiosa”, en *Revista de Derecho Procesal*, t. 1, 1943, p. 138 [citado por ALSINA, Hugo, *Tratado de teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. 5, Buenos Aires, Ediar, 1962, p. 449]).

dicho procedimiento e, incluso, *inaudita pars*. Pero esto no excluye que, durante el transcurso del iter procesal, su disposición pueda ser debatida, dado que es necesario “establecer un equilibrio exacto entre los intereses del acreedor y del eventual deudor, o, si se prefiere, entre las partes e intereses que están en conflicto”.⁶ De esta manera, podrá peticionarse su reducción, su sustitución o su levantamiento si las mismas no hubieran sido procedentes o si las circunstancias que las habían motivado hubiesen cambiado.

Una de las medidas cautelares más importantes es el embargo, que pone un bien del deudor a disposición del juez,⁷ afectándolo a un régimen jurídico especial, que, fundamentalmente, consiste en:

- a) el deber de abstenerse de todo acto jurídico o físico que pueda tener por resultado la disminución de la garantía que dicho bien concreta;
- b) la circunstancia por la cual, en lo sucesivo, el propietario del bien embargado no puede ejercer determinadas facultades, aun legítimas, sin autorización judicial;
- c) la obtención de una preferencia por parte del embargante, según la cual puede cobrar antes que otros acreedores, salvo que exista un privilegio a favor de uno de estos o se esté en el marco de un proceso falencial.

El embargo de un bien⁸ tiene como efecto su identificación e individualización. Esta medida cautelar no impide su enajenación, aunque sí provoca la inoponibilidad de cualquier eventual transmisión respecto del acreedor embargante y hasta tanto no haya sido desinteresado en la totalidad de su crédito. El embargo provoca que el propietario del bien no pueda realizar actos que disminuyan su valor, como su destrucción, degradación, desnaturalización u otorgamiento de otro destino o afectación que lo desvaloricen.

2.2. La inembargabilidad

Todos los bienes del deudor de naturaleza patrimonial, presentes y futuros, constituyen la garantía de cobro de sus acreedores, quienes pueden ejecutarlos judicialmente para satisfacer sus créditos de manera igualitaria, a excepción de que la ley otorgase a alguno de ellos un derecho de ejecución preferente.⁹ No obstante, esta regla tiene excepciones, que se materializan a través de normas que disponen la exclusión de algunos de estos bienes y que se asientan en derechos que resultan superiores

6. COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 434.

7. Ver SC de Buenos Aires, 19/12/1961, “Prga; Vicente; deduce tercería de dominio en juicio: ‘Luchessi, Roberto R. vs. Casanova, Enrique. Cobro de pesos y embargo preventivo’” (*La Ley*, t. 106, p. 295). [N. del E.: ver [aquí](#) {pp. 596 y ss.}; fuente: SCBA; última consulta: 5/5/2020].

8. Puede ser preventivo, es decir, exclusivamente cautelar con miras a un proceso de ejecución; ejecutivo o medida cautelar dictada en un proceso de ejecución ya declarado admisible por existir un título ejecutivo; o ejecutorio, cuando nos encontramos ante una ejecución procesal forzada, p. ej., cuando se dicta la sentencia de trance y remate que busca efectivizar la ejecución (ver NOVELLINO, Norberto J., *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, p. 89).

9. Conforme art. 2312 CCIV y arts. 242 y 743 CCCN.

... en dignidad y jerarquía a todos aquellos que presiden el orden del honesto vivir y que ligán el cumplimiento de las obligaciones y pago de las deudas a los bienes que la persona del deudor tiene.¹⁰

La inembargabilidad, excepción de fondo y de forma, impide que algunos bienes del deudor sean embargados.¹¹ Se funda en

... elementales sentimientos humanitarios y el sentido de la función social en que corresponde se desenvuelvan los derechos de índole patrimonial y que impide que sean ejercidos como verdaderas armas agresivas contra los sujetos pasivos.¹²

Asimismo, pone de manifiesto la teoría de la humanización del proceso, que propone que las medidas cautelares no deben producir daños innecesarios a quien las padece, y que otorga al juez competente facultades para limitar sus alcances e impedir su acumulación si con una sola basta para asegurar el derecho del acreedor, o para el caso en que pudieran quedar afectados bienes que, por sus características especiales, exceden lo meramente patrimonial.¹³

La inembargabilidad no debe ser confundida con la prohibición de promover ejecución contra determinadas personas.¹⁴ La asimilación de estas dos categorías surgió de confundir, por un lado, la imposibilidad de promover la ejecución judicial contra determinados deudores con, por el otro, la dificultad de hacer efectivo un crédito a través de la subasta judicial porque determinados bienes resultaban inembargables.¹⁵

3. Inembargabilidad de bienes eclesiásticos

3.1. Normativa aplicable

La [Constitución de la Nación Argentina](#) le reserva al Congreso de la Nación la potestad de reglamentar los derechos de las personas y dictar los códigos de fondo. El [Código Civil](#) (en adelante, “CCIV”), que reglamentó el derecho de propiedad, estableció desde antaño, como regla, que el patrimonio es la prenda común de los acreedores. Por ello, una excepción a la misma, en la medida en que puede afectar derechos fundamentales, debe provenir también de una ley sancionada por el Congreso Nacional. Pero, a pesar

10. BORGA, Ernesto E., “Bienes inembargables”, en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.

11. Ver LUVERÁ, Miguel Á., “Inembargabilidad”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 866, 2001, p. 25.

12. CNCiv., Sala A, 10/9/1974, “Rinaldelli, Alberto c/ Rinaldi, Horacio M.” (*El Derecho*, t. 58, p. 154).

13. Sin embargo, “no puede confundirse el principio de humanización del proceso que inspira la institución del embargo, con un medio para evitar el cumplimiento de las obligaciones del deudor, máxime cuando su patrimonio –de acuerdo con los arts. 505, 955, 961, 1196, 3474, 3797, 3922 y concs. del Código Civil– constituye la prenda común de sus acreedores” (CNCCom., Sala B, 12/9/2005, “Quaglino, Carlos Alberto c/ Castro, Karina Andrea s/ ejecutivo” [eDial.com, AA2F34; última consulta: 28/4/2019]).

14. COLOMBO y KIPER citan disposiciones generales –ejecuciones universales que suspenden el apremio– y particulares –casos excepcionales en los que existió la prohibición de promover ejecuciones, por ejemplo, como consecuencia de un amparo– (ob. cit. [cfr. nota 6], t. 2, p. 638).

15. Ídem, p. 634.

de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableciera que las normas locales que establecían diversos supuestos de inembargabilidad no se ajustaban al diseño constitucional,¹⁶ las provincias igualmente legislaron sobre la cuestión.

3.1.1. Legislación de fondo

3.1.1.1. Código Civil y leyes complementarias

El CCIV, en su redacción original, carecía de una norma de carácter general mediante la cual se determinara la existencia y enumeración de los bienes que resultaban inembargables. Esta categoría de excepción recién surgiría con el dictado de la Ley 12296 que, al **reformar** el artículo 3878 CCIV, dispuso en su segundo párrafo que quedaban excluidos de la persecución judicial los bienes del deudor y de su familia, específicamente, “su lecho cotidiano, ropas y muebles de su uso indispensable y los instrumentos necesarios para su profesión, arte u oficio”. Sucesivas leyes especiales contribuirían a ampliar el elenco de bienes que integran este privilegio, pero ninguna hizo expresa mención de los bienes eclesiásticos. Quizás podamos encontrar la causa de esta falta de tratamiento legal en el hecho de que, como señalara Novellino, la inembargabilidad había sido pensada solo para las personas físicas, quedando excluidas “las sociedades comerciales [y] las personas de existencia posible”.¹⁷ O tal vez podamos atribuirlo a su consagración jurisprudencial, mediante una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1869) que excluyó los bienes eclesiásticos de los procesos de ejecución forzada.¹⁸

Lo cierto es que la doctrina no hizo especial hincapié en esta categoría de bienes inembargables¹⁹ hasta tanto la justicia se pronunciara a partir de sucesivas sentencias de la Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal²⁰ y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²¹ en causas iniciadas contra el Obispado de Venado Tuerto, en las

16. La CSJN sentenció de manera reiterada: “la unidad de legislación civil, como consecuencia de la unidad política de la república, no cabe admitir que los Estados autónomos puedan destruir aquélla al dictar sus instituciones, concediéndose ellos mismos privilegios o exenciones al margen de la legislación general” (*Digesto de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 9, p. 219). En una oportunidad (CSJN, 23/8/1944, “Cía. Suizo-Argentina de Electricidad v/ Municipalidad de Villaguay” [*Fallos*, t. 199, p. 456]), resolvió: “sea cuales fueren las disposiciones de las leyes locales tendientes a substraer de la acción de los acreedores los bienes, recursos y rentas de las provincias o municipalidades contrariando los preceptos de la ley civil, no pueden ser válidamente invocadas, pues las relaciones entre acreedor y deudor son de la exclusiva legislación del Congreso Nacional” (sumario oficial). [*N. del E.*: ver [aquí](#); fuente: CSJN; última consulta: 1/4/2020].

17. NOVELLINO funda esta afirmación en los antecedentes de la discusión parlamentaria de la *Ley Nacional 12296*. Ver NOVELLINO, Norberto J., ob. cit. (cfr. nota 8), pp. 146-147.

18. CSJN, 13/7/1869, “D. Esteban Spinetto c/ la Comisión encargada de la obra del Templo de Monserrat p/ cobro ejecutivo de pesos” (*Fallos*, t. 7, p. 23 [*N. del E.*: ver [aquí](#); fuente: CSJN; última consulta: 1/4/2020]).

19. Como ejemplo, podemos citar, entre otras, la obra de NOVELLINO, que analiza detenida y pormenorizadamente los supuestos de inembargabilidad, sin incluir en esta categoría a los bienes eclesiásticos (ob. cit. [cfr. nota 8], pp. 251-559) o la obra de SALAS y TRIGO REPRESAS, quienes tampoco hacen mención de esta categoría al comentar el art. 3878 CCIV (SALAS, Acdeel E. y TRIGO REPRESAS, Félix A., [comentario al art. 3878], en *Código Civil y leyes complementarias anotados*, t. 3, Buenos Aires, Depalma, 1977, pp. 242-250).

20. CNCom., Sala E, 30/8/1989, “Lemos, Jorge c/ Obispado de Venado Tuerto” (<http://fallos.diprargentina.com/2007/09/jorge-lemos-c-obispado-de-venado-tuerto.html>); última consulta: 29/4/2019).

21. CSJN, 22/10/1991, “Lastra, Juan c/ Obispado de Venado Tuerto s/ recurso de echo” (*El Derecho*, t. 145, p. 495 [*N. del E.*: ver en *Fallos*, t. 314, p. 1324; fuente: CSJN; última consulta: 1/4/2020]).

cuales se consolidó la tesis de la inembargabilidad de los bienes eclesiásticos que, hasta ese momento, no había merecido especial atención por parte de nuestros tribunales.²² Por ello, debemos concluir que esta categoría de bienes inembargables fue el resultado de la interpretación que nuestros tribunales efectuaron de la legislación vigente, dadas las especiales características de su titular, la Iglesia Católica, es decir, una persona jurídica con tratamiento especial por parte de la *Constitución Nacional*,²³ de carácter necesario,²⁴ y pública.²⁵

3.1.1.2. Código Civil y Comercial

La nueva norma establece una nómina de bienes que están excluidos de la garantía común de los acreedores, o, más comúnmente, denominados “inembargables”. Así dispone el CCCN en su artículo 744:

Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo 743: d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado [...] h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes.²⁶

3.1.2. Códigos Procesales

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente respecto de que el establecimiento de esta categoría de bienes es competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación, las legislaturas provinciales determinaron, a través de los códigos procesales, los bienes que quedaban incluidos en el supuesto de inembargabilidad.²⁷ Pero debemos advertir

22. No ha sido posible encontrar otros antecedentes jurisprudenciales que los apuntados con anterioridad. Además, aclaramos que, al momento de la resolución del primero, en 1869, no había sido sancionado el CCIV, y que los siguientes fueron resueltos en el marco del código velezano sin una ley específica que les atribuyera a estos bienes el carácter de inembargables. En general, los antecedentes jurisprudenciales de antigua data tuvieron como fin interpretar los arts. 33 y 41 CCIV y determinar qué personas integraban la “Iglesia Católica”.

23. Art. 2 CN: “El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”.

24. Según texto original del art. 33 CCIV.

25. De conformidad con el art. 33 CCIV luego de la reforma introducida por la Ley 17711.

26. (El resaltado es nuestro).

27. Códigos Procesales en lo Civil y Comercial (en adelante, “CPCC”) de la provincias:

Buenos Aires: art. 219: “*Bienes inembargables*. No se trará nunca embargo: [...] 3º) En los demás bienes exceptuados de embargo por la ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

Catamarca: art. 219: “*Bienes inembargables*. No se trará nunca embargo: [...] 3. En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

Córdoba: art. 542: “No se podrá trar embargo sobre: [...] 6) Los bienes afectados a cualquier culto reconocido”.

Corrientes: art. 219: “*Bienes inembargables*. No se trará nunca embargo: [...] 3. En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

Chaco: art. 236: “*Bienes inembargables*. No se trará nunca embargo sobre los bienes exceptuados de la garantía de los acreedores conforme al artículo 744 del Código Civil y Comercial de la Nación”.

Chubut: art. 221: “*Bienes inembargables*. No se trará nunca embargo: [...] 3º. En los demás bienes exceptuables de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

Entre Ríos: art. 216: “*Bienes inembargables*. No se trará nunca embargo: [...] 3. En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

Formosa: art. 219: “*Bienes inembargables*. No se trará nunca embargo: [...] 3. En los demás bienes exceptuados de embargos por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

que solo las provincias de Santa Fe y de Córdoba hicieron expresa referencia a los bienes eclesiásticos.

3.2. Fundamentación de la inembargabilidad

3.2.1. Bienes que integran el dominio público eclesiástico

Esta teoría, señalada por algunos autores como la que mayor adhesión ha recibido en el ámbito doctrinario,²⁸ postula que los bienes de la Iglesia Católica afectados al culto divino forman parte del denominado dominio público eclesiástico. Entre los autores que han desarrollado esta tesis, debemos citar a Spota, quien propuso, con fundamento en los artículos 2340 inciso 7 y 2347 CCIV,²⁹ que estos bienes, destinados al culto y que no pertenecen a particulares, son verdaderos bienes públicos en el sentido de que están afectados a fines de utilidad común y que, por las condiciones especiales de su régimen

Jujuy: art. 481: “*Límites del embargo.* Son susceptibles de embargo todos los bienes de propiedad del deudor, con excepción de los declarados inembargables por el Código Civil y leyes especiales”.

La Pampa: art. 211: “*Bienes inembargables.* Levantamiento de oficio y en todo tiempo. El embargo indebidamente trabado sobre algunos de los bienes que según la legislación sustantiva son inembargables podrá ser levantado de oficio, o a pedido del deudor o de su cónyuge o hijos, aunque la resolución que lo decretó se hallare consentida”.

La Rioja: art. 106: “*Bienes inembargables.* No se trará embargo: [...] 3º) En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

Mendoza: art. 235: “*Bienes inembargables.* Son inembargables: [...] 6º) Los demás bienes inembargables declarados por leyes de la Nación o de la Provincia [...] estas prohibiciones no serán admitidas cuando el embargo se decrete en un juicio en el que se reclame el precio de venta de la cosa embargada”.

Misiones: art. 222: “*Bienes inembargables.* No se traba nunca embargo: [...] 3) en los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien queda exceptuado”.

Neuquén: art. 219: “*Bienes inembargables.* No se trará nunca embargo: [...] 3º) En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

Río Negro: art. 219: “No se trará nunca embargo: [...] 3) En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

Salta: art. 219: “*Bienes inembargables.* No se trará nunca embargo: [...] 3º) En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

San Juan: art. 220: “No se trará nunca embargo: [...] 3) En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

San Luis: art. 219: “*Bienes inembargables.* No se trará nunca embargo [...] 3. En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Salvo las excepciones contenidas en los incisos precedentes, ningún otro bien quedará exceptuado de embargo”.

Santa Cruz: art. 220: “*Bienes inembargables.* No se trará nunca embargo: [...] 3º. En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

Santa Fe: art. 469: “No se puede trabar embargo en los siguientes bienes: [...] 5º. Las imágenes de los templos y las cosas afectadas a cualquier culto, a menos que se reclame su precio de compra o construcción”.

Santiago del Estero: art. 229: “*Bienes inembargables.* No se trará nunca embargo: [...] 3) En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

Tierra del Fuego: art. 247: “*Bienes inembargables.* No se trará nunca embargo: [...] 3º) En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado”.

Tucumán: art. 507 (ex art. 524): “*Bienes inembargables.* No se trará embargo sobre: [...] 4. Las cosas destinadas al culto de cualquier religión”.

28. COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M., ob. cit., t. 2, p. 641.

29. El art. 2340 CCIV disponía: “Quedan comprendidos entre los bienes públicos: [...] 7º) Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común...”. Por su parte, el art. 2347 CCIV establecía: “Las cosas que no fuesen bienes del Estado o de los Estados, de las Municipalidades o de las iglesias, son bienes particulares sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas”. (El resaltado es nuestro).

jurídico, se encuentran fuera del comercio.³⁰ A juicio de este autor “media un dominio público que «corresponde» a las iglesias y templos y que por ende puede denominarse dominio público eclesiástico”.³¹ Por el contrario, a los bienes que son cosas religiosas, es decir, que no están consagradas al culto y su destino es atender indirectamente las necesidades de las iglesias, no se les ha reconocido este carácter.³²

La Sala E de la Cámara Nacional en lo Comercial de la Capital Federal, en el caso anteriormente mencionado, consagró esta posición doctrinaria al fallar que determinados bienes del Obispado de Venado Tuerto resultaban inembargables por encontrarse afectados al dominio público eclesiástico.³³

3.2.2. Bienes de dominio privado que se encuentran afectados a un servicio público

Podríamos encontrar un precedente de esta tesis en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la que con anterioridad hicieramos mención, que resolvió que no correspondía ejecutar un bien adyacente a una iglesia por estar afectado al servicio público eclesiástico.³⁴ Entre sus postuladores, debemos mencionar a Marienhoff, quien negó la posibilidad de que existan bienes del dominio público eclesiástico pues, según su criterio, solo pueden ser titulares de bienes del dominio público el Estado o el pueblo, y la Iglesia Católica no encuadra ni en uno ni en otro sujeto.³⁵ Para este autor,

... ningún bien o cosa perteneciente a la Iglesia Católica reviste carácter de bien “público” (integrante de un supuesto “dominio público”). Jurídicamente todos esos bienes “sin excepción” son de carácter “privado”. Ni siquiera revisten carácter de “público” los bienes o cosas afectados directa y especialmente al servicio de culto. Pero estos últimos, aunque constituyen bienes “privados” de la Iglesia Católica, al hallarse afectados a la prestación del expresado servicio, quedan sometidos al **régimen jurídico especial del servicio público**, derivando de ello trascendentes consecuencias [...] dado que la actividad espiritual que cumple y desarrolla la Iglesia Católica constituye un servicio público, los bienes que la Iglesia afecte específicamente a la prestación de ese servicio están sujetos al régimen diferencial propio de todo servicio público; en consecuencia de ello,

30. En idéntico sentido, ver HIGHTON, Elena I., (comentario al art. 2345), en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 5-A, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 122.

31. SPOTA, Alberto G., “El dominio público eclesiástico”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1942-III, p. 911.

32. Kiper advierte que “habría así también un dominio privado eclesiástico, compuesto por las cosas religiosas que, sin estar consagradas al culto, se aplican indirectamente a las necesidades de las iglesias” (KIPER, Claudio M., [comentario al art. 2345], en Kiper, C. M. [dir.], *Código Civil y Comercial comentado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía. Derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p. 137.

33. Ver sentencia citada en nota 20.

34. En la sentencia de 1869 (cfr. nota 18), la CSJN señaló: “Que según resulta de autos, las habitaciones embargadas no sólo se encuentran adheridas al templo, sino que son las destinadas para servicio público, como oficinas del curato y en las que debe permanecer y despachar el cura todos los asuntos que corresponden a su ministerio...” (p. 329 *in fine*).

35. Conforme citan ALTERINI, Jorge H. y LLAMBÍAS, Jorge J., (comentario al art. 2345), en Llambías, J. J. (dir.), *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, t. IV-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988 (2ª reimpresión), p. 64.

ración sin riesgos de privarlos de lo elemental para la reunión de los fieles en su ejercicio...⁴²

Podemos advertir, como antecedente de esta concepción, el voto en minoría del Dr. Guerrero en el fallo antes citado, que excluyó de la

... ejecución intentada a los inmuebles destinados en forma pública y constante a la Celebración de la Santa Misa, o a funciones asistenciales cuando **ello implique una necesidad impostergable para la comunidad...**⁴³

Con la sanción del CCCN, han desaparecido los artículos 2338, 2345 y 2347 CCIV. Esto no significa que el **nuevo código** carezca de normas que hagan una remisión expresa a la legislación canónica;⁴⁴ pero sí ha desaparecido la categoría de los bienes relativamente inenajenables y de los bienes eclesiásticos como bienes integrantes del dominio público, y, por ello, otros deben ser los argumentos que funden la inembargabilidad: entre ellos, “razones humanitarias y de respeto al culto religioso”.⁴⁵

3.3. Inmuebles comprendidos

3.3.1. Cuestiones previas

3.3.1.1. Entes que conforman la Iglesia Católica

En primer lugar, y a la luz del artículo 146 CCCN, debemos especificar qué entidades quedan comprendidas dentro de la expresión “Iglesia Católica” y, como tales, gozan del beneficio de la inembargabilidad de sus bienes. Así, debemos mencionar a la Iglesia Católica Universal, representada por el Romano Pontífice, con asiento territorial en la Ciudad del Vaticano;⁴⁶ las diversas iglesias particulares que conforman la primera;⁴⁷ sus diversas divisiones territoriales, como las parroquias y cuasiparroquias;⁴⁸ los seminarios; la Conferencia Episcopal Argentina;⁴⁹ la Prelatura de la Santa Cruz y Opus Dei;⁵⁰ y, por

42. LAMBER, Rubén, (comentario al art. 744), 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. 221.

43. Fallo citado en nota 20. (El resaltado es nuestro).

44. El art. 147 CCCN dispone que las personas jurídicas públicas –entre ellas, la Iglesia Católica, conforme establece el art. 146– “se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución”.

45. TRIGO REPRESAS, Félix, (comentario al art. 744), en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 4, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016 (2ª ed.), p. 135.

46. Aunque debemos aclarar que, por razones históricas cuyo análisis excede el objeto del presente trabajo, la Santa Sede y la Ciudad del Vaticano son dos sujetos de derecho internacional público diferentes.

47. El canon 368 del *Código de Derecho Canónico de 1983* regula que son iglesias particulares las diócesis, las prelaturas y abadías territoriales, los vicariatos apostólicos, las prefecturas y administraciones apostólicas erigidas de manera estable.

48. Cánones 515 y 516 del Código de Derecho Canónico.

49. Decreto 230-M-22 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (2/8/1973).

50. Decreto 2245 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (27/11/1922).

último, los institutos de vida consagrada y sociedades de vida apostólica⁵¹, es decir, las antiguas órdenes y congregaciones religiosas, sus provincias, sus casas religiosas y los monasterios *sui iuris*⁵², cuya denominación cambió a partir de la sanción del *Codex Iuris Canonici* (Código de Derecho Canónico para la Iglesia Católica), sancionado en 1983 (en adelante, “CDC”).⁵³

3.3.1.2. Interrelación del derecho estatal y el derecho canónico

En segundo lugar, como ya desde antaño señalara Salvat, estamos ante un supuesto en que para poder efectuar una adecuada interpretación de la cuestión religiosa, la ley civil debe remitirse a la normativa canónica, es decir, a otro ordenamiento primario.⁵³ En el caso particular, el sistema de presupuesto originariamente previsto por Vélez Sársfield dio paso al de la remisión formal,⁵⁴ pero dentro del marco legal establecido para el Estado Argentino y la Iglesia católica por el *Concordato de 1966*⁵⁵ y, subsidiariamente,

51. Ver *Ley 24483*; sumado al reconocimiento particular de algunas órdenes preconstitucionales otorgado por el Poder Ejecutivo Nacional, como, por ejemplo, el otorgado a la abadía *Gaudium Mariae* de Monjas Benedictinas. Para mayor desarrollo del tema, ver DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “La personería jurídica de la Iglesia y de las comunidades religiosas y su capacidad para adquirir bienes y heredar”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, *Jurisprudencia Argentina*, t. 27, p. 1167; HERRERA, María M. L., KORNIUSZA, María C. y MAGE, Diego M., “Enajenación de bienes inmuebles por institutos de vida consagrada y sociedades de vida apostólica (IVC y SVA)” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 932, 2018.

52. Son las legítimamente constituidas por el superior competente, y en las cuales reside la comunidad religiosa (c. 608 CDC).

53. Salvat escribió: “La remisión a un cuerpo de leyes no nacional contenida en el párrafo es equiparable a aquella que se configura en las normas que el código contiene en materia de derecho internacional privado que someten ciertos puntos a la aplicación de leyes extranjeras. Aunque la Iglesia como persona pública no sea típicamente un Estado extranjero es una persona supranacional...” (SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964 [ed. actualizada por J. M. Olaciregui], p. 140).

54. Con HERRERA y KORNIUSZA (cfr. nota 51) expusimos que el derecho estatal y el derecho canónico se relacionan mediante diversos tipos de mecanismos que, aunque no son los únicos, son considerados como los principales y más frecuentes:

a) Tratados internacionales o concordatos.

b) Remisiones: referencias que un ordenamiento jurídico hace a las normas jurídicas de otro, de dos tipos: 1] materiales [consisten en la mención que hace un ordenamiento jurídico a la norma del otro ordenamiento pero sin reconocerle eficacia en su ámbito]; 2] formales [las denominadas remisiones en sentido estricto; se entiende que la remisión no receptiva o formal se produce cuando el Estado, aun tratándose de una materia que él podría regular, quiere limitar su propia competencia legislativa y excluye esa cuestión que constituye el objeto de su competencia, para reconocérsela a otro ente originario, de modo que las normas de este último ente vienen a adquirir cierta eficacia para el Estado, pero no como normas del Estado, porque él no las ha recibido sino como normas o leyes extrañas que surgen de otro ordenamiento jurídico primario].

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

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

55. Aprobado en Argentina por *Decreto-ley 17032*.

por las normas de derecho internacional, entre ellas, las de la [Convención de Viena de 1969](#).⁵⁶

3.3.1.3. Calificación de los bienes eclesiásticos

Como señalara Biocca, “calificar es definir los términos empleados en la norma de derecho internacional privado de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico”.⁵⁷ Y aquí pueden suscitarse dos problemas: a) al calificar, cada ordenamiento jurídico precisará para el respectivo instituto jurídico un significado o una extensión, que puede ser diferente; b) en caso de conflicto, “los jueces deben resolver aplicando la *lex fori* como regla general y la aplicación de la ley canónica como excepción”.⁵⁸

La primera calificación que debe efectuarse es la que determina qué debe entenderse por inmueble. En atención a lo dispuesto por el artículo 2663 CCCN, que consagró la regla de que la calificación de un bien como inmueble se determina por la ley del lugar de su situación,⁵⁹ solo se deben considerarse inmuebles aquellos que queden comprendidos en la definición que efectúan los artículos 225 y 226 del nuevo código.⁶⁰

La segunda calificación se refiere a qué bienes integran el grupo de bienes denominados eclesiásticos. La ley estatal, si bien carece de una calificación legal relativa a este tipo de bienes, ha sido interpretada de tal manera que solo configuran este grupo aquellos que pertenecen a entidades que conforman la Iglesia Católica,⁶¹ a tenor de lo dispuesto por los artículos 33 y 41 CCIV y 146 CCCN. Para la ley de la Iglesia, basta

56. Aprobada en Argentina por el [Decreto-ley 19865](#). Ver MOLINA, Marcela S., “Los bienes culturales de interés religioso”, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, Universidad Católica de Chile, v. 4, N° 1, 2018; en línea: <http://www.revistalatederechoyreligion.com/ojs/ojs-2.4.6/index.php/RLDR/article/view/87> (última consulta: 14/5/2019).

57. BIOCCA, Stella M., “El problema de las calificaciones en el derecho internacional privado”, en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, UBA (Facultad de Derecho), N° 43-45, 1971; en línea: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/43-45/el-problema-de-las-calificaciones-en-derecho-internacional-privado.pdf> (última consulta: 15/5/2019).

58. BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional y derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos*, Buenos Aires, La Ley, 1997, pp. 17-20.

59. Saucedo expresa que el art. 2663 CCCN “somete la calificación de un bien como inmueble a la ley del lugar de su situación. A diferencia del régimen anterior, se involucran en la solución a toda clase de bienes raíces, sin distinguir si están ubicados en el país o en el exterior” (SAUCEDO, Ricardo J., [comentario al art. 2663], en Clusellas, G. [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 8, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 1017-1021).

60. Art. 225 CCCN: “*Inmuebles por su naturaleza*. Son inmuebles por su naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre”. Art. 226 CCCN: “*Inmuebles por accesión*. Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario. No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario”.

61. Para SALVAT, p. ej., los bienes eclesiásticos son los que la Iglesia Católica posee, entendiéndose por tal no solo a la Iglesia Universal sino también a “cada iglesia o parroquia [que] constituye una persona jurídica y posee una amplia capacidad civil” (SALVAT, Raymundo M., ob. cit. [cfr. nota 53], p. 138). Por otro lado, no debemos dejar de mencionar que, hasta tanto fuera sancionada la [Ley 24483](#), las antiguas órdenes y congregaciones religiosas –hoy, institutos de vida consagrada y sociedades de vida apostólica– eran consideradas como personas jurídicas de derecho privado, en tanto que sus bienes fueron considerados “bienes eclesiásticos” (ver CSJN, 14/10/1992, “Autores desconocidos s/ hurto corazón Fray Mamerto Esquiú” [Fallos, t. 315 {v. 3}, p. 2500 {N. del E.: ver [aquí](#); fuente: CSJN; última consulta: 2/4/2020}]).

que estos sean de propiedad de personas jurídicas públicas.⁶² En consecuencia, como la ley estatal es más restrictiva que la canónica respecto de lo que debe ser considerado como un bien eclesiástico, advertimos que el elenco de personas jurídicas que pueden ser titulares de bienes eclesiásticos es mayor para la ley de la Iglesia.

Otra calificación que hacía el derecho estatal tenía que ver con el destino de los bienes en cuanto a su utilización: sagrados, los que estaban afectados al culto divino; y religiosos, los destinados al cumplimiento de los restantes fines de la Iglesia.⁶³ La distinción que hacía el artículo 2345 CCIV desapareció con la sanción del nuevo código. Por ello, para distinguir inmuebles de acuerdo a su uso cultural o no, es necesario acudir a las clasificaciones que hace el CDC (a partir del c. 1205).⁶⁴

Por último, la Iglesia no concibe que un bien eclesiástico no esté destinado al sostenimiento del culto divino, el sustento del clero y demás ministros y la realización de obras de apostolado sagrado y de caridad.⁶⁵ La determinación de estos fines no conlleva la existencia de un orden prelativo entre ellos; lo importante es que estos tengan en cuenta

... las necesidades más perentorias. El alcance y contenido de cada uno de dichos fines habrá de interpretarse en sentido amplio, al objeto de que cada uno de ellos pueda cumplirse íntegramente...⁶⁶

En definitiva, para la Iglesia, todos estos fines tienen igual importancia y, por ello, su patrimonio está afectado íntegramente y de manera inmediata a su consecución. Por el contrario, en la órbita estatal, siempre se interpretó que la dedicación al culto divino implicaba una afectación inmediata y de mayor jerarquía, mientras que el destino a los restantes fines antes señalados conllevaba una asignación de carácter mediato y de menor importancia.⁶⁷ Tal tesis tendría reflejo jurisprudencial al concederse la

62. Conforme al c. 1257 CDC. Las personas jurídicas públicas son las que determina el c. 116 §1, las que “cumplen en nombre de la Iglesia, a tenor de las prescripciones del derecho, la misión que se les confía mirando al bien público”.

63. Entendiéndose por tales a: “1º) lugares sagrados, o sea las iglesias, capillas y oratorios; los cementerios mientras estuvieron bajo la dependencia de la Iglesia, entraban también en esta clase; 2º) los lugares píos y religiosos, como conventos, hospitales y seminarios; 3º) los bienes temporales, o sea todos los demás bienes muebles o inmuebles que la Iglesia posee, destinados al servicio del culto y a los servicios generales que ella presta” (SALVAT, Raymundo M., ob. cit. [cfr. nota 53], p. 138).

64. Respecto de los inmuebles, tendremos lugares sagrados destinados al culto divino o a la sepultura de los fieles, mediante dedicación o bendición efectuada por la autoridad eclesiástica competente, y el resto de los bienes destinados a un uso terrenal.

65. C. 1254 §2 CDC: “... fines propios son principalmente los siguientes: sostener el culto divino, sustentar honestamente al clero y demás ministros y hacer las obras de apostolado sagrado y de caridad sobre todo con los necesitados”.

66. LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, (comentario al c. 1254), en AA.VV. (Instituto Martín de Azpilcueta), *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe y anotada*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1992, pp. 745-746.

67. Quizás, en esta mirada, haya tenido que ver el hecho de que la mayor parte de los autores adhiriera a la tesis del dominio público eclesiástico, integrado únicamente por aquellos bienes afectados al culto de Dios (templos, vasos, altares, etc.) con la consecuencia de su inembargabilidad, inenajenabilidad e imprescriptibilidad, a diferencia de los restantes bienes que componían el denominado dominio privado del eclesiástico, compuesto por cosas que, sin estar consagradas al culto divino, se aplican indirectamente a las necesidades de las iglesias. Así, según esta tesis, los bienes integrantes del dominio público eclesiástico tienen mayor relevancia por su afectación directa al culto, en tanto que los restantes bienes serían de menor importancia por tener un destino indirecto (ver ESQUIVEL, Héctor D., *Régimen eclesiástico argentino*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1928, pp. 394-399).

inembargabilidad de los bienes eclesiásticos solo a los bienes afectados efectivamente al culto y a la realización de obras de apostolado y caridad de los necesitados, negándoseles tal beneficio a los bienes que no cumplieran con este requisito.⁶⁸

3.3.2. Calificación de los bienes que quedan incluidos en la inembargabilidad

3.3.2.1. Tesis amplia

En virtud de esta tesis,⁶⁹ podría entenderse que la falta de calificación por parte de la norma estatal de lo que significa afectación torna necesario que debamos recurrir a la que efectúa la propia normativa canónica. De este modo, como todos los bienes eclesiásticos se encuentran afectados a la consecución de los fines de sostenimiento del culto divino, sustento del clero y realización de obras de apostolado y caridad,⁷⁰ y como estos no fueron establecidos siguiendo un orden de prelación, todos los bienes de la Iglesia Católica resultan inembargables: no existen bienes eclesiásticos que no estén afectados a estos fines propios. La ausencia de calificación por parte de la ley estatal torna operativa la calificación de la ley canónica, en virtud de la remisión que específicamente prevé el nuevo código.

En sustento de esta idea, podemos hacer referencia al correlato que el artículo 744 CCCN tiene en el artículo 2573,⁷¹ que establece que no se pueden ejercer privilegios sobre los bienes cuya inembargabilidad ha sido establecida por la ley,⁷² situación que excluiría la aplicación del artículo 2582.⁷³

68. En la causa citada en nota 20, se resolvió mantener el embargo de ciertos inmuebles de propiedad de dicha diócesis porque, a pesar de que documentalmente constaba la dedicación al culto divino, tal circunstancia no había sido demostrada en los hechos y no se logró demostrar que, efectivamente, en ellos existiera una iglesia.

69. Debemos aclarar que a la fecha de confección de esta ponencia no encontramos ningún autor que la formulara de esta manera.

70. C. 1257 §2 CDC.

71. Art. 2573 CCCN: “Definición. Asiento. Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro. Puede ejercitarse mientras la cosa afectada al privilegio permanece en el patrimonio del deudor, excepto disposición legal en contrario y el supuesto de subrogación real en los casos que la ley admite. El privilegio no puede ser ejercido sobre cosas inembargables declaradas tales por la ley”. (El resaltado es nuestro).

72. Situación que ha sido criticada por Compagnucci de Caso: “si bien el sentido resulta plausible, ya que hace a todo aquello que se vincula con lo espiritual y creencias de la gente, también habría que considerar a las personas (acreedores) que hayan trabajado para su construcción, refacción, arreglo, etc. Estos no podrán cobrar sobre esos bienes”. Si para este autor no resulta aplicable el privilegio previsto en el inc. a) del art. 2582 CCCN, es porque no importa el uso a que se encuentra afectado el inmueble sino que la inembargabilidad resulta de su sola titularidad por parte de una confesión religiosa (COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., [comentario al art. 744], en Medina, G. y Rivera, J. C. [dirs.] y Esper, M. [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 55).

73. Por su parte, el art. 2582 CCCN dispone: “Enumeración. Tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica: a) los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre esta. Se incluye el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal; b) los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis meses y los provenientes de indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad del deudor, se encuentren en el establecimiento donde presta sus servicios o que sirven para su explotación. Cuando se trata de dependientes ocupados por el propietario en la edificación, reconstrucción o reparación de inmuebles, el privilegio recae sobre estos; c) los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre estos; d) lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida, sobre esta o sobre las sumas depositadas o seguridades constituidas para liberarla; e) los créditos

3.3.2.2. Tesis restringida

Esta tesis postula que solo integran el conjunto de bienes inembargables aquellos afectados al culto.⁷⁴ Prescinde de la calificación efectuada por la ley canónica y se basa en la tradición doctrinaria y jurisprudencial argentina que establecía un orden de prelación e importancia a favor de los bienes destinados al culto en desmedro de los demás bienes asignados a la consecución de los restantes fines. Según esta forma de interpretar la norma estatal, la afectación solo se dará en el supuesto de que los inmuebles tengan un destino cultural.

3.3.2.3. Nuestra opinión

No coincidimos con ninguna de las teorías anteriores. Consideramos que resulta necesario adoptar un criterio intermedio. La tesis que hemos denominado amplia parte de equiparar los términos “afectación” y “titularidad”. La norma estatal no estipuló la inembargabilidad para los bienes **de titularidad** de cualquier religión reconocida por el Estado sino de los **afectados**, en un sentido de destino. No parece que el legislador tuviera como intención excluir a los bienes eclesiásticos del tráfico jurídico, impidiendo que estos pudieran ser puestos en garantía de las obligaciones que los diversos entes eclesiásticos pudiesen contraer. Asimismo, esto no se compadece con la propia normativa canónica, que permite y regula los mecanismos que deben seguirse para contraer deudas y garantizarlas mediante la constitución de hipotecas u otros derechos reales de garantía.⁷⁵ Como señala Kemelmajer de Carlucci, “si la cosa es inembargable, no puede subastarse, no hay producido”.⁷⁶ Sostener la equivalencia entre titularidad, afectación e inembargabilidad nos pondría frente a un beneficio del cual no goza ni siquiera el propio Estado: ningún bien de propiedad de la Iglesia podría ser ejecutado en garantía de un crédito.

Por otro lado, reducir la afectación de los inmuebles al uso cultural implicaría desconocer la entidad que ha tenido el patrimonio eclesiástico en la historia de nuestro país, del que se han beneficiado de manera continua tanto el Estado como la sociedad en general.⁷⁷ Debemos conciliar que los bienes de la Iglesia Católica han sido destinados

garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, *warrant* y los correspondientes a debentures y obligaciones con garantía especial o flotante; f) los privilegios establecidos en la Ley de Navegación, el Código Aeronáutico, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Seguros y el Código de Minería”.

74. Esta tesis tampoco ha sido desarrollada en profundidad, pero puede deducirse de algunos comentarios efectuados al inc. d) del art. 744 CCCN: “... en el inciso d) se excluyen bienes a los que su destino –dedicados al culto religioso – los hace impropios de una garantía económica, por cuanto, proyectada la idea de espiritualidad en ellos, fuera del espacio terrenal y de tiempo, requiere su perduración sin riesgos de privarlos de lo elemental para la reunión de sus fieles en su ejercicio” (LAMBER, Rubén, ob. cit. [cfr. nota 42], p. 221).

75. ¿Qué sentido tendría garantizar un crédito con hipoteca si el bien eclesiástico no podría ser objeto de una subasta por carecer este privilegio de asiento?

76. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, (comentario al art. 3878), en AA.VV., *Código Civil comentado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía*, t. 9 (dirigido por A. Kemelmajer de Carlucci, C. M. Kiper y F. Trigo Represas), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 62.

77. Pensemos en antiguas iglesias o conventos y sus edificios anexos en los cuales funcionaron las primeras instituciones educativas, establecimientos asistenciales, orfanatos, hospitales, cementerios, etc., construidos por órdenes religiosas llegadas al país con los conquistadores españoles y antes del nacimiento de la Nación argentina

inveteradamente a otras funciones además de las culturales, tales como, por ejemplo, educativas y asistenciales, mediante el uso directo del inmueble o por su dedicación a la obtención de rentas destinadas a solventar estas actividades.

En definitiva, estipular qué bienes se encuentran afectados a la consecución de los fines de la Iglesia es una cuestión de hecho que debe ser determinada en cada caso concreto. En algunos supuestos la respuesta es fácil; basta advertir que en determinado inmueble se erige una iglesia u oratorio, un convento, o que dentro suyo existe un lugar destinado a la celebración del culto divino por parte de la comunidad, para que quede protegido con el beneficio de la inembargabilidad. Lo mismo sucede con los inmuebles que alojan dependencias anexas a los templos o que se destinan a tareas anexas al servicio de culto o que son la sede de la autoridad eclesiástica, como la sede de la Conferencia Episcopal Argentina, las curias episcopales, las casas parroquiales, las casas religiosas de los institutos de vida consagrada o sociedades de vida apostólica. También es fácil detectar la afectación en el caso de edificios destinados a la formación de sacerdotes, como los seminarios, a colegios católicos o a otras actividades asistenciales que históricamente llevó a cabo la Iglesia Católica, como hospicios, centros de salud, centros asistenciales, etc. Más difícil será el caso de otros bienes cuyo único fin sería la obtención de rentas destinadas a solventar las actividades de la Iglesia. En este último supuesto, debería demostrarse, en concreto, la utilización de las rentas en el sostenimiento y consecución de los fines que determina la legislación canónica. Y, finalmente, debemos reconocer que existe una porción del patrimonio eclesial que no tiene afectación concreta alguna, como pueden ser inmuebles desocupados o lotes baldíos.

Como corolario, y en apoyo de esta posición que podríamos calificar de intermedia, contamos con antecedentes jurisprudenciales que rechazaron la inembargabilidad en el supuesto en que no hubo una afectación concreta a la consecución de los fines señalados por las normas de la Iglesia.⁷⁸

4. Registración de la inembargabilidad

4.1. Finalidad

La inembargabilidad de un bien eclesiástico parte del supuesto de considerar que determinado inmueble está destinado de manera inmediata y exclusiva a la celebración del culto divino, sustento del clero u obras de apostolado y caridad.⁷⁹ Este beneficio, en la medida en que presupone que el propietario no pueda dar un destino diverso, evidencia una restricción a su derecho real de dominio.⁸⁰

y que, aún hoy en día, continúan con el destino para el cual fueron creados (ver HERRERA, María M. L. y otros, ob. cit. [cfr. nota 51]).

78. Ver sentencia citada en nota 20.

79. C. 1254 §2 CDC.

80. VILLARO ejemplifica como supuestos que modifican el derecho de dominio del inmueble y que implican una afectación otros que suponemos análogos: “como las afectaciones a expropiación y de igual modo las afectaciones al fideicomiso de la Ley 14394 (bien de familia), 14005 (venta de inmuebles loteados en plazos) y 19724 (prehorizontalidad). En estos casos lo que se modifica es el régimen jurídico aplicable al dominio del inmueble”

Hemos visto que la norma que consagra este beneficio, y que lo supedita a la concreta afectación del inmueble a la consecución de los fines mencionados, no resulta clara en cuanto a los supuestos que quedan comprendidos en ella. Tampoco queda claro cuándo, cómo y de qué manera la restricción a un uso diverso permite tener por cumplido el destino de afectación y torna al beneficio en operativo y, por ende, oponible a terceros, y viceversa. Estimamos que una norma de carácter registral permitiría dilucidar la cuestión y alcanzar una solución plausible. Este tipo de norma, al regular los requisitos y modos de publicitar el destino de afectación, para que sea oponible a terceros,⁸¹ propiciaría que se pudiera petitionar el levantamiento de cualquier embargo anotado en contradicción con la ley de fondo, sin que fuera necesario sustanciar un procedimiento incidental. Por su parte, los eventuales acreedores podrían impugnar la concesión de este beneficio en la medida en que logran acreditar el incumplimiento de los requisitos establecidos por el nuevo código.⁸²

De este modo, la publicidad registral derivada de un acto formal de afectación sería el mecanismo eficaz para proteger tanto a los titulares de los bienes eclesiásticos como a los acreedores embargantes. La inscripción de la afectación tendría como resultado que cualquier eventual acreedor, antes de solicitar el embargo de inmueble, podría saber de antemano si el mismo resulta inembargable, y, para el caso de existir una discordancia entre lo publicitado registralmente y la realidad extrarregistral, podría alegar y probar esta discrepancia para obtener la anotación definitiva del embargo, en miras a una posterior ejecución del bien.

4.2. Mecanismo de afectación

Estimamos que el **acta notarial** es el mecanismo idóneo de afectación, porque cumple con los requisitos del artículo 3 de la **Ley 17801**; es decir, se trata de un documento auténtico, que hace fe por sí mismo en cuanto a su contenido registrable, sirve inmediatamente de título al dominio o al asiento correspondiente, y es autorizado por un escribano público con facultades para ello de acuerdo a la normativa del CCCN y las normas notariales de cada demarcación. No estamos ante un caso en el que se busca publicitar una restricción voluntaria del uso del inmueble sino ante un supuesto que

(VILLARO, Felipe P., *Derecho registral inmobiliario*, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 80 [colección “Función notarial”; dirigida por Natalio P. Etchegaray, v. 2]).

81. La oponibilidad es el efecto principal de la publicidad registral. La oponibilidad significa eficacia frente a los terceros. En contraposición, la inoponibilidad supone que lo inscrito no afecta a determinados terceros (ver DEL RIESCO SOTIL, Luis F., “Las restricciones convencionales al derecho de propiedad y su oponibilidad a terceros”, en *Thēmis. Revista de Derecho*, Lima, Universidad Católica del Perú, N° 60, 2011; en línea: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5110599.pdf> (última consulta: 15/5/2019)).

82. Estimamos que el asiento registral que da cuenta de la específica situación que autoriza la inembargabilidad es el punto de partida para que todo aquel que pretenda impugnar este beneficio deba probar el uso diverso al señalado por el art. 744 CCCN. Quien pretendiese refutar la afectación, para pedir su inoponibilidad respecto de sí, o la desafectación respecto de todos los acreedores, debería realizar el correspondiente proceso judicial para echar por tierra este beneficio. En cuanto a los procedimientos posibles y al igual que sucede con la afectación al régimen de la vivienda familiar, si lo que se busca es la inoponibilidad respecto del propio acreedor, bastaría la vía incidental, en tanto que si se solicitara la desafectación con relación a todos los acreedores, debería efectuarse a través de un procedimiento autónomo, conforme por ejemplo postula Areán para el “bien de familia” (AREÁN, Beatriz, *Bien de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 449).

tiene por objetivo poner en conocimiento de la comunidad que el inmueble se encuentra destinado a la consecución de ciertos fines que surgen de la norma que concede el beneficio de la inembargabilidad.

La autorización de este instrumento habrá de ser requerida por el titular registral, con acreditación del dominio, transcripción de la documentación eclesiástica que eventualmente hubiere sido dictada para disponer su afectación al fin de destino⁸³ y la constatación por parte del notario de la afectación efectiva del inmueble al cumplimiento de los fines. Luego, habrá de ser rogada su inscripción en la parte del asiento registral correspondiente a restricciones al dominio.

4.3. Cuestiones procesales

4.3.1. Relativas a la anotación del embargo

Que exista constancia registral de la afectación, ¿impide que el registrador tome nota de un eventual embargo dispuesto en el curso de un proceso judicial? Entendemos que no. Como señala Kemelmajer de Carlucci,

... en concordancia con el criterio expuesto en la IV Reunión Nacional de directores de Registro de la Propiedad Inmueble en el año 1967, seguido en la XXVI Reunión Anual de Directores de Registro de la Propiedad Inmueble realizada en La Plata en el año 1989, el Registro cumplirá con su función publicitaria “tomando razón de los embargos que fueren dispuestos sobre el inmueble, haciéndole saber al juez embargante la circunstancia que lo afecta”...⁸⁴

4.3.2. Relativas a la desafectación

Anotado el embargo, pueden darse dos situaciones: a) el titular registral solicita su levantamiento por ser improcedente; b) el acreedor embargante solicita que se mantenga la vigencia de la medida cautelar, hasta que, llegado el momento procesal oportuno, pide su inoponibilidad o la desafectación, a los efectos de llevar a cabo el proceso ejecutivo. El siguiente párrafo, escrito con motivo del análisis de las cláusulas de inembargabilidad

83. Recordemos que son lugares sagrados aquellos que se destinan al culto divino mediante la dedicación o bendición, es decir, hay un doble elemento constitutivo y caracterizante: “la destinación estable cultural y la dedicación o bendición. No basta el primero. Es el segundo el que confiere a la destinación religiosa un valor auténtico, oficial, jurídico-litúrgico” (ALESSIO, Luis, *Derecho litúrgico*, Buenos Aires, EDUCA, 1997, p. 102). La norma canónica manda a que se levante un acta de la dedicación o de la bendición de una iglesia, de la cual debe guardarse acta en la curia diocesana y en el archivo diocesano (c. 1208). Como la dedicación tiene consecuencias jurídicas y litúrgicas, “el documento o acta tiene que cumplir los siguientes requisitos: 1) indicar la fecha (año, mes, día) de la celebración, el nombre del Obispo celebrante, el titular de la Iglesia y si es el caso, los nombres de los santos o mártires cuyas reliquias hayan sido depositadas bajo el altar. 2) Se deben redactar dos ejemplares que se han de conservar en el archivo diocesano y en el archivo del lugar sagrado [...] 3) los documentos han de estar firmados por el Obispo, el rector de la iglesia y algunos representantes de la comunidad local, 4) en algún lugar adecuado de la iglesia hay que colocar una inscripción (mármol, bronce, etc.) que indique fecha de la dedicación, título de la iglesia y obispo consagrante. El documento [...] no se prescribe para la bendición de un oratorio o capilla privada, aunque debe quedar constancia de la licencia para constituirlos” (idem, p. 106).

84. LUVERÁ, Miguel Á., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 31.

plasmadas en la [carta orgánica del Banco Hipotecario Nacional](#),⁸⁵ y que entendemos perfectamente aplicable al instituto bajo análisis en este trabajo, postula:

Dado que la protección legal que brinda la cláusula estará condicionada a que el inmueble mantenga su categoría originaria, conserve su destino y los demás requisitos exigidos por la ley, circunstancia esta que escapa a la función calificadora de los Registros de la Propiedad Inmueble, deberá ser evaluada concienzudamente por el Tribunal actuante.⁸⁶

Es decir, el ámbito en el cual se debe discutir la procedencia o no del beneficio establecido por el artículo 744 CCCN no es el Registro de la Propiedad sino el proceso judicial en el cual se dispuso la medida cautelar sobre un inmueble cuyo uso se encuentra afectado a los fines propios de los bienes eclesiásticos.

En síntesis, la registración de la afectación en los términos del artículo 744 CCCN, para el caso de discrepancia entre lo publicitado registralmente y la realidad extraregstral, le otorgará al acreedor la posibilidad de solicitar ante el juzgado interviniente la inoponibilidad o directamente la desafectación de la inembargabilidad. En el caso contrario, le permitirá al titular de dominio petitionar el levantamiento del embargo.

5. Conclusiones

Se propone de *lege ferenda* que se dicten normativas registrales a los efectos de determinar los requisitos para que los efectos propios de la afectación, a partir de la inscripción, resulte oponible a terceros.

La norma registral también deberá especificar la manera de hacer públicos los fines a que se encuentra condicionada la afectación, para facilitar la corroboración entre lo publicitado y la realidad extraregstral, con miras a simplificar el pedido de levantamiento de los embargos improcedentes, o allanar el procedimiento incidental o autónomo que inicie cualquier acreedor para obtener la inoponibilidad del beneficio respecto de su crédito, o directamente la desafectación, con miras a que un proceso de ejecución permita la satisfacción de su crédito.

6. Bibliografía

- ALESSIO, Luis, *Derecho litúrgico*, Buenos Aires, EDUCA, 1997.
- ALSINA, Hugo, *Tratado de teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. 5, Buenos Aires, Ediar, 1962.
- ALTERINI, Jorge H. y LLAMBÍAS, Jorge J., (comentario al art. 2345), en Llambías, J. J. (dir.), *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, t. IV-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988 (2ª reimpresión).
- APARICIO NOVOA, Gerardo, *Patrimonio cultural eclesiástico: aproximación conceptual y normativa reguladora*, Madrid, (s.e.), 2017 (trabajo de fin de grado en derecho canónico en Universidad Pontificia Comillas).
- ARANCIBIA, José M., "El patrimonio religioso y cultural", en *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, Buenos Aires, UCA, t. XXI (2015).

85. Debemos recordar que estas cláusulas fueron un mecanismo que el legislador encontró para proteger la vivienda familiar, con anterioridad a la sanción de la [Ley 14394](#).

86. LUVERÁ, Miguel Á., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 31.

- AREÁN, Beatriz, *Bien de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
- BIOCCA, Stella M., “El problema de las calificaciones en el derecho internacional privado”, en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, UBA (Facultad de Derecho), N° 43-45, 1971.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional y derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos*, Buenos Aires, La Ley, 1997.
- BORGA, Ernesto E., “Bienes inembargables”, en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.
- COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., (comentario al art. 744), en Medina, G. y Rivera, J. C. (dirs.) y Esper, M. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 3, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- DEL RIESCO SOTIL, Luis F., “Las restricciones convencionales al derecho de propiedad y su oponibilidad a terceros”, en *Thēmis. Revista de Derecho*, Lima, Universidad Católica del Perú, N° 60, 2011.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “La personería jurídica de la Iglesia y de las comunidades religiosas y su capacidad para adquirir bienes y heredar”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 27.
- ESQUIVEL, Héctor D., *Régimen eclesiástico argentino*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1928.
- HERRERA, María M. L., KORNUSZA, María C. y MAGE, Diego M., “Enajenación de bienes inmuebles por institutos de vida consagrada y sociedades de vida apostólica (IVC y SVA)” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 932, 2018.
- HIGHTON, Elena I., (comentario al art. 2345), en Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 5-A, Buenos Aires, Hammurabi, 1995.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, (comentario al art. 3878), en AA.VV., *Código Civil comentado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía*, t. 9 (dirigido por A. Kemelmajer de Carlucci, C. M. Kiper y F. Trigo Represas), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- KIPER, Claudio M., (comentario al art. 2345), en Kiper, C. M. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía. Derechos reales*, t. 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- LAMBER, Rubén, (comentario al art. 744), 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.
- LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, (comentario al c. 1254), en AA.VV. (Instituto Martín de Azpilcueta), *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe y anotada*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1992.
- LUVERÁ, Miguel Á., “Inembargabilidad”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 866, 2001.
- MARIENHOFF, Miguel S., “Los bienes corporales de la Iglesia Católica en Argentina. Su régimen jurídico”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*, Buenos Aires, RAP, N° 221, 1997.
- MOLINA, Marcela S., “Los bienes culturales de interés religioso”, en *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, Universidad Católica de Chile, v. 4, N° 1, 2018.
- NOVELLINO, Norberto J., *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979.
- PODETTI, J. Ramiro, “Las medidas cautelares y el embargo preventivo de los frutos de la cosa litigiosa”, en *Revista de Derecho Procesal*, t. 1, 1943.
- SALAS, Acdeel E. y TRIGO REPRESAS, Félix A., (comentario al art. 3878), en *Código Civil y leyes complementarias anotados*, t. 3, Buenos Aires, Depalma, 1977.
- SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964 (ed. actualizada por J. M. Olaciregui).
- SAUCEDO, Ricardo J., [comentario al art. 2663], en Clusellas, G. [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 8, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- SPOTA, Alberto G., “El dominio público eclesiástico”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, t. 1942-III.
- TRIGO REPRESAS, Félix, (comentario al art. 744), en en Alterini, J. H. (dir. gral.) y Alterini, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. 4, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, 2016 (2ª ed.).
- USTINOV, Hugo von, “La tutela de los bienes culturales en el derecho canónico”, en *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, Buenos Aires, UCA, t. XIX (2013).

VILLARO, Felipe P., *Derecho registral inmobiliario*, Buenos Aires, Astrea, 2014 (colección “Función notarial”; dirigida por Natalio P. Etchegaray, v. 2).

Legislación:

Codex Iuris Canonici (Código de Derecho Canónico para la Iglesia Católica) (1983)

Código Civil (Ley Nacional 340) y leyes modificatorias y complementarias.

Código Civil y Comercial (Ley Nacional 26994) y leyes modificatorias.

Códigos procesales en lo civil y comercial de todas las provincias argentinas.

Constitución de la Nación Argentina.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) (Decreto-ley 19865)

Conventio Inter Apostolicam Sedem et Argentinam Rempubicam (1966) (Decreto-ley 17032)

Decreto PEN 540/1993

Ley Nacional 17801.

Jurisprudencia:

CSJN, 13/7/1869, “D. Esteban Spinetto c/ la Comisión encargada de la obra del Templo de Monserrat p/ cobro ejecutivo de pesos”.

CSJN, 23/8/1944, “Cía. Suizo-Argentina de Electricidad v/ Municipalidad de Villaguay”.

SC de Buenos Aires, 19/12/1961, “Prga; Vicente; deduce tercería de dominio en juicio: ‘Luchessi, Roberto R. vs. Casanova, Enrique. Cobro de pesos y embargo preventivo”.

CNCiv., Sala A, 10/9/1974, “Rinaldelli Alberto c/ Rinaldi Horacio M.”.

CNCom., Sala E, 30/8/1989, “Lemos, Jorge c/ Obispado de Venado Tuerto”.

CSJN, 22/10/1991, “Lastra, Juan c/ Obispado de Venado Tuerto s/ recurso de hecho”.

CSJN, 14/10/1992, “Autores desconocidos s/ hurto corazón Fray Mamerto Esquiú”.

CNCom., Sala B, 12/9/2005, “Quaglino, Carlos Alberto c/ Castro, Karina Andrea s/ ejecutivo”.

La letra hipotecaria a veinticinco años de la sanción de la Ley 24441

Marcela Molina

Jorge Romera

RESUMEN

Han transcurrido veinticinco años desde la sanción de la Ley 24441 y hoy continúa vigente con numerosas modificaciones. Entre ellas, aquellas introducidas por la Ley 26994, que aprobó el Código Civil y Comercial y suprimió los títulos relativos al fideicomiso y el *leasing*, no así el título III sobre letras hipotecarias, hoy aún vigente. El uso de esta figura a lo largo de veinticinco años, en distintos contextos macroeconómicos, políticos y sociales, nos ha llevado a reflexionar sobre algunos aspectos de esta ley en el marco de la jurisprudencia de los últimos años. En el presente artículo, analizamos la letra hipotecaria, centrándonos en tres aspectos en que el Código Civil y Comercial ha incidido en relación a esta: en cuanto título valor, en cuanto a la garantía hipotecaria y en cuanto a la protección del consumidor.

PALABRAS CLAVE

Letras hipotecarias; Ley 24441; derecho constitucional; derecho a vivienda digna; protección del consumidor.

Fechas de recepción y aceptación

18/10/2019 - 29/3/2020

Sumario: 1. Introducción. 2. La Letra hipotecaria como título valor. 2.1. Terminología de la Ley 24441 y su recepción en el Código Civil y Comercial. 2.2. Caracteres específicos de la letra hipotecaria. 2.3. Clases de letras hipotecarias. 2.4. Diferencia con otros títulos valores. 3. El derecho real de hipoteca que garantiza el título valor. 4. Régimen jurídico de la letra hipotecaria. 4.1. La Ley 24441. 4.2. La nueva incumbencia notarial en el Código Civil y Comercial: el notario a cargo del registro de letras hipotecarias escriturales. 4.3. La emisión de la letra hipotecaria y la protección del consumidor. 4.4. El derecho constitucional a una vivienda digna. 4.5. Normas infralegales emitidas por las autoridades administrativas dentro del marco de su competencia. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

1. Introducción

La [Ley 24441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción](#)¹ fue sancionada hace veinticinco años con el consenso legislativo de los bloques mayoritarios. Esta nor-

1. Sancionada el 22/12/1994, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina (BORA) del 16/01/1995.



ma pretendió establecer un marco jurídico adecuado para atraer inversores hacia el financiamiento de la vivienda.

Es importante mencionar el marco constitucional invocado para fundamentar la sanción de esta norma legal. La **Constitución Nacional** –con las reformas de 1957 y 1994– le impuso al Estado el deber de establecer las condiciones para el acceso a una vivienda digna.² El Estado argentino utilizó distintas modalidades y figuras jurídicas para cumplir con ese imperativo constitucional.

Durante varias décadas, las políticas estatales estuvieron dirigidas principalmente a la construcción y adjudicación de viviendas sociales a través de organismos autárquicos y/o del otorgamiento de créditos a través de bancos oficiales, tomando el Estado a su cargo el riesgo empresario y utilizando sus propios recursos financieros. Hasta el año 1994, el Estado construyó viviendas usando preferentemente el contrato de obra pública y otros contratos administrativos y financiando su construcción con fondos públicos, ya sea con partidas presupuestarias especiales, imposición de contribuciones especiales o emisión de títulos públicos a ese fin. En los años noventa, dentro de un marco de reforma del Estado y descentralización, se pretendió pasar del Estado constructor y financiador –abandonando progresivamente la oferta directa y su financiamiento– a un Estado facilitador de los mercados de vivienda, canalizando el ahorro hacia la construcción de la vivienda y promoviendo la actuación del sector privado para mejorar la eficiencia y la calidad constructiva,³ quedando el Estado desvinculado del riesgo de la construcción.

La política habitacional estuvo dirigida, en gran medida, a la descentralización de los fondos del Fondo Nacional de la Vivienda (FONAVI), la articulación de las distintas órbitas del Estado nacional, provincial y municipal, la diversificación de las operatorias según tipo de demanda, condiciones y características del beneficiario y, especialmente, el desarrollo del mercado de hipotecas,⁴ con el objetivo de bajar los costos del endeudamiento (disminución de tasas de interés y de plazos) y los costos de la intermediación financiera.

El desarrollo de este mercado secundario de hipotecas amplía los recursos disponibles de las entidades bancarias y financieras a partir de créditos hipotecarios ya otorgados mediante un proceso de securitización. La securitización, titularización o bursatilización procura la transformación de activos ilíquidos en títulos valores negociables en el mercado de capitales y puede tener tres tipos de estructuras según la forma en que se afecten los activos al pago de los títulos emitidos (*pass through*, *asset backed securities*, *pay through*).⁵ Este mecanismo se concibió como un instrumento fundamental

2. ANDORNO, Luis, “La securitización de activos y las letras hipotecarias en la Ley N° 24441”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, t. 1997-III, p. 953.

3. BOUILLON, C. P. (ed.), *Un espacio para el desarrollo. Los mercados de vivienda en América Latina y el Caribe*, Washington DC, Banco Interamericano de Desarrollo, 2012; disponible online [aquí](#); última consulta: 18/10/2019.

4. REBORD, Germán, “Las políticas públicas de vivienda en Argentina desde principios del siglo XX a la actualidad” [online], [s.e.], [s.f.]; ver [aquí](#); última consulta: 18/10/2019.

5. KIPER, Claudio y LISOPRAWKI, Silvio, *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 1 y 173. Ver también SABAT, Diego, “Securitización. Alternativas de instrumentación en la República Argentina”, en Favier Dubois, E. M. (h.) y Nissen, R. A. (dirs.), *Derecho societario argentino e iberoamericano*, t. 2, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995-1996, pp. 373-380 (ponencia presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa [Mar del Plata, 1995]).

para el ingreso de capitales en la medida en que posibilita “la organización del crédito hipotecario, fundamentalmente mediante la utilización de figuras que den el máximo de garantías a los inversores”.⁶

El marco normativo vigente hasta 1994 era inconveniente para la titularización. El dominio fiduciario, regulado en el Código velezano en unos pocos artículos, solamente era aplicable a cosas muebles o inmuebles. El pagaré hipotecario previsto en el artículo 3202 del [Código Civil derogado](#) permitía oponer excepciones subjetivas derivadas de la relación extracartular frente al transmitente inmediato. En la cesión de crédito era necesaria la notificación del deudor cedido. Además, los créditos cedidos quedaban afectados por los vicios y excepciones en contra del cedente.

La letra hipotecaria fue introducida por la [Ley 24441](#) (título III, arts. 35-49) para darle fluidez y seguridad al tracto negocial, facilitar la transferencia de créditos hipotecarios al fondo fiduciario, disminuir sus costos (simple transmisión por endoso) y posibilitar la securitización. De este modo,

... las letras hipotecarias aparecen como un instrumento jurídico y de crédito apto para formar mercados de capitales, movilizar el crédito [...] en definitiva, un instrumento de fácil circulación que permita dar liquidez a la inversión a través del crédito hipotecario...⁷

A la fecha de la sanción de esta ley, la letra hipotecaria dio lugar a numerosos artículos de doctrina que analizaron sus características, su naturaleza jurídica, la diferencia con los pagarés hipotecarios regulados en el Código Civil derogado (art. 3202) y su ejecución mediante el trámite especial regulado en el título V de la ley comentada.

Poco después, el [Decreto PEN 780/1995](#)⁸ reglamentó las letras escriturales. Nuevamente, la doctrina analizó sus caracteres y proyecciones, discurrendo entre otras cosas, en torno al registro para esta clase de letras hipotecarias y la calidad de las personas jurídicas habilitadas a tal fin. Esta norma reglamentaria fue modificada por los Decretos [PEN 1389/1998](#)⁹ y [471/2018](#).¹⁰ Asimismo, algunos registros inmobiliarios de las provincias dictaron normas técnico-registrales para reglamentar la anotación registral, los criterios para la calificación de documentos e intervención del registrador. El jefe del Registro Nacional de Aeronaves dictó las Disposiciones Técnico Registrales [5/2005](#) y [3/2009](#), reglamentando la calificación y otros aspectos registrales para las letras hipotecarias sobre aeronaves.

Han transcurrido veinticinco años desde la sanción de la Ley 24441 y hoy continúa vigente con numerosas modificaciones. Entre ellas, aquellas introducidas por la [Ley 26994](#),¹¹ que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial (en adelante, “CCCN”) y su-

6. CROSTELLI, Juan C., (su intervención en el debate parlamentario de la Ley Nacional 24441), en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación. 34ª reunión - continuación de la 12ª sesión ordinaria. Noviembre 17 de 1994*, Buenos Aires, Congreso de la Nación Argentina, 1994; disponible [aquí](#); última consulta: 18/10/2019.

7. AZERRAD DE FINQUELSTEIN, Iris J., “Letras hipotecarias”, en *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio Escribanos de Córdoba, N° 77, 1999. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: Revista Notarial Córdoba; última consulta: 24/4/2020].

8. Emitida el 20/11/1995; publicada en BO el 27/11/1995.

9. Emitida el 27/11/1998; publicada en BO el 3/12/1998.

10. Emitida el 17/05/2018; publicada en BO el 18/5/2018.

11. Sancionada el 1/10/2014; publicada en BO el 8/10/2014.

primió los títulos relativos al fideicomiso y el *leasing*, previendo una nueva regulación, no así el título III sobre letras hipotecarias, hoy aún vigente. También se destacan otras modificaciones, como las introducidas por la [Ley 27271](#),¹² que reglamentó el crédito con ahorro previo en “unidades de vivienda” (UVIS) e introdujo reformas al plazo de duración de la inscripción de la hipoteca.

Más allá de la denominación de esta ley, lo cierto es que el uso de las figuras jurídicas reguladas por este texto legal se extendió a otras áreas no sólo en relación a la vivienda, tales como la [Ley 27440 de Financiamiento Productivo e Impulso de las PyMEs](#).¹³

En este tiempo, se usó ampliamente este título valor con garantía hipotecaria. Incluso, se utilizaron las letras escriturales aun frente a las opiniones que predecían su poco interés práctico aunque considerando que serían usadas para los títulos valores emitidos con la garantía de los fondos securitizados.¹⁴ El uso de esta figura a lo largo de veinticinco años, en distintos contextos macroeconómicos (crisis económicas recurrentes, índices de inflación), políticos (políticas de vivienda de los sucesivos gobiernos, políticas cambiarias) y sociales (desempleo), debe llevarnos a la reflexión sobre algunos aspectos de esta ley, para remozarla según las pautas elaboradas por la jurisprudencia, particularmente aquella que resuelve conflictos entre los derechos del consumidor y el inversor, y sin perder de vista su finalidad: el derecho humano a una vivienda digna. Pues el fomento del ahorro, el desarrollo del mercado de hipotecas y la canalización de las inversiones hacia la construcción no tienen un fin en sí mismo sino que son solo un medio para cumplir con el mandato constitucional.

En el presente artículo, nos proponemos analizar la letra hipotecaria a partir de esa interpretación jurisprudencial, centrándonos en tres aspectos en que el CCCN ha incidido en relación a esta: en cuanto título valor, en cuanto a la garantía hipotecaria y en cuanto a la protección del consumidor. Debemos tener presente que el CCCN ha establecido reglas generales, dejando vigentes microsistemas jurídicos, entre ellos, el régimen jurídico de la letra hipotecaria.

2. La letra hipotecaria como título valor

2.1. Terminología de la Ley 24441 y su recepción en el Código Civil y Comercial

§1. El artículo 35 de la citada ley definió las letras hipotecarias como “títulos valores con garantía hipotecaria”. La terminología, conceptualización y alcance de la expresión títulos valores fueron debatidos en doctrina durante décadas.

12. Sancionada el 1/9/2016; publicada en BO el 15/9/2016.

13. Sancionada el 9/5/2018; publicada en BO el 11/5/2018.

14. “... las letras hipotecarias escriturales no van a funcionar, porque los que van a funcionar como escriturales son los títulos que se emitan como consecuencia del proceso de securitización para ser ofrecidos en el mercado de oferta pública. Naturalmente, estos títulos van a funcionar en masa y pueden ser escriturales desmaterializados. En cambio, las hipotecas que van a estar comprendidas en una sola hojita, o en alguna prolongación que es la letra hipotecaria, no van a requerir este proceso de desmaterialización” (AZERRAD DE FINQUELSTEIN, Iris J., ob. cit. [cfr. nota 7]). Ver RIVERA, Julio C., “[Las letras hipotecarias](#)”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° extraordinario, 1995, p. 25.

Los autores clásicos, siguiendo la doctrina italiana, habían acuñado la expresión “títulos de crédito”; luego, “obligaciones negociables”, con distintas denotaciones y alcances, excluyendo los primeros e incluyendo los segundos los títulos emitidos en masa, los derechos corporativos (acciones societarias); también, “papeles de créditos”, con una significación aún más restringida.¹⁵

Gualtieri¹⁶ había propuesto la expresión “títulos circulatorios”, resaltando la aptitud de estos documentos para ser transferidos entre distintos sujetos, siendo el fenómeno económico de la circulación su denominador común. Para algunos autores, la expresión *título valor* tiene un sentido restringido como

... aquellos emitidos en múltiples unidades equivalentes entre sí y permutables, que son creados en relación a una operación única pero compleja (mutuo, constitución de sociedad, títulos de deuda, etc.) siendo identificado por su pertenencia a determinada serie y por su número progresivo.¹⁷

Para estos autores, el título valor es una especie perteneciente al género título de crédito, cuya característica específica es la emisión en masa y su fungibilidad por otros de su misma especie. Finalmente, otros entendían que las expresiones *títulos valores*, *títulos circulatorios*, *títulos de crédito* son todos términos sinónimos¹⁸ –o, al menos, las usan en sentido equivalente–¹⁹ que se refieren a los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo.

Más allá del debate doctrinario, la expresión *títulos valores* ya había sido utilizada en diversas normas jurídicas,²⁰ entre ellas, la [Ley 17811 de Oferta Pública de Valores](#)²¹ (derogada), la [Ley 19950 de Sociedades Comerciales](#)²² (art. 226) y la [Ley 26831 de Mercado de Capitales](#)²³ actualmente vigente.

En nuestra legislación vigente, el artículo 2 de la Ley 26831 equiparó los títulos valores a los valores negociables, definiéndolos como

... títulos valores emitidos tanto en forma cartular así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta incluyendo, en particular, los valores de

15. Ver los antecedentes en Busetto, Adalberto L., “La nueva teoría general de los títulos valores: aproximaciones”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, N° extraordinario, 2015; disponible online [aquí](#); fuente: Repositorio UNLP; 18/10/2019. Ver también Barbieri, Pablo C., “Títulos valores en el Código Civil y Comercial. Visión actual de la reforma” [online], en *Revista Jurídica Electrónica*, Lomas de Zamora, Facultad de Derecho de la Universidad de Lomas de Zamora, N°4, 2012; última consulta: 18/10/2019.

16. Gualtieri, Giuseppe y Winisky, Ignacio, *Títulos circulatorios*, Buenos Aires, Zavalía, 1984, pp.17-19. Barbieri, Pablo C., ob. cit. (cfr. nota 15).

17. Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio, ob. cit., (cfr. nota 5), p. 19.

18. Gómez Leo, Osvaldo, *Tratado del pagaré cambiario*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2004, pp.123-128.

19. López de Zavalía, Fernando, *Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumición*, Buenos Aires, Zavalía, 1996, p. 307.

20. Molina, Marcela, “Las letras hipotecarias de la Ley N° 24441” (artículo inédito realizado en el marco del trabajo de investigación *La securitización y desarrollo del mercado de hipotecas*, presentado en la SECyT de la Universidad Nacional de Cuyo), 1996.

21. Sancionada el 16/7/1968, publicada en BO el 22/7/1968.

22. Sancionada el 3/4/1972, publicada en BO 25/4/1972.

23. Sancionada el 29/11/2012, publicada en BO 28/12/2012.

crédito o representativos de derechos creditorios, las acciones, las cuotapartes de fondos comunes de inversión, los títulos de deuda o certificados de participación de fideicomisos financieros o de otros vehículos de inversión colectiva y, en general, cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores; que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros.

La Ley 24441, siguiendo el criterio del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1987 (art. 2292), utilizó la expresión “títulos valores” en sentido amplio y como equivalente a “títulos de crédito”.²⁴ Este criterio también fue utilizado por el [proyecto de código civil y comercial unificado de 1998](#)²⁵ (art. 1747). A la fecha de la sanción de la Ley 24441, algunos autores criticaron la expresión por considerarla demasiado amplia y comprensiva de otros tipos de valores más allá de los papeles de comercio, mientras que otros²⁶ vieron con beneplácito esta denominación considerándola superadora a otras. Sin embargo, esta terminología fue ampliamente aceptada por la jurisprudencia argentina. En la causa “First Trust of New York” ha dicho que

La Ley N° 24.441 regula las letras hipotecarias conceptualizándolas como títulos valores con garantía hipotecaria, [...] cuya emisión extingue por novación la obligación originaria garantizada por la hipoteca, [...] que se considera sustituida a todos los fines por los títulos con garantía real; independizándolas de esa manera de las obligaciones preexistentes y evitando una posterior discusión sobre cuestiones ajenas al título.²⁷

El CCCN receptó esta jurisprudencia y utilizó la expresión *títulos valores* (arts. 1815-1881) en sentido amplio, con el beneplácito de numerosos juristas.²⁸ Esta expresión abarca no solo los títulos clásicos (letra, cheque y pagaré) sino también las figuras emitidas en serie, incluso otros que contienen derechos de diferente naturaleza, como las acciones societarias,²⁹ sean cartulares y no cartulares, entendiendo que la noción de título supera el documento material y, por tanto, resaltando la investidura sustancial para lograr la titularidad y el ejercicio de un derecho generado por un determinado acto jurídico.³⁰

El CCCN amplió la denotación, incluyendo todos los títulos de crédito y valores negociables, y enunció sus caracteres esenciales. A ese fin, incluyó una parte general

24. MOLINA, Marcela, ob. cit. (cfr. nota 20).

25. ALEGRIA, Héctor y otros (comisión designada por Decreto PEN 685/1995), *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: [Universidad de Salamanca](#); última consulta: 25/4/2020]. (En adelante, “Proyecto de 1998”).

26. ANDORNO, Luis, ob. cit. (cfr. nota 2), p.954.

27. Dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal subrogante en CSJN, 11/7/2006, “First Trust of New York NA c/ García Calvo, Matilde s/ ejecución hipotecaria” (*Fallos*, t. 329, p. 2805 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: CSJN; última consulta: 25/4/2020]).

28. PAOLANTONIO, Martín, “El Código Civil y Comercial de la Nación y la teoría general de los títulos valores”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, suplemento especial “Nuevo Código Civil y Comercial”, 17/11/2014, cita online: AR/DOC/3832/2014. También ver Busetto, Adalberto L., ob. cit. (cfr. nota 15); y COSENTINO, Javier, (comentario al art. 1815), en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 4, Buenos Aires, Infojus-SAIJ, 2015, p. 561 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SAIJ; última consulta: 25/4/2020].

29. BARBIERI, Pablo C., ob. cit. (cfr. nota 15).

30. Busetto, Adalberto L., ob. cit. (cfr. nota 15).

común a todos los títulos valores, cartulares o escriturales, causales y abstractas, en masa o individuales, dentro del título V del libro tercero, como “Otras fuentes de las obligaciones”, y normas específicas para cada uno, dejando vigente las leyes especiales, que continuaron vigentes como microsistemas jurídicos. Esta metodología tiene como fuente el [proyecto de código civil y comercial unificado de 1998](#) (capítulo VI, sección primera “Títulos valores”). De este modo, adoptó una concepción unitaria de todos los títulos valores (cartulares y no cartulares), estableciendo principios comunes para su creación y transmisión.

Entre estos títulos valores, está incluida la letra hipotecaria.

§2. El artículo 1815 CCCN³¹ expresó que los títulos valores “incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo”. De esta definición se desprenden sus elementos esenciales: el contenido obligacional, su incondicionalidad e irrevocabilidad, su autonomía. Es una obligación con el significado y alcance del artículo 724 CCCN.

Es importante resaltar que el artículo 1815 no queda limitado a las obligaciones de dar sumas de dinero, como ocurre en la letra de cambio, el cheque y el pagaré; el título puede conferir a su portador legitimado derechos de otra naturaleza.³² Sin embargo, esta amplitud encuentra un límite en las letras hipotecarias que solamente pueden garantizar obligaciones dinerarias³³ (conforme al art. 39 inc. c] de la Ley 24441).

El artículo 1915 resalta también el carácter **autónomo** del derecho conferido al portador legitimado, consagrándolo como principio esencial y prevalente de los títulos valores. Se produce como una suerte de “entronización de la autonomía cambiaria”.³⁴ La autonomía está presente en el concepto mismo de los títulos valores (art. 1815) y tiene su máxima aplicación en el artículo 1816, donde se establece que

El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con la ley de circulación, tiene un derecho autónomo, y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores. A los efectos de este artículo, el portador es de mala fe si al adquirir el título procede a sabiendas en perjuicio del deudor demandado.

La autonomía de las obligaciones negociables implica la independencia del derecho incorporado al documento. El título de crédito se adquiere en forma originaria, independientemente de las relaciones jurídicas existentes entre los anteriores portadores

31. Fuente inmediata de esta disposición: el art. 1747 del [Proyecto de 1998](#): “Los títulos valores contienen una promesa incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo”.

32. BARBIERI, Pablo C., ob. cit. (cfr. nota 15).

33. Ver HIGHTON, Elena I. y otros, *Reformas al derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 220; MAZZIA, María de las Mercedes, “Breve aproximación referida a las figuras de las letras hipotecarias y las letras hipotecarias escriturales contempladas en la ley 24441”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 24/1/2007 (t. 2007-A, pp. 948-950), cita online AR/DOC/147/2007; RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Un nuevo título valor: la letra hipotecaria”, en Favier Dubois, E. M. (h.) y Nissen, R. A. (dirs.), *Derecho societario argentino e iberoamericano*, t. 2, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995-1996, pp. 361-364 (ponencia presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa [Mar del Plata, 1995]); RIVERA, Julio C., ob. cit. (cfr. nota 14), pp. 20-21; VILLEGAS, Carlos, *Las garantías del crédito*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998 (2ª ed., actualizada), p. 406.

34. BARBIERI, Pablo C., ob. cit. (cfr. nota 15).

del título y el deudor. En consecuencia, durante la circulación y transmisión del derecho de crédito incorporado en el documento no se acumulan los vicios sustanciales en cada transmisión del título.

La autonomía, la literalidad y la necesidad eran las tres características de los títulos valores expuestos por la doctrina clásica, siguiendo a la escuela italiana. Sin embargo, esta construcción jurídica respondía al título cartular cuyo soporte material era un papel o lámina pero no del título escritural en razón de su desmaterialización.

Otra característica del título valor es la **formalidad**. Esta regla ha sido receptada en el artículo 1833 CCCN, que establece que cuando por ley o por disposición del emisor el título valor debe incluir un contenido particular con carácter esencial, no produce efecto cuando no contiene esas enunciaciones. Sin embargo, el título valor puede ser completado hasta la fecha en que debe cumplirse la prestación.

Las letras hipotecarias son títulos valores. Por lo tanto, estas contienen una obligación incondicional e irrevocable (aunque algún autor entiende que son obligaciones *propter rem*³⁵) en cuya creación o emisión intervienen dos partes: a) el librador, quien solicita el préstamo y que puede o no coincidir con el propietario del inmueble hipotecario; b) el tomador, que en el proceso de securitización va a ser la entidad financiera o banca minorista. Esta estructura de la letra hipotecaria permite diferenciarla claramente de la letra de cambio –en cuya estructura intervienen tres partes–, además de carecer de garantía real.

Este título valor tiene una obligación principal (título valor) y una obligación accesorio (hipoteca). Esta última, aunque accesorio, no es menos importante que la primera porque, siendo una garantía real, confiere el derecho de preferencia y persecución, que por la seguridad jurídica que confiere al acreedor torna factible el financiamiento a largo plazo con menor tasa de interés (al menos en un contexto de estabilidad económica o al menos de predecibilidad inflacionaria).

En tanto título valor, se rigen por las reglas generales del CCCN y, supletoriamente, por el [Decreto-ley 5965/1963](#), que no fue derogado.

2.2. Caracteres específicos de la letra hipotecaria

La letra hipotecaria ha sido calificada como una nueva especie de título valor. Por tanto, presenta las características señaladas que mencionamos en los párrafos precedentes.

Esta conclusión ya sido reiteradamente recogida por la jurisprudencia. En este sentido, ha dicho:

... la letra hipotecaria constituye el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo en él expresado (art. 40, Ley N° 24441), lo cual implica que puede ser ejecutada sin perjuicio de la naturaleza de la relación jurídica inicial –mutuo–...³⁶

35. LUCENA CABELLO, Jorge R., “Esa especie de letra hipotecaria”, en *El Notario*, Mendoza, Colegio Notarial de Mendoza, N° 15, 1999, pp. 44-45.

36. Dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal subrogante en CSJN, 11/7/2006, “First Trust of New York NA c/ García Calvo, Matilde s/ ejecución hipotecaria” (*Fallos*, t. 329, p. 2805 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: CSJN; última consulta: 25/4/2020]).

Más allá de la autonomía que caracteriza a todo título valor, esto es, literalidad y necesidad de la cartular (no así, la letra escritural), presenta además características específicas. Algunos autores señalan la formalidad, la abstracción y la completividad.³⁷ Nosotros preferimos hablar de formalidad acentuada.³⁸ No obstante, hacemos la salvedad de aquellas emitidas en torno a préstamos destinados a la adquisición o construcción de vivienda única, donde el deudor hipotecario ha sido calificado como consumidor por la jurisprudencia y doctrina consumirista, cuyo análisis será tratado en los últimos capítulos.

1. Formalidad acentuada. La doctrina, en general, señala que son títulos formales;³⁹ algunos autores incluso resaltan su importancia en las letras hipotecarias por el efecto novatorio de su emisión.⁴⁰ Nosotros afirmamos que las letras hipotecarias están revestidas de una formalidad acentuada, por las siguientes razones.

Por un lado, deben observarse las formalidades de todo título valor. En este sentido, están sujetas al principio de formalidad consagrado en el artículo 1833 CCCN. Además, debe cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 39 de la Ley 24441, esto es, deben ser intervenidas por el registro de la propiedad inmueble que corresponda a la jurisdicción donde se encuentre el inmueble hipotecado, en papel que asegure su inalterabilidad, bajo la firma del deudor, el escribano y un funcionario autorizado del registro, dejándose constancia de su emisión en el mismo asiento de la hipoteca. La inobservancia de estas exigencias produce la invalidez de la letra hipotecaria (art. 2 Decreto-ley 5965/1963, al que remite el art. 46 Ley 24441; art. 1833 CCCN).

Finalmente, la letra debe satisfacer las solemnidades exigidas para el derecho real de hipoteca (remisión del art. 44 de la Ley 24441), las exigencias derivadas del principio de especialidad y, particularmente, las limitaciones que surgen del principio de *numerus clausus* que rige para los derechos reales. La inobservancia de estas últimas provoca la nulidad de la hipoteca.

2. Es un título completo. Es un documento que se basta a sí mismo,⁴¹ no puede ser heterointegrado.⁴² Así lo ha interpretado la jurisprudencia *in re* “Banco Río de la Plata c/ Coronel”⁴³ y “Banca Nazionale del Lavoro c/ Herrera”⁴⁴.

A tales efectos, la ley de financiamiento establece una serie de requisitos, como la obligación de indicar el nombre del deudor y del acreedor, monto, plazos y demás estipulaciones (como la caducidad en caso de incumplimiento), lugar de pago, tasa de interés compensatorio y punitorio, la anotación de pagos de servicios de capital o renta

37. RIVERA, Julio C., ob. cit. (cfr. nota 14), pp. 17-19. También: HIGHTON, Elena I. y otros, ob. cit. (cfr. nota 33), pp. 196-201; RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar, ob. cit. (cfr. nota 33).

38. MOLINA, Marcela, ob. cit. (cfr. nota 20).

39. MAZZIA, María de las Mercedes, ob. cit. (cfr. nota 33).

40. RIVERA, Julio C., ob. cit. (cfr. nota 14), p. 18. HIGHTON, Elena I. y otros, ob. cit. (cfr. nota 33), pp. 239-240.

41. MAZZIA, María de las Mercedes, ob. cit. (cfr. nota 33). RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar, ob. cit. (cfr. nota 33).

42. HIGHTON, Elena I. y otros, ob. cit. (cfr. nota 33), p. 241.

43. Cám. Civ. y Com. de Azul, 13/10/2005, “Banco Río de La Plata c/ Coronel, José Leandro y otra s/ ejecución hipotecaria” (causa N° 48937 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente SCBA; última consulta: 25/4/2020]).

44. CS de Tucumán, Sala Civil y Penal, 23/4/2013, “Banca Nazionale del Lavoro SA c/ Herrera, Edgardo y otra s/ ejecución hipotecaria” [N. del E.: ver sumarios oficiales [aquí](#); fuente: SAJ]; última consulta: 25/4/2020).

o pagos, la constancia de modificaciones que se convengan respecto del crédito, como las relativas a plazos de pago, tasas de interés; ubicación del inmueble hipotecado y sus datos registrales y catastrales (art. 39).

No puede emitirse una letra incompleta o en blanco ni pueden llenarse los blancos posteriormente; debe estar completa desde su nacimiento.⁴⁵ Esta característica tiene especial relevancia en la letra hipotecaria toda vez que la obligación principal queda extinguida por el efecto novatorio que importa su emisión. Aunque hay autores que entienden que esta regla ha sido atenuada por la posibilidad de fijación de una tasa de interés variable no determinada en la letra, obligando a integrarla título con circunstancias extracartulares.⁴⁶

3. Es un **título abstracto**.⁴⁷ La emisión de la letra hipotecaria extingue la relación causal por novación. Este efecto jurídico es una excepción a la regla general, en virtud de la cual la emisión de un título valor no altera la relación causal. Principio receptado por el artículo 1827 CCCN –adoptando el criterio del artículo 1759 del proyecto de 1998–⁴⁸ que dice: “excepto novación, la creación o transmisión de un título valor no perjudica las acciones derivadas del negocio causal o subyacente”.

El portador solo puede ejercer la acción causal contra el deudor requerido si el título valor no está perjudicado, y ofrece su restitución si el título valor es cartular. Si el portador ha perdido las acciones emergentes del título valor y no tiene acción causal, se aplica lo dispuesto sobre enriquecimiento sin causa.

4. Es un **título singular o individual**,⁴⁹ esto es, emitido por una persona determinada, a favor de un beneficiario también determinado. Es un título que tiene individualidad en cuanto al titular, la fecha de emisión e importe.⁵⁰

5. Está **garantizada con un derecho real accesorio**.⁵¹ El artículo 35 define las letras hipotecarias como “títulos valores con garantía hipotecaria”. Es decir, se incorpora al título circulatorio un derecho real de garantía. Sin esta garantía real no hay propiamente letra hipotecaria. Este derecho real de garantía incorporado al título se rige por las disposiciones del Código Civil, por remisión del artículo 44 de la Ley 24441.

2.3. Clases de letras hipotecarias

Las letras hipotecarias pueden ser cartulares o escriturales, y, como tales, se les aplican las normas generales del CCCN y las normas especiales establecidas en la Ley 24441.

45. RIVERA, Julio C., ob. cit. (cfr. nota 14), p. 24. HIGHTON, Elena I. y otros, ob. cit. (cfr. nota 33), p. 241.

46. HIGHTON, Elena I. y otros, ob. cit. (cfr. nota 33), p. 201.

47. RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar, ob. cit. (cfr. nota 33).

48. El art. 1759 del [Proyecto de 1998](#) decía: “Salvo novación expresa o disposición legal, la creación o transmisión de un título valor no perjudica las acciones derivadas del negocio causal. El titular sólo puede ejercer la acción causal contra el deudor requerido si cumplió las formalidades necesarias para que éste pueda ejercer las acciones de reembolso y restituyó el título si es cartular...”

49. MOLINA, Marcela, ob. cit. (cfr. nota 20); VILLEGAS, Carlos G., ob. cit. (cfr. nota 33), p. 403.

50. GUALTIERI, Giuseppe y WINIZKY, Ignacio, ob. cit. (cfr. nota 16), p. 144.

51. AZERRAD DE FINQUELSTEIN, Iris J., ob. cit. (cfr. nota 7).

2.3.1. Letras hipotecarias cartulares

Las letras hipotecarias son representativas de una declaración unilateral de voluntad que nace en el mismo momento en que adquiere forma documental, siendo condición necesaria e imprescindible para la existencia de la relación jurídica incorporada representativamente en él.

Vivante⁵² definió el título de crédito como el instrumento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo expresado o contenido en el mismo. La necesidad y la literalidad actualmente son características exclusivas de los títulos valores cartulares.

1. **Necesario** en cuanto es indispensable que su titular tenga en su poder, exhiba o entregue el título para ejercer su derecho. Es una consecuencia de la íntima vinculación que existe entre los elementos estructurales y el carácter constitutivo de éste, en razón de ser continente del derecho cartular documentado, siendo su posesión imprescindible para el ejercicio de ese derecho.

El artículo 1830 CCCN receptó este principio diciendo “los títulos valores cartulares son necesarios para la creación, transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado”. Esta característica tutela uno de los valores esenciales del tráfico: la certeza en la existencia del derecho de crédito al tiempo de la adquisición, permitiendo una rápida y fácil negociación del crédito mediante la creación o transmisión de un título. También puede negociarlo antes del vencimiento, lo cual lo transforma en un instrumento fácilmente liquidable.

2. **Literalidad** por cuanto su existencia, cuantía, modalidades y exigibilidad se rige exclusivamente por el tenor escrito del documento; por tanto, cualquier modificación, disminución o mutación solamente puede resultar de los términos textuales del documento. La literalidad del título de crédito le confiere seguridad jurídica en su circulación, pues el portador nada puede pretender que no se halle escrito en el documento. Y el sujeto pasivo tiene la seguridad de que, cumpliendo en los términos textuales del título, queda liberado. El artículo 1831 también receptó este principio diciendo “el tenor literal del documento determina el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones consignadas en él, o en su hoja de prolongación”.

En caso de alteración del texto de un título valor cartular, los firmantes posteriores quedan obligados en los términos del texto alterado; los firmantes anteriores están obligados en los términos del texto original. Si no resulta del título valor o no se demuestra que la firma fue puesta después de la alteración, se presume que ha sido puesta antes (art. 1832).

3. Finalmente, las letras hipotecarias cartulares son **títulos nominativos endosables**. Estos son aquellos emitidos en favor de una persona determinada, transmisible por endoso, y su transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros a partir de la inscripción en el registro. A estos títulos valores se les aplican las normas que rigen para los títulos a la orden (arts. 1848).

52. VIVANTE, César, *Tratado de derecho mercantil*, t. 3, Madrid, 1936, p. 136.

El artículo 1843 CCCN autoriza el endoso en blanco; sin embargo, esta norma no rige en relación a las letras hipotecarias, conforme a lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 24441. Este último establece expresamente que

Las letras hipotecarias se transmiten por endoso nominativo que se hará en el lugar habilitado para ello en el título, o en su prolongación; deberá constar el nombre del endosatario, quien podrá volver a transmitir el título bajo las mismas formas, y la fecha del endoso...

2.3.2. Las letras hipotecarias escriturales

El artículo 39 *in fine* de la Ley 24441 prevé la categoría de letras hipotecarias escriturales, luego reglamentadas en el Decreto Nacional 780/1995. Para algunos autores, es una figura sustancialmente distinta a la letra hipotecaria cartular.⁵³

Las letras hipotecarias escriturales consisten en asientos en cuentas contables que sustituyen el título valor documentado en papel o lámina por las compensaciones y anotaciones en cuentas llevadas a nombre de sus titulares, que superan los inconvenientes derivados de la circulación material de los distintos papeles, documentos y certificados por su riesgo de extravío, adulteración y robo. En el ordenamiento jurídico argentino, los valores escriturales fueron introducidos por la [Ley 23576 de Obligaciones Negociables](#)⁵⁴ (arts. 8 y 31). Poco después, el artículo 18 de la [Ley 24083 de Fondos Comunes de Inversión](#)⁵⁵ previó la emisión de títulos valores escriturales en cuentas a nombre del titular en un registro controlado por la depositaria del fondo de inversión.

El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1987 definió los valores escriturales (art. 2292) como aquel

... documento que contiene una promesa incondicionada e irrevocable de una prestación, que otorga a cada nuevo titular un derecho autónomo a esa prestación.

También lo reguló el Proyecto de 1998, aunque este último los denominó valores no cartulares.⁵⁶

El Decreto 780/1995 reglamentó los requisitos y aspectos registrales de las letras hipotecarias escriturales sin definirlos. El capítulo 6, sección 3 del CCCN dispuso en relación a los títulos valores escriturales:

La transmisión o constitución de derechos reales sobre el título valor, los gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor deben efectuarse mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de éste, una caja de valores, una entidad financiera autorizada o

53. LUCENA CABELLO, Jorge, ob. cit. (cfr. nota 35), p. 50.

54. Sancionada el 29/6/1988, publicada en BO el 27/7/1988.

55. Sancionada el 20/5/1992, publicada en BO el 18/6/1992.

56. Art. 1782: "Pueden prometerse prestaciones incondicionales e irrevocables que no se incorporen a documentos y circulen autónomamente en los casos previstos por la ley; o cuando en el instrumento de creación se inserte una declaración expresa de voluntad en ese sentido [...] La transmisión o constitución de derechos reales sobre el título, los gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor deben efectuarse mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de éste, una caja de valores, una entidad financiera autorizada o un escribano de registro" (libro III "De los derechos personales").

un escribano de registro, momento a partir del cual la afectación produce efectos frente a terceros.

En relación a las letras escriturales, no cabe hablar de los principios de necesidad y literalidad sino de registralidad, en tanto en cuanto tales derechos y obligaciones están consignados en el registro de obligaciones escriturales y en el acto de emisión. En los valores escriturales, se acredita la titularidad registral mediante un comprobante de cuenta (apertura de cuenta o de saldo).

Podemos señalar como características de las letras escriturales:

1. La **desmaterialización**. Su emisión y transmisión se realiza mediante anotaciones contables manuales, mecánicas o virtuales. Esta característica influye en la forma de transmisión (no hay endoso ni tradición), en la acreditación de la legitimación para ejercer los derechos emergentes del título valor (no hay posesión material del título valor), la exigencia de documentación complementaria para su habilidad como título ejecutivo (certificado de titularidad, saldo deudor) y la forma de acreditar el pago. La desmaterialización imprime mayor agilidad y seguridad en la circulación, frente a la imposibilidad de hurto o robo. No obstante, presenta aspectos débiles como las fallas o adulteración del sistema informático, cuya prevención y responsabilidad ha dado lugar a la sanción de normas especiales.⁵⁷

2. Su carácter **registrable** (arts. 2-5 Decreto 780/1995, modificado por [Decreto 471/2018](#), y art. 1850 CCCN). La letra hipotecaria escritural se considera emitida cuando la persona a cargo del registro tome razón de la misma. Así lo ha interpretado la jurisprudencia *in re* “Banca Nazionale del Lavoro c/ Herrera”.⁵⁸ No solo la emisión sino también la transferencia de las letras escriturales deben asentarse en registros que llevan las cajas de valores, los bancos o sociedades constituidas con el único objeto de llevar dicho registro. Inclusive, las entidades bancarias o financieras pueden llevar el registro de las letras emitidas a su favor. En relación a las letras escriturales, deben consignarse los siguientes datos: a) monto original de emisión de la letra; b) apellido y nombres del acreedor y deudor. En las personas jurídicas, su denominación social; c) número de documento nacional de identidad de las personas físicas; en las personas jurídicas, la fecha y lugar de constitución, duración y datos de su inscripción en el registro público de comercio; d) el instrumento que contiene las estipulaciones de pago (art. 39 inc. d) Ley 24441); e) el nombre de la entidad financiera administradora de la letra y donde se encuentra depositada la escritura hipotecaria; el domicilio de pago; f) la indicación de toda expedición de comprobantes de titularidad de cuenta, indicando número, fecha de expedición y vencimiento.

Los registros de títulos escriturales pueden ser llevados por el emisor o, en nombre de este, una caja de valores, una entidad financiera autorizada (art. 3 Decreto 780/1995), y, actualmente, también un escribano de registro, conforme lo dispone el artículo 1850 CCCN. Esta última norma recibió la opinión de algunos autores que proponían esta nueva incumbencia profesional del notario.⁵⁹

57. Arts. 1876-1881 CCCN.

58. CS de Tucumán, Sala Civil y Penal, 23/4/2013, “Banca Nazionale del Lavoro SA c/ Herrera, Edgardo y otra s/ ejecución hipotecaria” [N. *del E.*: ver sumarios oficiales [aquí](#); fuente: SAI; última consulta: 25/4/2020].

59. LUCENA CABELLO, Jorge, ob. cit. (cfr. nota 35), p. 56.

La designación de la persona a cargo del registro de letras hipotecarias escriturales debe efectuarla el primer acreedor a cuyo favor se emita la letra según conste en el instrumento de emisión. Dicha entidad o persona física (en caso del escribano) es responsable de su custodia y conservación como así también, de los errores o irregularidades en los asientos.

La entidad que lleve el registro debe expedir comprobantes de saldos de cuentas y certificados de titularidad. Este comprobante legitima al titular para reclamar judicialmente, presentar solicitudes de verificación de crédito o participar en procesos universales. Su expedición importa el bloqueo de la cuenta respectiva solo para inscribir actos de disposición por su titular, por un plazo de treinta días, excepto que el titular devuelva el comprobante o dentro de dicho plazo se reciba una orden de prórroga del bloqueo del juez o tribunal arbitral ante el cual el comprobante se hizo valer. También, lo habilita a asistir a asambleas u otros actos vinculados al régimen de los títulos valores (art. 1851).

En definitiva, el certificado de titularidad expedido por la entidad a cargo del registro y el comprobante de saldo deudor extendido por la entidad administradora del crédito legitima al título inscripto por ante el registro “para el ejercicio de la totalidad de los derechos acordados por el deudor al acreedor en el instrumento de emisión de las letras”.⁶⁰

La jurisprudencia se pronunció ... por la habilidad del título hipotecario escritural o letra hipotecaria en cuanto título ejecutivo complejo o integrado, compuesto por el certificado de titularidad⁶¹ expedido por la entidad administradora del crédito [...] y la certificación de deuda.⁶²

En la causa “Banco Río de la Plata c/ Coronel” se desestimó la ejecución de una letra hipotecaria

... por la omisión de acompañar el certificado de emisión que debe expedir el Registro de las Letras Escriturales y la constancia del saldo deudor que extiende la entidad administradora del crédito.⁶³

El tribunal consideró que

... las letras hipotecarias escriturales son letras desmaterializadas, que no conforman títulos de crédito, y constituyen un único instrumento continente tanto de la deuda como de la garantía real.⁶⁴

60. Cám. Civ. y Com de Azul, Sala II, 26/4/2017, “Banco Hipotecario SA c/ Horr, Silvina y otro s/ ejecución hipotecaria” (causa N° 2-61782-2016) (eldial.com, 3/7/2017, AA9FBE [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SCBA; última consulta: 25/4/2020]).

61. Cám. 5ª Civ. y Com. de Córdoba, 12/3/2004, “Banco Bisel SA c/ Virga, Carlos s/ ejecución hipotecaria” (disponible [aquí](#); última consulta: 18/10/2019).

62. Cám. Civ. y Com de Azul, Sala II, 26/4/2017, “Banco Hipotecario SA c/ Horr, Silvina y otro s/ ejecución hipotecaria” (causa N° 2-61782-2016) (eldial.com, 3/7/2017, AA9FBE [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SCBA; última consulta: 25/4/2020]). También: Cám. Civ. y Com. de Concordia, Sala III, 7/9/2004, “Banco Hipotecario c/ Quinteros, Héctor D.” (*La Ley Litoral*, mayo 2005, cita online AR/JUR/5384/2004 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente SAJ]; última consulta: 25/4/2020])

63. Cám. Civ. y Com. de Azul, 13/10/2005, “Banco Río de La Plata c/ Coronel, José Leandro y otra s/ ejecución hipotecaria” (causa N° 48937 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente SCBA; última consulta: 25/4/2020]).

64. *Ibidem*.

Cabe destacar que, más allá de esta minuciosa reglamentación, ha quedado un vacío normativo en relación a la cancelación de la hipoteca a pedido del deudor que ha pagado la obligación principal. En efecto, siendo inmateriales no podrán presentarlas al registro inmobiliario para acreditar el pago y solicitar la cancelación de la hipoteca según lo preceptuado por el artículo 48 de la Ley 24441. No obstante, algunos directores de registros inmobiliarios han emitido disposiciones técnicas registrales sobre la calificación del documento para su anotación y cancelación. Así, algunas han establecido que, para registrar la cancelación de la inscripción de la hipoteca y de la anotación de las letras mencionadas, debe presentarse constancia de cancelación de la letras hipotecarias emitida por el agente de registro de las letras escriturales, debidamente autenticado, o el equivalente certificado judicial ([Disposición Técnico Registral 3/1997](#) [de la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad de Rosario, Santa Fe], modificada por la [Disposición 3/2001](#); y [Disposición Técnico Registral 4/1999](#) del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal).

2.4. Diferencia con otros títulos valores

2.4.1. Pagaré hipotecario en el Código Civil de Vélez

El pagaré hipotecario no ha sido regulado en el CCCN. No obstante, haremos una referencia por dos razones: primero, porque algunos autores lo consideraron como un antecedente de la letra hipotecaria regulada por la Ley 24441; segundo, porque el artículo 1820 CCCN consagró el principio de libertad en la creación de nuevos títulos valores, por lo que algunos autores⁶⁵ sostienen que es posible su emisión.

El artículo 3202 del Código Civil –hoy derogado– autorizaba la emisión de letras o pagarés diciendo:

Si la deuda por la cual la hipoteca ha sido dada, debe pagarse en diferentes plazos, y se han dado al efecto letras o pagarés, estos documentos y sus renovaciones deben ser firmados por el anotador de hipotecas, para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario, y con ellos al deudor a un tercero, cuando estuviesen pagados en su totalidad, puede solicitar la cancelación de la hipoteca...

Estos títulos valores permitían una sencilla y rápida negociación a través del endoso y la fácil cancelación de la hipoteca mediante la presentación de todos los pagarés con la constancia de pago de la deuda ante el registro de la propiedad, sin depender de la voluntad del acreedor y sin necesidad de recurrir a la vía judicial. El pagaré hipotecario fue bastante usado en la Provincia de Mendoza; no así la letra hipotecaria del artículo 3202, que fue desconocida en la práctica negocial. La complejidad de esta última figura y su nulo uso llevaron a que la doctrina propusiera su supresión.⁶⁶

65. CHIAPPINOTTO, Laura, “El título valor hipotecario, de implementación esencialmente doméstica no bancaria, en reemplazo del pagaré hipotecario velezano, cartular, “convertible” en no cartular para su securitización en un “mercado de capitales más inclusivo”, de conformidad con los lineamientos internacionales actuales y las leyes nacionales más recientes” (trabajo presentado en la XXXIII Jornada Notarial Argentina [Bariloche, 2018]), (s.e.), 2018. [N. del E.: disponible [aquí](#) {tema 2}; fuente: Colegio Notarial de Río Negro; última consulta: 25/4/2020].

66. FONTBONA, FRANCISCO y otros, “Hipoteca vinculada al crédito: el pagaré hipotecario” (ponencia presentada en la IX Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal [Buenos Aires, 1980]), (s.e.), 1980.

El pagaré hipotecario –usado en algunas provincias– generó numerosos debates.⁶⁷ Uno, en relación a si era un título completo, autónomo y abstracto. Para una parte de la doctrina,⁶⁸ el pagaré hipotecario no se bastaba a sí mismo, sino que tenía una expresa referencia extracartular: la escritura hipotecaria. Las cláusulas de la escritura pública completaban el documento cambiario. Otros autores consideraban que se trataba de un título completo.⁶⁹ La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, analizando las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales, se expidió *in re* “Olivares”⁷⁰ sobre las consecuencias de adoptar uno u otro criterio en relación al plazo de prescripción.

Otros debates se generaron en torno a la necesidad de inscripción de los pagarés en el registro de la propiedad o a la posibilidad de ejecutarse al margen de la hipoteca, o en relación a los efectos del endoso y la trasmisión de sus accesorios (la hipoteca).

Frente a la sanción de la Ley 24441 y la regulación de la letra hipotecaria, Kiper y Lisoprawski sostuvieron que uno de los propósitos del legislador fue poner fin a esas controversias “que obstaculizaron un más amplio desarrollo de ese instituto”, y, además, “dar a la nueva letra la utilidad que se espera con respecto a la securitización”.⁷¹ Otros juristas sostuvieron que la letra hipotecaria de la Ley 24441 era una figura nueva, distinta del pagaré hipotecario⁷² y de la letra del artículo 3202 del Código Civil.

Más allá de estas controversias doctrinarias, esta figura fue mantenida por el proyecto de unificación civil y comercial de 1993 elaborado por la Comisión Federal (art. 3187).

El artículo 3202 del Código Civil de Vélez Sarsfield continuó vigente hasta la sanción del CCCN.

La principal diferencia entre pagaré hipotecario y la letra regulada por la Ley 24441 fue que la emisión de esta última produce la extinción de la obligación principal por novación y, por tanto, el acreedor solamente tiene la acción cambiaria. Esta diferencia se proyectaba a las acciones judiciales que podían deducirse en uno y otro caso. El portador legitimado de un pagaré hipotecario tenía diversas acciones: 1) acción cambiaria directa, que prescribía a los tres años (art. 96, primera parte, del Decreto-ley 5965/1963); 2) acción en contra de endosantes o avalistas (art. 51); prescribía al año y la acción de regreso, a los seis meses (art. 96); 3) enriquecimiento sin causa, que prescribía al año a partir del momento en que se hubiese perdido la cambiaria (arts. 62 y 96 *in fine*); 4) acción derivada de la relación causal y la ejecución hipotecaria. En cambio, el portador de la letra hipotecaria regulada por la Ley 24441 solo tiene la acción cambiaria.

Otra diferencia entre el pagaré hipotecario y letra regulada por la Ley 24441 fue que el pagaré hipotecario podía transmitirse por endoso. Pero la ley no reguló sus efectos ni

67. MOLINA, Marcela, ob. cit. (cfr. nota 20).

68. ALTERINI, Jorge, “Pagarés hipotecarios e hipotecas cambiarias”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 726, 1972, pp. 1986-1988.

69. LUCENA CABELLO, Jorge, “Alternativas hipotecarias en los negocios modernos”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 833, 1993, p. 379.

70. SC de Mendoza, Sala 1ª, 31/5/2018, “Olivares, Luis Enrique en J° 251415/52057 Olivares, Luis Enrique c/ Dolhannov, Serhiy p/ ejecución hipotecaria p/ recurso extraordinario de casación” (expediente 13-03753098-5/2, ubicación LS557-075 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: Poder Judicial Mendoza; última consulta: 25/4/2020]).

71. KIPER, Claudio y LISOPRAWSKI, ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 361-362.

72. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, ob. cit. (cfr. nota 19), p. 311.

estableció si debía librarse a la orden o no a la orden, ni prohibió expresamente el endoso en blanco. La Ley 24441 introdujo normas claras y precisas en relación a la transmisión de la letra hipotecaria, estableciendo que esta se transmite por endoso nominativo. Este endoso comprende la transmisión de la hipoteca que lo garantiza.

El CCCN plantea algunos interrogantes, especialmente en torno a la posibilidad de crear otros títulos valores hipotecarios, entre ellos un pagaré hipotecario, frente al principio de libertad de creación consagrado en el artículo 1820. El artículo mencionado establece que:

Cualquier persona puede crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija. Se comprende en esta facultad la denominación del tipo o clase de título, su forma de circulación con arreglo a las leyes generales, sus garantías, rescates, plazos, su calidad de convertible o no en otra clase de título, derechos de los terceros titulares y demás regulaciones que hacen a la configuración de los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente...

Teniendo en cuenta este principio, algún autor⁷³ ha considerado viable la creación de otros títulos valores con garantía hipotecaria. Pensamos que solo podrían crearse títulos valores hipotecarios causales, no así abstractos, frente a la limitación establecida en el artículo 1820 *in fine*, debiendo ser a la orden o nominativos. Además, deberán tenerse en cuenta las formalidades y necesaria intervención del registrador para la constitución y transmisión de la hipoteca establecidas en el CCCN.

La pauta directriz será el principio de *numerus clausus*, que impide modificar o alterar el contenido y su régimen jurídico.

2.4.2. Títulos de la deuda pública: letras de la Tesorería de la Nación y cédulas hipotecarias

En el debate parlamentario del proyecto de ley de financiamiento de vivienda, un legislador sostuvo que “la legislación y la práctica de distintos países conocen letras hipotecarias, con ese nombre y otros similares: cédulas hipotecaria, bonos hipotecarios, etc.”, mencionando que es una figura usada en varios países latinoamericanos y prevista en el “proyecto de ley uniforme de títulos valores para América Latina” del Instituto para la Integración de América Latina.⁷⁴ Incluso, se mencionó como fuente de las letras hipotecarias reguladas por la Ley 24441 la legislación brasilera. Sin embargo, la letra hipotecaria regulada por la [Ley 7684 de ese país](#)⁷⁵ es una figura jurídica que se aproxima a la cédula hipotecaria de la legislación argentina (no a la letra hipotecaria de la Ley 24441). En efecto, estas son expedidas por instituciones financieras autorizadas a otorgar créditos hipotecarios⁷⁶ –sin discriminar bancos públicos o privados–, emisión garantizada por

73. CHIAPPINOTTO, Laura, ob. cit. (cfr. nota 65).

74. CROSTELLI, Juan C., ob. cit. (cfr. nota 6), p. 3766.

75. Sancionada el 12/2/1988, DOU del 5/12/1988.

76. El art. 1 de la [Ley 7684 de Brasil](#) prescribe: “As instituições financeiras, autorizadas a conceder créditos hipotecários, poderão sacar, independentemente de tradição efetiva, letras da mesma espécie, garantidas por créditos

uno o más créditos hipotecarios y que no podrá exceder en ningún caso el total de los créditos de dicha institución.⁷⁷ En este sentido, en el debate parlamentario un legislador incluso recomendó remozar la cédula hipotecaria, en vez de incorporar la figura de la letra hipotecaria.⁷⁸

Esta confusión nos lleva a diferenciar estos títulos valores. El Estado puede emitir títulos-valores, individuales o en masa, autorizado por el Congreso de la Nación en ejercicio de las funciones que le son propias (arts. 4 y 75 inc. 4 [Constitución Nacional](#)). El sujeto pasivo emisor de estos títulos es el Estado (nacional o provincial) o una entidad pública estatal con autorización otorgada por ley formal. Estos títulos valores son instrumentos públicos, conforme lo dispone el artículo 289, inciso 3), CCCN.

En nuestro ordenamiento, la emisión de cédulas hipotecarias estaba prevista por la Ley 1804 (1886)⁷⁹ de creación del Banco Hipotecario Nacional, autorizándolo a emitir estos títulos transferibles al portador que no podían exceder el importe de las hipotecas. El artículo 1 de esta vieja ley creó el citado banco

... para facilitar prestamos sobre hipotecas en toda la República bajo la base de la emisión de cédulas de créditos que se extinguirán por medio de un fondo amortizante acumulativo.

Estas cédulas eran títulos de crédito emitidos en masa (art. 4) y el Estado Nacional garantizaba el pago de la renta y amortización de las cédulas (art. 5). Esta atribución se amplió, suspendió, modificó y restringió a lo largo de los años, por sucesivas normas. Hacia el año 1994, el estatuto de la entidad bancaria (art. 24, inc. g), texto ordenado por [Decreto 540/1993](#)) le reasignó amplias facultades para la emisión de cédulas hipotecarias, luego remozadas por el Decreto 577/1994,⁸⁰ que autorizó al Banco Hipotecario a emitir títulos valores cartulares o escriturales en dólares estadounidenses bajo la denominación de cédulas hipotecarias.

Las cédulas hipotecarias constituían un título de crédito expedido por el Banco Hipotecario para el financiamiento de sus operaciones de préstamo, garantizado con la totalidad de su cartera de créditos hipotecarios. Estos activos afectados a la garantía permanecían en el patrimonio del emisor. Los intereses y la amortización de los títulos se pagaban con los ingresos generales del emisor.⁸¹

Este Banco era una entidad autárquica (art. 1 de la carta orgánica según texto ordenado por Decreto 540/1993), luego transformada en sociedad anónima para su

hipotecários, conferindo aos seus tomadores direito de crédito pelo valor nominal, atualizacao monetária e juros nelas estipulados”.

77. El art. 3 de la [Ley 7684 de Brasil](#) establece: “A letra poderá ser garantida por um ou mais créditos hipotecários, mas a soma do principal das letras hipotecárias emitidas pela instituicao financeira nao excederá, em hipotese alguma, o valor total de créditos hipotecários em poder dessa instituicao”. Por su parte, el art. 2 inc. g) de la misma ley establece la obligación de identificar los créditos afectados como garantía de la emisión, en los siguientes términos: “O certificado da letra conterá as seguintes declaraoes:...g) a identificacao dos créditos hipotecários caucionados e seu valor”.

78. DUMÓN, José, (su intervención en el debate parlamentario de la Ley Nacional 24441), en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación. 34ª reunión - continuación de la 12ª sesión ordinaria. Noviembre 17 de 1994*, Buenos Aires, Congreso de la Nación Argentina, 1994, p. 3771; disponible [aquí](#); última consulta: 18/10/2019.

79. *Anales de Legislación*, t. 2, 1881-1888, pp. 194-197.

80. Sancionado el 21/4/1994, publicado en BO el 26/4/1994.

81. VILLEGAS, Carlos G., ob. cit. (cfr. nota 33), pp. 400-402.

privatización. Los títulos valores que emitía como entidad descentralizada eran títulos públicos e instrumentos públicos (art. 979, incs. 5, 7 y 9, Código Civil de Vélez [derogado]).

3. El derecho real de hipoteca que garantiza el título valor

La hipoteca garantiza el título valor regulado por el título III de la Ley 24441. Como tal, deben aplicarse las normas que regulan este derecho real, esto es, los artículos 2184 a 2211 CCCN, por remisión del artículo 44 de la Ley 24441.

Es un derecho real accesorio, por tanto, su existencia depende del derecho creditorio incorporado al título valor, y es cesible junto con él. La nulidad de la letra provoca la nulidad de la hipoteca.

El efecto novatorio de la emisión de la letra hipotecaria no altera los caracteres esenciales de este derecho real: especialidad, indivisibilidad y accesoriedad. El derecho real de garantía se traslada a la nueva obligación incorporada a la letra sin necesidad de reserva expresa.⁸² La necesaria constancia de la emisión en el mismo asiento de la hipoteca y en la escritura de constitución de la misma pone de manifiesto el carácter accesorio de este derecho real.

La hipoteca debe ser inscrita en el registro de la propiedad inmueble a los fines de su oponibilidad a terceros. El testimonio de la escritura debe presentarse ante el registrador conjuntamente con las letras, quien debe dejar constancia de la emisión en el asiento de la hipoteca (art. 39 Ley 24441).

El artículo 36 de la Ley 24441 prevé dos limitaciones para la emisión de la letra hipotecaria: estos títulos valores solamente pueden estar garantizados con hipotecas de primer grado, y, además, su emisión debe estar consentida en el acto de constitución de la hipoteca.

La hipoteca que garantiza la letra presenta las siguientes características:

- 1) Se transmite por el endoso nominativo de la letra (art. 40) sin necesidad de escritura de cesión.
- 2) La hipoteca puede cancelarse mediante la presentación de las letras directamente ante el Registro (siempre que tenga todos los cupones) o judicial.

4. Régimen jurídico de la letra hipotecaria

La letra hipotecaria está regulada por distintas normas. En primer lugar: el régimen de la Ley 24441 y su reglamentación (Decretos 780/1995, 1389/1998 y 471/2018), complementadas por el Decreto-Ley 5965/1963). En segundo lugar: el CCCN, en relación a la hipoteca y las normas generales sobre títulos valores. En tercer lugar: la Ley 24240 de Protección del Consumidor. En cuarto lugar: normas infralegales emitidas por las autoridades administrativas, entre las cuales incluimos las disposiciones técnico registrales emitidas por los registros de la propiedad y aquellas emitidas por el Banco

82. HIGHTON, Elena y otros, ob. cit. (cfr. nota 33), p. 224.

Central de la República Argentina en su calidad de autoridad de control de los registros de letras escriturales. Finalmente, dentro de este marco normativo, no debe perderse de vista la cláusula constitucional que le impone al Estado el deber de proveer al acceso a una vivienda digna.

4.1. La Ley 24441

Esta ley estableció un régimen jurídico para las letras hipotecarias, previendo ciertas reglas especiales. Este microsistema jurídico sigue vigente después de la sanción del CCCN.

1. Efecto novatorio. El efecto novatorio de la emisión las letras hipotecarias se aparta del principio general receptado en el artículo 933 CCCN. Este artículo define la novación como “la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada a reemplazarla”, mejorando la redacción del artículo 801 del Código Civil de Vélez, que se refería a “la transformación de una obligación en otra”.

La novación no se presume sino que debe estar expresamente convenida y extingue la obligación originaria y sus accesorios (art. 940). El acreedor puede impedir la extinción de las garantías personales o reales del antiguo crédito mediante reserva; en tal caso, las garantías pasan a la nueva obligación sólo si quien las constituyó participó en el acuerdo novatorio. El artículo 27 de la Ley 24441 estableció una excepción a esa regla general.⁸³ Dice este artículo: “la emisión de letras hipotecarias extingue por novación la obligación que era garantizada por la hipoteca”, esto es, extingue el contrato de mutuo pero no el contrato hipotecario.⁸⁴

Esta ley ha establecido una novación de fuente legal que se produce de pleno derecho,⁸⁵ que produce, automáticamente, la traslación de la garantía hipotecaria a la nueva obligación. Este efecto novatorio refuerza su carácter abstracto y la desvinculación de la relación causal, indispensable para la securitización, e implica⁸⁶ que:

- El acreedor solo tiene la acción cambiaria por cuanto se ha extinguido la acción causal y que prescribe a los tres años (art. 47 Ley 24441). Tampoco tiene la acción de regreso porque el endoso no genera responsabilidad del endosante.
- No pueden invocarse excepciones derivadas de la relación causal fundamental o subyacente pues está extinguida.
- El único título hábil es la letra hipotecaria y sus cupones.⁸⁷ En este sentido, la jurisprudencia *in re* “Banco Hipotecario c/ Horr”⁸⁸ ha dicho:

83. MAZZÍA, María de las Mercedes, ob. cit. (cfr. nota 33), pp. 949-950.

84. VILLEGAS, Carlos G., ob. cit. (cfr. nota 33), p. 417.

85. HIGHTON, Elena y otros, ob. cit. (cfr. nota 33), pp. 223-224; RIVERA, Julio C., ob. cit. (cfr. nota 14), p. 22; VILLEGAS, Carlos G., ob. cit. (cfr. nota 33), pp. 416-417.

86. MOLINA, Marcela, ob. cit. (cfr. nota 20).

87. DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “Hipoteca y novación”, en *Revista Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2010-2 “Hipoteca-II”, pp. 365-367.

88. Cám. Civ. y Com de Azul, Sala II, 26/4/2017, “Banco Hipotecario SA c/ Horr, Silvina y otro s/ ejecución hipotecaria” (causa N° 2-61782-2016) (eldial.com, 3/7/2017, AA9FBE [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SCBA; última consulta: 25/4/2020]).

... las letras hipotecarias reguladas en la Ley 24441 son títulos valores con garantía hipotecaria y son el único título hábil para su ejecución en virtud de la novación de origen legal [...] Es decir que la escritura de constitución de hipoteca no será título hábil para la ejecución, quedando completamente suplida por los títulos valores hipotecarios.

Otro fallo aclara que no es título hábil para la ejecución en virtud de la novación de origen legal, aunque “puede ser necesaria su complementación con la escritura para acreditar las cláusulas pactadas que no constan en la letra”.⁸⁹

- No es necesaria la referencia expresa a la novación por cuanto con la mera indicación de que se trata de una letra hipotecaria constituida conforme la Ley 24441 se produce automáticamente el efecto novatorio.

2. Hipoteca de primer grado. La emisión de letras hipotecarias solo puede corresponder a hipotecas de primer grado y estar consentida expresamente en el acto de constitución de la hipoteca (art. 36).

3. Trasmisión por endoso nominativo.⁹⁰ La Ley 24441 prevé que la trasmisión de la letra puede tener lugar por endoso nominativo (art. 40), comprendiendo la hipoteca que garantiza el crédito. Debe hacerse constar en el título valor el nombre del endosatario, sin necesidad de notificar al deudor. Es decir, el endosatario adquiere el título de crédito con la garantía hipotecaria sin necesidad de nueva escritura pública ni inscripción ni anotación en el registro de la propiedad inmobiliaria. No están permitidos los endosos en blanco pues estos deben ser necesariamente a favor de una persona determinada.

- El **endosatario no es responsable** de las letras que transmite por endoso (art. 40 *in fine*). Es decir, el originante no va a responder por la deuda representada en el título, con su patrimonio frente al fiduciario o fondo común de afectación.
- **Acciones y prescripción:** las acciones emanadas de la letra hipotecaria prescriben a los tres años (art. 47), contados desde la fecha del vencimiento de cada cuota de capital o interés. Las acciones que puede interponer el titular son: 1) La cambiaria y la hipotecaria, solo contra el librador(es); no es procedente en contra de los endosantes anteriores, por cuanto la trasmisión de la letra es sin responsabilidad del endosante (art. 40, última parte). 2) El trámite de ejecución especial cuando ha sido convenido en el acto de constitución de la hipoteca (art. 45).

4.2. La nueva incumbencia notarial en el Código Civil y Comercial: el notario a cargo del registro de letras hipotecarias escriturales

Una novedad introducida por el CCCN es que autoriza al escribano público a llevar el registro de títulos valores no cartulares con garantía hipotecaria; entre ellos, las letras hipotecarias escriturales (art. 1850 segundo párrafo). Ciertamente, esta nueva función

89. Cám. Civ. y Com. de Azul, 13/10/2005, “Banco Río de La Plata c/ Coronel, José Leandro y otra s/ ejecución hipotecaria” (causa N° 48937 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente SCBA; última consulta: 25/4/2020]).

90. VILLEGAS, Carlos G., ob. cit. (cfr. nota 33), p. 403.

registral asignada al notario le brinda seguridad jurídica tanto al acreedor como al mismo deudor, por tratarse de un tercero neutral pero, especialmente, en razón de su investidura como fedatario, conferida por el Estado.

Recordemos que la fe pública es (*in re* “Cock, Guillermo”)

... una potestad del Estado que obliga a tener por ciertos y auténticos determinados hechos [...] es pues una expresión de la soberanía del Estado delegada en determinados funcionarios cuyos dichos es tenido por cierto por su sola afirmación mientras no sea argüido de falso...⁹¹

Y, como tal, está sujeto a la supervisión estatal.

No obstante, esta nueva incumbencia notarial plausible no ha sido reglamentada y deja numerosas lagunas normativas en torno a la forma de abrir y llevar el registro y la retribución de la actuación del escribano.

4.3. La emisión de la letra hipotecaria y la protección del consumidor

Las normas que regulan los derechos de los consumidores regulan detalladamente el acceso al crédito y la información que debe proveérsele al deudor. La [Ley 24240 de Defensa del Consumidor](#) (LDC) prevé (art. 36) bajo pena de nulidad que deberá consignarse lo siguiente: el precio de contado, el saldo de deuda, el total de los intereses a pagar, la tasa de interés efectiva anual, la forma de amortización de los intereses, otros gastos si los hubiere, cantidad de pagos a realizar y su periodicidad, gastos extras o adicionales si los hubiera y monto total financiado a pagar. En relación a los bancos y entidades financieras, preceptúa:

El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en esta ley.

El derecho de información previsto para los contratos de consumo (arts. 1100 y cs. CCCN)

... agudiza y profundiza en los contratos bancarios con consumidores y usuarios (arts. 1384, 1385, 1386, 1387, 1388 y 1389 del CCyCN), pues en ellos se exige consignar el costo financiero total e información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de créditos existentes en el sistema (art. 1387).⁹²

Este derecho del consumidor tiene rango constitucional a partir de su incorporación al texto constitucional en la reforma de 1994 (art. 42). La jurisprudencia ha insistido en la jerarquía de la Constitución Nacional y de la LDC:

... que prevalecen sobre la normativa tanto procesal como de fondo, vinculada a los títulos cambiarios [...] En tal sentido, y para comprender definitivamente por qué la

91. CNCiv., 6/7/1948, “Cock, Guillermo” (*Revista de Jurisprudencia Argentina*, t. 1948-I, pp. 443-444).

92. Cám. Civ. y Com. de Azul, 13/6/2016, “Banco de Galicia y Buenos Aires SA c/ Canale Hugo Ernesto y otro s/ cobro ejecutivo” (disponible [aquí](#); fuente: GPBA; última consulta: 18/10/2019).

abstracción cambiaria debe ceder ante la especial indagación causal indicada, conviene recordar que los derechos del consumidor son una especie del género “derechos humanos” o más particularmente, un “derecho civil constitucionalizado” puesto que un principio basilar en la materia es, justamente, el de asegurar al consumidor el acceso a la justicia de manera fácil y eficaz, lo cual debe entenderse inclusive como una exigencia de orden público la interpretación judicial no puede ser otra que la indicada, consistente en dar prelación al derecho constitucionalmente protegido de modo expreso, por encima del que tiene simple fundamento de derecho común. Es que el derecho del consumidor presenta las características de un microsistema con principios propios, inclusive derogatorios del derecho privado tradicional...⁹³

En definitiva, la primacía de la LDC sobre las normas de forma del **Código Procesal Civil y Comercial** se funda en la jerarquía constitucional del derecho del consumidor.⁹⁴

La jurisprudencia nacional, invocando doctrina calificada,⁹⁵ ha extendido esa regla a la letra hipotecaria, diciendo que

... si se estima configurada cualquier operación financiera para consumo y/o crédito para el consumo –la LDC 36–, a través de cualquier instrumento o título ejecutivo –pagaré, cheque, **letra hipotecaria**, *leasing*, obligaciones negociables, hipoteca, prenda, entre otros– y éste sea objeto de ejecución, la enunciada relación jurídica habilitará la aplicación de toda la preceptiva tuitiva de la legislación consumerista, e impondrá que el juez la jerarquice por encima de las limitaciones que la legislación cambiaria o comercial –dirigida a agilizar el tráfico comercial– establece a la hora de impedir indagar en la causa-fuente de la obligación. Por eso, la relación de consumo, más allá que las partes puedan esgrimirla como defensa, en realidad es débito y materia a indagar por el sentenciante.⁹⁶

Dentro de esta línea argumental, se ha concluido que

... el principio de abstracción cambiaria debe ceder frente a la indagación necesaria para determinar si al título cambiario le subyace una relación de consumo, toda vez que mediante la utilización de aquél no se pretende cumplir con la finalidad de los títulos (circulación), sino que por el contrario se pretende sortear las garantías mínimas que emanan de la propia Constitución Nacional y la vigente ley 24.240...⁹⁷

Esta interpretación pretende integrar fuentes plurales en pugna, armonizando los microsistemas, para proteger al consumidor sin sacrificar otros derechos e intereses en conflicto, como el derecho de propiedad, la tutela al crédito, el tráfico comer-

93. CNCom., en pleno, 29/6/2011, “Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores” (disponible [aquí](#); fuente SAJ; última consulta: 18/10/2019).

94. CNCom., Sala E, 26/8/2009, “Compañía Financiera Argentina SA c/ Castruccio, Juan Carlos s/ ejecutivo” [N. del E.: ver [aquí](#); fuente SAJ; última consulta: 25/4/2020].

95. FALCO, Guillermo y GARZINO, M. Constanza, “El juicio ejecutivo, las defensas causales y la ley de defensa al consumidor”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 15/2/2011 (t. 2011-A), cita online AR/DOC/296/2011.

96. CNCom., Sala F, 12/2/2015, “Banco Hipotecario SA c/ Tangir, Andrés David s/ ejecutivo” (sumarios oficiales disponibles [aquí](#); última consulta: 18/10/2019); 12/5/2015, “Barenbaum, Claudio Marcelo c/ Amonini, Lilyann s/ ejecutivo” (sumarios oficiales disponibles [aquí](#); última consulta: 18/10/2019); 23/2/2017, “Vidaplan SA c/ Litvin, Teddy Daniel s/ ejecutivo” (sumarios oficiales disponibles [aquí](#); última consulta: 18/10/2019).

97. CNCom., Sala F, 28/9/2017, “Banco Santander Río SA c/ Rico, Enrique Carlos y otro s/ ejecutivo” (expediente N° 4261/2016) (disponible [aquí](#); última consulta: 18/10/2019).

cial,⁹⁸ pero pone en crisis la noción de letra hipotecaria como documento abstracto y completo. Por tanto, para prevenir cualquier planteo de nulidad o excepciones procesales en la ejecución judicial o en el trámite de ejecución especial, será indispensable consignar como contenido de la letra hipotecaria no solo aquel exigido por la Ley 24441 sino también los datos exigidos por el artículo 36 LDC y los artículos 1092 a 1122 CCCN.

No obstante, creemos que también debería avanzarse hacia una protección preventiva del consumidor a través de algunos mecanismos, especialmente aquellos referidos a la plena información y comprensión de la operatoria bancaria y la ejecución especial –en caso de ser convenida en el contrato de hipoteca–. Entre ellos, proponemos implementar un *test online* de deudor hipotecario sobre su situación económica y nivel de gastos, como así también, alertas de situaciones riesgosas en función de su perfil, similares a aquellos actualmente existentes para la protección del inversor en fondos comunes de inversión, algunos a través del servicio *home banking*.

4.4. El derecho constitucional a una vivienda digna

La Constitución Nacional (CN) –con las reformas de 1957 y 1994– le impuso al Estado el deber de establecer las condiciones para el acceso a una vivienda digna. Es también un derecho humano consagrado en el artículo 11 del [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) (Nueva York, 1966) (de rango constitucional por cuanto ha sido enumerado en el art. 75 inc. 22 CN):

Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia [...] y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho...

Mediante la Ley 24441, el legislador procuró atraer inversores hacia el financiamiento y la construcción de viviendas a partir del desarrollo del mercado de hipotecas, con el objetivo de bajar los costos del endeudamiento (disminución de tasas de interés y ampliación de plazos) y los costos de la intermediación financiera. Hemos mencionado que el desarrollo de este mercado secundario de hipotecas amplía los recursos disponibles de las entidades bancarias y financieras a partir de créditos hipotecarios ya otorgados mediante un proceso de securitización. Sin embargo, el sano y óptimo desenvolvimiento de estas figuras jurídicas reguladas por la Ley 24.441 exige estabilidad económica y cambiaria para el inversor y el deudor. La experiencia argentina ha demostrado que los deudores hipotecarios han sido muy perjudicados en períodos de crisis económicas y cambiarias, en los que se producen profundas e imprevisibles alteraciones de la tasa de interés o alta volatilidad de las divisas extranjeras (éste último tiene importancia cuando la deuda ha sido pactada en dólares).

El Estado –que tiene el deber constitucional de establecer las condiciones para el acceso a una vivienda– no puede desentenderse de las consecuencias en los deudores

98. Cám. Civ. y Com de Azul, Sala II, 26/4/2017, “Banco Hipotecario SA c/ Horr, Silvina y otro s/ ejecución hipotecaria” (causa N° 2-61782-2016) (eldial.com, 3/7/2017, AA9FBE [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SCBA; última consulta: 25/4/2020]).

hipotecarios de las crisis económicas producto de las políticas gubernamentales. Por ello, de *lege ferenda* proponemos:

1. Establecer un seguro obligatorio que cubra la pérdida del empleo sin causa. La contratación de un seguro no es ajena a la práctica negocial, pues algunos bancos ya incluyen un seguro de este tipo en el contrato de mutuo.
2. Exigirles a los bancos la creación obligatoria de un fondo compensatorio por cada un porcentaje de créditos hipotecarios, disponible para aquel en las épocas de crisis económicas, bajo la condición de mantener inalterable la tasa de interés. En caso de preverse el aporte del mismo deudor hipotecario en la conformación del fondo compensatorio, debería establecerse un porcentual máximo a su cargo y el reintegro del mismo a la fecha de la extinción de su obligación dineraria.

4.5. Normas infralegales emitidas por las autoridades administrativas dentro del marco de su competencia

La doctrina mayoritaria⁹⁹ coincide en que la administración (centralizada, descentrada o descentralizada) tiene potestades administrativas para cumplir sus fines y cometidos, entre ellas, la potestad reglamentaria. Esta debe ser entendida como prerrogativa o poder de actuación que dentro del ordenamiento jurídico puede generar situaciones jurídicas respecto de los administrados, dentro de los límites generales: la jerarquía normativa, la reserva legal y la observancia de los principios generales del derecho.

Sin entrar a analizar la clase de reglamentos que emiten los órganos y entes administrativos, lo cierto es que estas normas infralegales tienen importancia frente a los innumerables vacíos normativos en torno al régimen jurídico de la letra hipotecaria escritural, particularmente aquellos cuya solución es indispensable para su desenvolvimiento práctico. Entre estos reglamentos, mencionamos las disposiciones técnicas registrales emitidas por los directores de los registros inmobiliarios. Algunos han emitido disposiciones técnicas registrales sobre la calificación del documento para su anotación y cómo efectivizar la intervención del registrador en el marco del artículo 39 de la Ley 24441 (13/1995 de la Provincia Mendoza). Otras, más minuciosas, han reglado vacíos normativos. Así por ejemplo, para registrar la cancelación de la inscripción de la hipoteca y letras escriturales, exigen la constancia de cancelación de la letras hipotecarias emitida por el agente de registro de las letras escriturales, debidamente autenticado, o el equivalente certificado judicial (3/1997 del director provincial del Registro de la Propiedad de Rosario, modificada por la 3/2001; 4/1999 del director del Registro de la

99. CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006 (8ª ed.), pp. 119-121 y 177-179. También: DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, pp. 66-67; MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, p. 223. En una postura contraria, otros autores rechazan la existencia de la potestad reglamentaria en razón de la prohibición del art. 99 inc. 3 CN. Cfr. GORDILLO, Agustín, "Actos administrativos reglamentos y contratos administrativos", *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, cap. 4, Buenos Aires, FDA, 2011 (10ª ed.), pp. 3-9 (disponible [aquí](https://www.gordillo.com/); fuente: <https://www.gordillo.com/>; última consulta: 18/10/2019).

Propiedad Inmueble de la Capital Federal; 9/1998 del Registro de Corrientes; 8/1998 de la directora del Registro de la Provincia de Buenos Aires).

También el Banco Central tiene competencia para establecer los requisitos que deben cumplir los registros de letras escriturales, conforme a la delegación de competencias establecida en el artículo 3 del [Decreto 780/1995](#).

5. Consideraciones finales

La letra hipotecaria fue introducida por la Ley 24441 (título III, arts. 35-49) para facilitar la transferencia de créditos hipotecarios al fondo fiduciario, disminuir sus costos de intermediación y posibilitar el proceso de securitización. Esta ley continúa vigente con numerosas modificaciones. Entre ellas, aquellas introducidas por la Ley 26994, que aprobó el Código Civil y Comercial y suprimió los títulos relativos al fideicomiso y *leasing*, previendo una nueva regulación, no así el título III, sobre letras hipotecarias, hoy vigente.

El Código ha establecido reglas generales, dejando vigentes microsistemas jurídicos, entre ellos, el régimen jurídico de la letra hipotecaria. La letra hipotecaria actualmente está sujeta a un régimen jurídico complejo:

- 1) Un microsistema específico: Ley 24441.
- 2) Como título valor, se le aplican las normas generales del Código Civil y Comercial y el Decreto-ey 5965/1963, que continúa vigente.
- 3) En relación a la garantía hipotecaria, se aplica el Código Civil y Comercial (arts. 2184-2211).

La letra hipotecaria es una especie de título valor. Presenta las características señaladas que mencionamos en los párrafos precedentes y, por tanto, reúne las características de estos: autonomía y formalidad; los títulos cartulares, la literalidad y necesidad; los títulos escriturales, la registrabilidad y desmaterialización.

Más allá de la autonomía que caracteriza a todo título valor, presenta además características específicas: formalidad acentuada, abstracción y completividad. El efecto novatorio de la emisión de la letra hipotecaria, que reafirma su carácter abstracto, no altera los caracteres esenciales de este derecho real: especialidad, indivisibilidad y accesoriedad. La necesaria constancia de la emisión en el mismo asiento de la hipoteca y en la escritura de constitución de la misma pone de manifiesto el carácter accesorio de este derecho real.

Este esquema normativo debe completarse con el estatuto de los derechos fundamentales: el derecho del consumidor (art. 42 CN, reglamentado por la Ley 24240) y el derecho a una vivienda digna (art. 14 bis y art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Humanos), enumerado en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo de la Constitución Nacional).

Teniendo en cuenta este bloque constitucional de derechos fundamentales, la jurisprudencia ha concluido que el principio de abstracción cambiaria debe ceder frente a la indagación necesaria para determinar si subyace una relación de consumo. Como corolario, la jurisprudencia ha terminado por aceptar la integración de la letra hipotecaria

con documentación adicional relativa al contrato de hipoteca y emisión de la letra hipotecaria, conformando un título complejo para las operaciones de financiación de la vivienda. Esta postura de la jurisprudencia reciente y la doctrina consumirista pone en crisis el carácter de abstracción y completividad de la letra hipotecaria (en relación a préstamos para la vivienda) que en forma unánime la doctrina civilista había admitido.

6. Bibliografía

- ALEGRIA, Héctor y otros [comisión Decreto PEN 685/1995], *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, 1998.
- ALTERINI, Jorge, “Pagarés hipotecarios e hipotecas cambiarias”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 726, 1972.
- ANDORNO, Luis, “La securitización de activos y las letras hipotecarias en la Ley N° 24441”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, t. 1997-III.
- AZERRAD DE FINQUELSTEIN, Iris J., “Letras hipotecarias”, en *Revista Notarial*, Córdoba, Colegio Escribanos de Córdoba, N° 77, 1999.
- BARBIERI, Pablo C., “Títulos valores en el Código Civil y Comercial. Visión actual de la reforma” [online], en *Revista Jurídica Electrónica*, Lomas de Zamora, Facultad de Derecho de la Universidad de Lomas de Zamora, N°4, 2012.
- BOUILLON, C. P. (ed.), *Un espacio para el desarrollo. Los mercados de vivienda en América Latina y el Caribe*, Washington DC, Banco Interamericano de Desarrollo, 2012.
- BUSETTO, Adalberto L., “La nueva teoría general de los títulos valores: aproximaciones”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, N° extraordinario, 2015.
- CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006 (8ª ed.).
- CHIAPPINOTTO, Laura, “El título valor hipotecario, de implementación esencialmente doméstica no bancaria, en reemplazo del pagaré hipotecario velezano, cartular, “convertible” en no cartular para su securitización en un “mercado de capitales más inclusivo”, de conformidad con los lineamientos internacionales actuales y las leyes nacionales más recientes” (trabajo presentado en la XXXIII Jornada Notarial Argentina [Bariloche, 2018]), (s.e.), 2018.
- COSENTINO, Javier, (comentario al art. 1815), en Caramelo, G., Herrera, M. y Picasso, S. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 4, Buenos Aires, Infojus-SAIJ, 2015.
- CROSTELLI, Juan C., (su intervención en el debate parlamentario de la Ley 24441), en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación. 34ª reunión - continuación de la 12ª sesión ordinaria. Noviembre 17 de 1994*, Buenos Aires, Congreso de la Nación Argentina, 1994.
- DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “Hipoteca y novación”, en *Revista Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2010-2 “Hipoteca-II”.
- DUMÓN, José, (su intervención en el debate parlamentario de la Ley Nacional 24441), en *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación. 34ª reunión - continuación de la 12ª sesión ordinaria. Noviembre 17 de 1994*, Buenos Aires, Congreso de la Nación Argentina, 1994.
- FALCO, Guillermo y GARZINO, M. Constanza, “El juicio ejecutivo, las defensas causales y la ley de defensa al consumidor”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 15/2/2011 (t. 2011-A), cita online AR/DOC/296/2011.
- GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Tratado del pagaré cambiario*, Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2004.
- GORDILLO, Agustín, “Actos administrativos reglamentos y contratos administrativos”, en *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, cap. 4, Buenos Aires, FDA, 2011 (10ª ed.).
- GUALTIERI, Giuseppe y WINISKY, Ignacio, *Títulos circulatorios*, Buenos Aires, Zavalía, 1984.
- FONTBONA, Francisco y otros, “Hipoteca vinculada al crédito: el pagaré hipotecario” (ponencia presentada en la IX Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal [Buenos Aires, 1980]), (s.e.), 1980.
- HIGHTON, Elena I. y otros, *Reformas al derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.
- KIPER, Claudio y LISOPRAWKI, Silvio, *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*, Buenos Aires, Depalma, 1995.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumición*, Buenos Aires, Zavalía, 1996.

- LUCENA CABELLO, Jorge, “**Alternativas hipotecarias en los negocios modernos**”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 833, 1993.
- “Esa especie de letra hipotecaria”, en *El Notario*, Mendoza, Colegio Notarial de Mendoza, N° 15, 1999.
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.
- MAZZIA, María de las Mercedes, “Breve aproximación referida a las figuras de las letras hipotecarias y las letras hipotecarias escriturales contempladas en la ley 24441”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 24/1/2007 (t. 2007-A), cita online AR/DOC/147/2007.
- MOLINA, Marcela, “Las letras hipotecarias de la Ley N° 24441” (artículo inédito realizado en el marco del trabajo de investigación *La securitización y desarrollo del mercado de hipotecas*, presentado en la SECyT de la Universidad Nacional de Cuyo), 1996.
- PAOLANTONIO, Martín, “El Código Civil y Comercial de la Nación y la teoría general de los títulos valores”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento especial “Nuevo Código Civil y Comercial”, 17/11/2014, cita online: AR/DOC/3832/2014.
- REBORD, Germán, “Las políticas públicas de vivienda en Argentina desde principios del siglo XX a la actualidad” [online], [s.e.], [s.f.].
- RIVERA, Julio C., “Las letras hipotecarias”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° extraordinario, 1995.
- RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar M., “Un nuevo título valor: la letra hipotecaria”, en Favier Dubois, E. M. (h.) y Nissen, R. A. (dirs.), *Derecho societario argentino e iberoamericano*, t. 2, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995-1996, pp. 361-364 (ponencia presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa [Mar del Plata, 1995]).
- SABAT, Diego, “Securitización. Alternativas de instrumentación en la República Argentina”, en Favier Dubois, E. M. (h.) y Nissen, R. A. (dirs.), *Derecho societario argentino e iberoamericano*, t. 2, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995-1996, pp. 373-380 (ponencia presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa [Mar del Plata, 1995]).
- VILLEGAS, Carlos, *Las garantías del crédito*, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998 (2ª ed., actualizada).
- VIVANTE, César, *Tratado de derecho mercantil*, t. 3, Madrid, 1936.

Jurisprudencia:

- CNCiv., 6/7/1948, “Cock, Guillermo”.
- Cám. 5ª Civ. y Com. de Córdoba, 12/3/2004, “Banco Bisel SA c/ Virga, Carlos s/ ejecución hipotecaria”.
- Cám. Civ. y Com. de Azul, 13/10/2005, “Banco Río de La Plata c/ Coronel, José Leandro y otra s/ ejecución hipotecaria” (causa N° 48937).
- CNCom., Sala E, 26/8/2009, “Compañía Financiera Argentina SA c/ Castruccio, Juan Carlos s/ ejecutivo”.
- CNCom., en pleno, 29/6/2011, “Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen involucrados derechos de consumidores”.
- CSJN, 11/7/2006, “First Trust of New York NA c/ García Calvo, Matilde s/ ejecución hipotecaria”.
- CS de Tucumán, Sala Civil y Penal, 23/4/2013, “Banca Nazionale del Lavoro SA c/ Herrera, Edgardo y otra s/ ejecución hipotecaria”.
- CNCom., Sala F, 12/2/2015, “Banco Hipotecario SA c/ Tangir, Andrés s/ ejecutivo”.
- CNCom., Sala F, 12/05/2015, “Barenbaum, Claudio Marcelo c/ Amonini, Lilyann s/ ejecutivo”.
- CNCom., Sala F, 23/2/2017, “Vidaplan SA c/ Litvin, Teddy Daniel s/ ejecutivo”.
- Cám. Civ. y Com de Azul, Sala II, 26/4/2017, “Banco Hipotecario SA c/ Horr, Silvina y otro s/ ejecución hipotecaria” (causa N° 2-61782-2016).
- CNCom., Sala F, 28/9/2017, “Banco Santander Río SA c/ Rico, Enrique Carlos y otro s/ ejecutivo” (expediente N° 4261/2016).
- SC de Mendoza, Sala 1ª, 31/5/2018, “Olivares, Luis Enrique en J° 251415/52057 Olivares, Luis Enrique c/ Dolhannov, Serhiy p/ ejecución hipotecaria p/ recurso extraordinario de casación” (expediente 13-03753098-5/2, ubicación LS557-075).

Modalidades de la partición extrajudicial de herencia*

Leandro N. Posteraro Sánchez

PALABRAS CLAVE

Partición de herencia; partición privada; partición extrajudicial; partición de herencia en sede notarial; partición por licitación; partición de inmuebles; partidor; hijuelas.

Fechas de recepción y aceptación

15/11/2019 - 15/1/2020

Sumario: 1. Introducción. 1.1. Modos y forma de efectuar la partición de herencia. 1.2. Esquema del Código Civil y Comercial. 2. La partición privada o extrajudicial en el Código de Vélez. 3. La partición privada o extrajudicial en el nuevo Código Civil y Comercial. 3.1. Alcance de la partición privada. 3.2. Forma instrumental. 3.3. Requisitos de la partición privada o extrajudicial. 4. Modalidades de efectuar la partición privada o extrajudicial. 5. Documentación habilitante en sede notarial. 6. Partición total o parcial. 7. Momento desde el que puede otorgarse la partición privada. 7.1. Partición de herencia en sede notarial antes del dictado de declaratoria de herederos o auto aprobatorio de testamento. 7.2. Modelos de utilización y redacción de interés notarial. Partición privada entre coherederos. 8. Nuevas modalidades de partición extrajudicial. 8.1. Partición privada notarial por licitación. 8.2. Partición privada o extrajudicial con nombramiento de partidor privado. 8.3. Partición extrajudicial con sorteo de hijuelas. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

1. Introducción

1.1. Modos y forma de efectuar la partición de herencia

Primero, una aclaración terminológica tendiente a no confundir la acepción técnica y natural que tienen los términos *modo* y *forma*. En el lenguaje natural, podrían ser sinónimos, pero técnicamente contienen nociones distintas. Técnicamente, entonces, el *modo* de hacer la partición nos indica el contenido del acto de partición en función de los tipos establecidos por la ley, y la *forma* alude a las solemnidades que deben respetarse para su validez y eficacia. En este sentido, si bien es cierto que el modo judicial de la partición lleva esa denominación por la forma que necesariamente va impuesta, que es la judicial con el conjunto de solemnidades que la norma de contenido procesal establece, y el modo privado, en consecuencia, por las formas del derecho privado, el término *modo* tiene una connotación técnica más amplia que el término *forma*.

* Este trabajo fue distinguido con el Premio "Delegación Tandil" a la Calidad Académica en la XLI Jornada Notarial Bonaerense (Tandil, 2019).



Independientemente de la precisión terminológica, la partición es un acto jurídico formal. En tanto la forma es un elemento indispensable del acto jurídico, la partición como tipo especial es un acto o negocio jurídico formal.¹ En cuanto a los modos previstos para la partición en el Código Civil de Vélez Sarsfield, la doctrina distinguía las dos formas más relevantes: la *partición privada o extrajudicial*, practicada bajo escritura pública como forma especialmente impuesta por los herederos mayores y capaces (arts. 1184 inc. 2 y 3462), y la *partición judicial* dentro de un proceso judicial con la dirección de un juez, reservada para los casos expresamente previstos (art. 3465).

Junto a estos dos modos, el Código regulaba una partición especial, la hecha en vida por los ascendientes entre sus descendientes, por donación o por testamento, y, finalmente, la denominada *partición mixta*, que contenía, si se quiere, ciertos elementos tipificantes de las dos formas básicas: como excepción a la escritura pública como forma impuesta, podían los herederos celebrar un convenio privado que quedaba supeditado a la aprobación judicial (los supuestos del art. 1184 inc. 2 y el art. 3515 del viejo Código Civil).

1.2. Esquema del Código Civil y Comercial

Así entonces, en el **Código Civil y Comercial** (en adelante, “CCCN”), los dos *modos* básicos de hacer la partición del capítulo 2 son:

- A) Partición privada o extrajudicial: conforme autoriza el artículo 2369 a la totalidad de los copartícipes, siempre que sean capaces y decidan el otorgamiento por fuera del proceso sucesorio.
- B) Partición judicial: conforme a los supuestos en que se impone por el artículo 2371.

En función del modo se determina la *forma*, que genéricamente sigue siendo binaria: la partición extrajudicial realizada por todos los copartícipes, presentes y capaces, “en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente”; y la partición judicial propiamente dicha, realizada por un partidor en los casos del artículo 2371.²

1. En realidad, como explica Cifuentes, esta distinción tradicional entre actos formales y no formales ha sido corregida, pues siendo la forma un elemento esencial del acto jurídico, es técnicamente imposible el acto sin forma. Así pues, modernamente, se ha denominado a los actos con forma vinculada y actos con forma libre. En este sentido, la sistemática del Código sobre las formas, esencialmente, no se ha modificado. Si bien el nuevo Código unificado no contiene una clasificación de las declaraciones de voluntad en formales y no formales –como lo hacía el Código de Vélez en sus artículos 915 y 916–, al regular en el libro primero la forma y prueba de los actos jurídicos en la sección 3ª del capítulo 5 del título IV, establece el principio de *libertad de formas* (art. 284), reglando el caso de la *forma impuesta* (art. 285) y la *expresión escrita* (art. 286), que puede tener lugar por instrumento público o por instrumentos particulares firmados o no firmados. Básicamente, aquí, e igual que antes, si la ley no designa una forma determinada para el acto (forma impuesta), las partes podrán usar la que estimen conveniente (libertad de formas). Bajo esta proyección general, el nuevo Código vuelve a tratar el tema de la forma en los contratos, en donde reitera el principio general (art. 1015) y establece qué contratos deben ser otorgados por escritura pública (art. 1017), reglamentando luego, a partir de allí, la forma de cada tipo específico de acto).

2. El perito partidor, investido de las facultades y atribuciones que le confiere la ley, desarrolla todas las actividades necesarias para la partición, superando la falta de voluntad de los interesados (menores o incapaces), o porque no forman el acuerdo o porque se oponen terceros interesados (acreedores); en todos estos casos, su meta es

Finalmente, como modo específico, se suman las particiones por donación y por testamento, reguladas en el capítulo 7 (arts. 2411-2423), que son aquellas que podrán hacer en vida los ascendientes entre sus descendientes, asignando a cada uno los bienes que corresponderán en su lote.

Esquemáticamente, entonces, los modos o tipos de partición básicos, con la reforma, siguen siendo dos:

- La partición judicial con la dirección del juez de la sucesión y la intervención de un perito partidor, que se formaliza en el expediente sucesorio, sea por acuerdo entre los copartícipes o en caso de falta del mismo, o si alguno de ellos fuese incapaz o con capacidad restringida; también prevista para el caso en que un tercero con interés legítimo su opusiere a formalización por vía extrajudicial.
- La partición privada, que se otorga extrajudicialmente, con el acuerdo unánime de los copartícipes plenamente capaces y siempre que no exista oposición de terceros interesados. Y también dentro de este tipo se encuentra la partición por los ascendientes, sea por acto entre vivos (con sus descendientes) o por la vía testamentaria.

En cuanto a la denominada partición mixta, el CCCN no contiene una norma como la del inciso 2º del artículo 1184 del [viejo Código Civil](#) (según el texto ordenado por la Ley 17711³). En consecuencia, si bien puede afirmarse que la reforma no ha mantenido a la escritura pública como forma impuesta para la partición hereditaria extrajudicial, sí naturalmente lo sigue siendo en los actos o negocios jurídicos que tienen por objeto la adquisición, modificación y extinción de derechos reales sobre inmuebles.

En esta línea de análisis, no hay que olvidar la reconocida naturaleza contractual de la partición como negocio jurídico que, si bien no tiene carácter traslativo, es una verdadero acto de manifestación de voluntad sobre una atribución exclusiva de un derecho real específico que se considera transmitido directamente desde el causante (arts. 1017 inc. a), 1892, 1893, 2403), en el caso de la partición hereditaria, pero resultará entre vivos cuando la partición sea aplicada para la división de un condominio (art. 1996) o para la adjudicación de bienes por extinción de la comunidad de bienes del matrimonio (art. 500, 508 y cs.), cuyas normas remiten a la partición hereditaria. Como puede observarse, la exigencia de escritura pública surge de una interpretación sistemática; hubiera sido prudente dejar zanjada la cuestión en forma más clara.

En este contexto normativo, en aquellas particiones hereditarias extrajudiciales en donde no haya inmuebles, podrán los herederos formalizarla por instrumento privado, sin necesidad de presentación alguna al expediente sucesorio. Si la misma incluyere bienes muebles registrables, se deberá cumplir con los demás requisitos que fije cada registro (v.gr.: solicitudes tipo del registro de la propiedad automotor, registros de buques, aeronaves, etc.). También, si así lo consideran conveniente, podrán presentar dicho convenio privado en el proceso sucesorio, no solo para su homologación sino también para

mantener el principio de igualdad en la proporcionalidad entre lo adjudicado por cada uno y su participación en la universalidad.

3. “Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: [...] 2º Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión...”

el cumplimiento de exigencias administrativas de índole tributaria y registral –en el caso de que sean bienes registrables–, pero dicha posibilidad dependerá de las formulaciones pretorianas que empiecen a surgir a partir, también, de la regulación procesal que se mantenga, se modifique o se incorpore respecto de la partición privada y la llamada sucesión extrajudicial que hoy existe en la mayoría de los códigos procesales.

En consecuencia, respecto de la partición mixta, no se está ante una partición completamente extrajudicial sino más bien una especie dentro de la partición judicial ya que, pese a que no intervino el perito partidor como en las particiones judiciales puras, el juez puede tener por cumplido el inventario con la denuncia de bienes, el avalúo con la conformidad unánime de los copartícipes (así como de ese modo designa tasador, pueden acordar tasación), y homologar o aprobar la cuenta particionaria presentada y su consecuente adjudicación judicial.

La homologación judicial no sustituye la forma de la escritura pública sino que hace que esa partición mixta se transforme en un subtipo de la judicial al incorporarse al expediente sucesorio y ser homologada por el juez.

En consecuencia, en caso de incluir inmuebles, la partición privada extrajudicial requiere ser otorgada por escritura pública, por lo cual el instrumento privado sin homologación es el compromiso a partir de ese modo; pero una vez homologado, no tendrá el efecto del artículo 1018 CCCN, sino que será el título mismo de adjudicación por partición (como subtipo de la judicial).⁴

Así, a la luz del CCCN, nos permitimos realizar una nueva clasificación de las particiones de herencia.

– **Según la forma adoptada:**

A) Partición judicial:

- 1) Pura: La efectuada por el perito partidor ante la existencia de algún supuesto del artículo 2371, con el cumplimiento de los recaudos legales y aprobada por el juez del sucesorio. También aquella celebrada de común acuerdo por los copartícipes en acta judicial.
- 2) Mixta: La otorgada por los copartícipes capaces por unanimidad por instrumento privado y homologada por el juez del proceso sucesorio.

B) Partición extrajudicial o privada:

- 1) Por actos entre vivos:
 - i. partición entre todos los copartícipes capaces por unanimidad (art. 2369 CCCN);
 - ii. partición de los ascendientes con sus descendientes (arts. 2411-2420 CCCN).

4. 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, N° 927, 2017.

- 2) Por acto de última voluntad:
 - i. partición por ascendiente por vía testamentaria (arts. 2411-2414 y 2421-2423 CCCN).
- Según incluya o no la totalidad de la herencia, sea judicial o extrajudicial:
 - A) Partición total.
 - B) Partición parcial.
- Según ponga o no fin al estado de indivisión, sea judicial o extrajudicial:
 - A) Partición definitiva.
 - B) Partición provisional (art. 2370 CCCN).

En el presente trabajo, analizaremos la partición privada o extrajudicial de herencia, en especial la otorgada en sede notarial, no solo con relación a la “típica” otorgada entre los copartícipes, en que ya con anticipación han acordado la forma y el contenido, sino también que nos nutriremos en gran medida de la partición judicial en la consideración de la posibilidad de innovar con la incorporación de institutos típicos de este último modo, como son la licitación, la intervención del partidor (privado) e incluso el sorteo de lotes de hijuelas.

2. La partición privada o extrajudicial en el Código de Vélez

Conforme al artículo 3462, el [viejo Código Civil](#) (en adelante, “CCIV”) permitía la formalización de la partición de herencia en el ámbito extrajudicial, siempre bajo el cumplimiento de ciertos requisitos legales: a) acuerdo unánime de los herederos de otorgar partición por vía extrajudicial, y respecto al contenido del acto; b) otorgamiento por la unanimidad de los herederos; c) capacidad suficiente de los otorgantes para el acto; y d) no oposición de terceros interesados a la partición fuera del expediente sucesorio. La forma instrumental estaba especialmente regulada en el artículo 1184 inciso 2, en donde expresamente se determinaba que las partes podían optar por la escritura pública o el instrumento privado presentado al juez de la sucesión. Es decir que si todos los herederos estaban de acuerdo, podían poner fin al estado de indivisión eligiendo la forma instrumental y el contenido del acto particionario que consideraran más conveniente.

La jurisprudencia ha consagrado el principio de la autonomía de la voluntad en la partición privada de la herencia configurada por el artículo 3462 CCIV. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha establecido:

El requisito de unanimidad de herederos establecido por el art. 3462 del Cód. Civ. para la realización de la partición privada de bienes, interesa tanto al contenido como a la forma del acto. En consecuencia, para resolver que la partición sea privada y para determinar el

modo de efectuarla y el acto que la materializará, se exige la presencia y capacidad de todos los herederos y que los mismos obren por unanimidad.⁵

También el máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires ha determinado:

La unanimidad a que alude el art. 3462 del Código Civil para la realización de la partición privada de bienes, interesa tanto a la forma como al contenido del acto particional. Es decir, para determinar la forma o modo de efectuar la partición y el acto que lo materializará, se exige que todos los herederos estén presentes, que sean capaces y que los mismos obren por unanimidad. La circunstancia de que el convenio haya sido celebrado únicamente entre dos de los herederos declarados, no abastece la necesaria pluralidad de voluntades comunes que permitan concluir en lo ineludible unanimidad de criterio que se requiere en el caso de que los herederos opten por la partición privada prevista en el art. 3462.⁶

3. La partición privada o extrajudicial en el nuevo Código Civil y Comercial

El artículo 2369 CCCN recoge el concepto normativo del 3462 CCIV, con algunas modificaciones terminológicas: reemplaza “herederos” por “copartícipes”, y “capaces” por “plenamente capaces”. Suplantadas dichas expresiones, se deja saldada cualquier duda respecto de aquellas personas que pueden participar en la partición y que no revistan el carácter de herederos, como son los cesionarios de acciones y derechos hereditarios, el cónyuge supérstite, los acreedores de los herederos o del causante o de cesionarios de acciones y derechos hereditarios que hayan hecho valer sus derechos por la vía subrogatoria.

Continúa consagrándose el principio de la autonomía de la voluntad, permitiéndoseles a los copartícipes la adopción de la forma y el acto que juzguen convenientes para proceder a la partición privada de la herencia. Siempre bajo los mismos requisitos: la intervención de todos los copartícipes con plena capacidad legal manifestando la decisión de manera unánime y fijando de igual manera el contenido del acto.

Agrega la nueva norma que la partición privada podrá ser total o parcial; es decir, podrá abarcar todos los bienes del acervo hereditario o solo uno o algunos. El precepto del artículo 2369 contiene una extensión distinta en cuanto al supuesto que habilitaría la realización de una partición parcial, en tanto en la partición privada o extrajudicial la decisión sobre la parcialidad solo queda sujeta a los designios de la autonomía de la voluntad de los copartícipes. Justamente por ello, la aclaración del nuevo artículo aparece como innecesaria en tanto la posibilidad de la partición parcial ya queda contemplada al decir el artículo “en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes”.

3.1. Alcance de la partición privada

Cuando los copartícipes en los derechos y acciones causados en el fallecimiento de una persona son plenamente capaces y deciden por unanimidad poner fin al estado de indivisión hereditaria mediante la adjudicación exclusiva de los bienes del acervo

5. SC de Buenos Aires, 22/4/2003, “Caprari, Héctor Hugo s/ sucesión *ab intestato*”.

6. SC de Buenos Aires, 9/12/2003, “Urrutipi, Ángela s/ sucesión”.

en proporción a su respectiva porción ideal, pueden hacerlo con los alcances que su autonomía de la voluntad juzgue convenientes. Es considerado un verdadero contrato plurilateral

... en el cual el interés de cada uno de los concurrentes se contrapone al de los otros [...] Si todos ellos desean disolver la comunidad lo hacen percibiendo cada uno el beneficio propio de recibir bienes suficientes para llenar satisfactoriamente su cuota.⁷

Ocurrido el fallecimiento de una persona, si hay más de un heredero, se produce el nacimiento de una comunidad hereditaria, que tiene carácter transitorio pues está destinada a concluir con la partición (art. 2363 CCCN).

Entre los herederos presentes y capaces, la adjudicación en sede notarial sin expresión del cumplimiento de la partición presume su existencia, por lo que el acto jurídico goza de plena validez.⁸

Así, el estado de indivisión

... produce un fenómeno de aglutinación que trae como consecuencia que la adjudicación concreta de los derechos de los bienes a los herederos no se puede realizar de inmediato, quedando esos derechos o bienes en una situación de comunidad, estado transitorio llamado a desaparecer por la partición.⁹

La autonomía de la voluntad que consagra el artículo 2369 significa que, por unanimidad, los copartícipes podrán poner fin al estado de indivisión eligiendo otorgar una partición dentro o fuera del expediente sucesorio, siempre cumpliendo con los requisitos legales. Luego, observaremos que si falta alguno de los requisitos legales, necesariamente la partición deberá otorgarse por la vía judicial (arts. 2371 y cs).

Así entonces, la Partición Privada tiene lugar cuando las partes, sin sujeción a trámite judicial alguno, celebran los actos jurídicos necesarios para repartirse las proporciones o porción de gananciales que les corresponde...¹⁰

3.2. Forma instrumental

El artículo 1184 inciso 2 CCIV determinaba que debían ser otorgadas por escritura pública las particiones extrajudiciales de herencia, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión. Es decir que no se distinguía si eran objeto de la partición o no bienes inmuebles, determinando la obligatoriedad de la forma escrituraria para toda aquella que se celebrare fuera del expediente sucesorio, dejando a salvo la facultad de otorgarse por instrumento privado siempre que el mismo

7. PÉREZ LASALA, José L. y MEDINA, Graciela, *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

8. AA.VV., (conclusiones de la XXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal [Buenos Aires, 1994]), tema 2.

9. LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia*, t. 4, Buenos Aires, LexisNexis, 2008, p. 538.

10. GATTARI, Nicolás, *Práctica notarial*, t. 13, Buenos Aires, p. 172.

fuese luego presentado al juez de la herencia (la cual era denominada como partición mixta).

El CCCN, en el artículo 1017, establece:

Escritura pública. Deben ser otorgados por escritura pública:

a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles...

El artículo 2403 determina el efecto declarativo de toda partición de herencia; es decir, juzgándose que cada adjudicatario sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes de su hijuela y que no tuvo derecho alguno en los bienes que corresponden a los demás copartícipes.

Respecto de aquellas particiones que tengan por objeto bienes inmuebles, consideramos que el efecto declarativo de toda partición de herencia no significa que la misma no constituya un acto de adquisición de dichos bienes, ya que es recién cuando se formaliza la misma cuando el copartícipe adquiere el dominio del bien inmueble, si bien se considera que ha recibido los bienes directamente del difunto, ya que antes del otorgamiento solo era dueño de una porción ideal de la herencia. Así pues, constará en los registros inmobiliarios el título de adquisición como “partición de herencia”, si bien la causa será el fallecimiento del titular de dominio.

Por otro lado, el artículo 3 de la *Ley 17801* –que no sufre modificación con la nueva codificación– determina que los documentos a inscribir en el registro de la propiedad inmueble deberán estar constituidos por “escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda”. En consecuencia, una partición privada o extrajudicial de herencia que tenga por objetos bienes inmuebles, consideramos, deberá ser otorgada por escritura pública. Sin embargo, las partes podrán optar por otorgarla en instrumento privado solo cuando el mismo sea luego presentado al juez de la herencia para su homologación y posterior registración, en este caso, a través de los documentos judiciales pertinentes, ya que en este último caso estaríamos frente a una especie dentro del género de partición judicial, como manifestáramos *ut supra*.

¿Qué ocurre si ese instrumento privado no es presentado al proceso sucesorio? Consideramos que en este supuesto será de aplicación el artículo 1018 CCCN y, por ende, generará para los otorgantes la obligación optativa de: a) elevar el otorgamiento de la partición extrajudicial a escritura pública, o b) presentar el convenio privado al proceso sucesorio para su homologación.

No cumplida alguna de esas opciones, cualquiera de los otorgantes podrá exigirle al juez que, en representación de los otorgantes, otorgue la escritura pública respectiva, de conformidad con el artículo 1018 CCCN. Por ende, al igual que en la anterior codificación, se podrá elegir la escritura pública como forma instrumental o el acuerdo privado presentado luego al juez del sucesorio, con las salvedades observadas para el supuesto de incluirse bienes inmuebles.

3.3. Requisitos de la partición privada o extrajudicial

Así el anterior ordenamiento establecía en su artículo 3462 los requisitos para otorgarse válidamente una partición privada de herencia: 1) presencia de todos los herederos

declarados o instituidos; 2) capacidad de todos los herederos; 3) acuerdo unánime de los herederos respecto a la utilización de la forma privada y al contenido o modo de repartirse los bienes; 4) no oposición fundada de terceros interesados.

El actual articulado (2369) continúa la senda tomada respecto de los requisitos para el otorgamiento válido de una partición privada:

- a) presencia de todos los copartícipes en la comunidad hereditaria;
- b) plena capacidad de los mismos;
- c) acuerdo unánime respecto a la utilización de la forma privada y al contenido o modo de repartirse los bienes;
- d) no oposición fundada de terceros interesados (art. 2371 inc. b)).

Si no se cumple con los requisitos mencionados, la partición deberá otorgarse en sede judicial.

Analizaremos a continuación los cuatro requisitos mencionados.

3.3.1. Presencia de todos los copartícipes en la comunidad hereditaria

Deberán formar parte de la partición privada todos los copartícipes a quienes han sido reconocidos sus derechos en el expediente sucesorio. La acreditación en sede notarial será mediante la documentación habilitante pertinente: declaratoria de herederos, auto aprobatorio de testamento o cesión de acciones y derechos hereditarios; y cualquier otra que pruebe el derecho de la persona a intervenir en la herencia. En este último caso, puede darse entonces el supuesto de terceros, como algún acreedor del causante o de alguno de los copartícipes (herederos, cónyuge, cesionario de acciones y derechos hereditarios), con lo cual dicha persona deberá acreditar ante el notario interviniente su presentación en el expediente y la resolución judicial respectiva que lo habilita a actuar en la comunidad hereditaria y, por ende, a formar parte del acto particionario.

La documentación habilitante deberá acompañarse a la escritura de partición en original, excepto que sea menester su devolución, bastando en este caso que el notario agregue copia certificada por él o funcionario con facultades (*v. gr.*, secretario judicial, otro notario), recordando que deberá exhibirse de todas maneras el original al profesional.

Con respecto a los herederos condicionales (art. 2366), consideramos que podrían participar de la partición privada, pero todo el acto quedaría sujeto al cumplimiento de la condición respectiva. Así, entonces, la partición quedará sujeta a los efectos de condiciones suspensivas o resolutorias, según el caso; (arts. 343-349 CCCN).

3.3.2. Capacidad plena de todos los copartícipes

Toda partición de herencia tiene efectos declarativos (art. 2403). Es decir que se considera que el adjudicatario ha recibido el bien adjudicado directamente del causante y que no ha tenido derecho alguno en lo que corresponde a los demás copartícipes.

En la partición judicial existe la obligación para el perito partidador y el juez de conformar hijuelas con valores equivalentes o, en caso de no ser posible, exigir que exista una compensación de valores. Ello no ocurre en la partición privada, ya que, en virtud de

la autonomía de la voluntad que permite el artículo 2369, los copartícipes podrían formar lotes no equivalentes entre sí, y así podríamos estar frente a un acto de disposición por parte de los que reciben menos que otros. Asimismo, más allá de reconocerse el carácter declarativo de toda partición, el ordenamiento exige que cuando en la herencia tengan un interés incapaces o personas con capacidad restringida o ausentes (art. 2371, inc. 1]) deba obligatoriamente recurrirse a la vía judicial, como si se tratara de un acto de disposición.

Otros recaudos importantes establecidos por el CCCN son (art. 689):

Contratos prohibidos. Los progenitores [...] no pueden, ni aun con autorización judicial [...] hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios...

Todo ello nos puede llevar a la conclusión de que un acto de partición excede el menor ámbito de actos de administración, y, por ende, quien participe del mismo y pretenda otorgar una bajo la modalidad extrajudicial deberá contar con capacidad suficiente para disponer de sus bienes. Así, serán incapaces de otorgar una partición privada de herencia:

- personas por nacer (art. 24 inc. a]);
- menores de edad (art. 24 inc. b]);
- personas declaradas incapaces por sentencia judicial (art. 24 inc. c]);
- personas con capacidad restringida, siempre que la sentencia limite el otorgamiento del acto particionario o actos similares (arts. 31, 32, 37, 38 y cs.).

3.3.2.1. Regla general

La regla general es que la falta de aptitud de las personas para otorgar por sí mismas un acto particionario privado de las personas mencionadas significa que el mismo deberá efectuarse bajo la forma de partición judicial, conforme al artículo 2371, y cumpliendo con el procedimiento establecido en los artículos 2371 a 2402, no pudiendo ser suplido dicho requisito esencial por una autorización judicial a favor de los representantes legales y necesarios.

3.3.2.2. Casos especiales

A) *Emancipados por matrimonio:* Debemos partir de la regla importante establecida en el artículo 27, que en su segundo párrafo establece que “la persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en este Código”. Luego, en el artículo 28, se determinan los actos prohibidos a la persona emancipada, y, en el artículo 29, aquellos para los cuales se deberá requerir autorización judicial.

Como bien entiende Zannoni,

... la naturaleza del acto particional no puede considerarse, en principio, de disposición, por cuanto tiende sólo a fijar el contenido particular de la adquisición hereditaria.¹¹

Sin embargo, sabemos que la partición podría transformarse en un acto de enajenación cuando el emancipado recibiere menos de la cuota que por ley le corresponde. Esto

11. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, p. 685.

en sede notarial es de muy difícil análisis, ya que el notario desconoce, por no ser su función, el verdadero estado de los bienes, su avalúo real de mercado, etc. Así, entonces, consideramos que de surgir dudas acerca de la posibilidad de tratarse de una disposición de bienes, y en virtud del artículo 29, el emancipado por matrimonio deberá requerir autorización judicial para otorgar la partición privada, siendo la misma indispensable como documentación habilitante en sede notarial.

B) *Inhabilitados*: Encontrándose el régimen de los pródigos inhabilitados incluidos en la sección tercera (“Restricciones a la capacidad”) del libro primero, título I, capítulo 1, consideramos que los mismos no podrán otorgar una partición privada, ya que el artículo 2369 exige que las partes sean “plenamente capaces”. De todas formas, entendemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49, debería reconocérsele al inhabilitado, en una futura reforma, aptitud para otorgar la partición privada acompañado de su asistente que le preste su apoyo, quien debería prestar la correspondiente conformidad.

De todas formas como la sentencia de inhabilitación podrá establecer otras restricciones, según el tipo de acto a otorgar (como por ejemplo la necesidad de autorización judicial), frente a una reforma, sería necesario un profundo estudio de la misma para considerarla.

3.3.3. Acuerdo unánime respecto a la utilización de la forma privada y al contenido o acto de repartirse los bienes

Los copartícipes no solo deben por unanimidad decidir proceder a la partición en forma privada, sino que también debe existir total acuerdo en el modo de repartirse los bienes. Es decir que si aunque sea uno de ellos no está de acuerdo en lo que se le adjudicará en la partición privada, la misma no podrá instrumentarse y se deberá proceder a la partición judicial, cumpliendo con todo el procedimiento legal previsto en los artículos 2371 a 2384 y concordantes del CCCN.

Sin perjuicio de ello, por el principio de autonomía de la voluntad que otorga el artículo 2369, puede darse el caso en que los copartícipes recurran a una licitación privada de alguno de los bienes,¹² o el sorteo de los lotes,¹³ o incluso a la elección de un partidor privado.¹⁴ (Luego veremos en detalle la posibilidad de incorporar estas modalidades en el contenido de una partición extrajudicial incluyendo en sede notarial las mismas).

3.3.3.1. Contenido del acto

Debemos recordar que en la partición privada los copartícipes pueden optar por formar los lotes de la manera que estimen más conveniente. Es decir, al ser todos capaces y por unanimidad, pueden adjudicarse bienes que no respeten la proporcionalidad que tenían en la herencia. Incluso la desigualdad de lotes no necesariamente tiene que ser compensada por los otros adjudicatarios. Rige la más absoluta libertad de contratar. Por

12. Ver punto 8.1 del presente trabajo.

13. Ver punto 8.2 del presente trabajo

14. Ver punto 8.3 del presente trabajo.

ello, se ha resuelto que habiendo conformidad, todo es admitido, incluso la adjudicación de lotes desiguales sin compensación, porque el fin del acto es hacer a cada uno dueño exclusivo de lo que se le adjudica.¹⁵ Esta es una importante diferencia entre la partición privada y la partición judicial, ya que, como luego veremos, en la segunda el perito partididor debe respetar las proporciones de cada copartícipe en la herencia para formar los lotes a adjudicar (arts. 2374-2378 CCCN).

Sin embargo, debemos tener especial atención que bajo la denominación de una partición privada no se oculte una verdadera cesión de acciones y derechos hereditarios. Así pues la jurisprudencia se ha opuesto a considerar como partición un acto que en verdad contenía una cesión entre coherederos, exigiendo que los mismos informen cómo fueron conformados los lotes adjudicados.¹⁶

En síntesis, toda partición privada de herencia deberá contener:

- a) Comparendo de todos los copartícipes en la herencia.
- b) Acreditación del carácter del inciso a), sea como herederos, cónyuge supérstite y cesionarios.
- c) Comprobación a través del estudio del expediente sucesorio de que no ha mediado oposición de tercero con interés jurídico fundado.
- d) Auto de declaratoria de herederos o aprobatorio del testamento, según el caso: con este auto daremos por cumplido el requisito de comprobar que fueron todos los herederos quienes otorgaron la escritura de partición, según lo prescripto por el artículo 2369.
- e) Inventario y avalúo.
- f) Colación del valor de donaciones.
- g) Auto que ordena la inscripción de la declaratoria de herederos o del auto aprobatorio del testamento en el registro de la propiedad inmueble. En aquellas demarcaciones donde no se permite la inscripción en el registro de las declaratorias de herederos ni autos aprobatorios del testamento, si la partición se presentó en el expediente, estimamos conveniente que el juez ordene la inscripción de la misma, y ese será el auto a protocolizar. Sin embargo como dijimos, no creemos necesaria esta presentación. En consecuencia, bastarán los autos que den por cumplidos con los recaudos impositivos en relación al proceso sucesorio que permiten el otorgamiento de una partición.

3.3.4. No oposición fundada de terceros interesados (art. 2371 inc. b).

En caso de que exista oposición de terceros interesados a que la partición se otorgue en forma privada o extrajudicial, no quedará alternativa más que recurrir a la partición judicial (art. 2371 inc. b)). Entendemos que la única alternativa válida es la presentación

15. FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, (4ª ed.), pp. 331-333, §261-262.

16. “Si bien es procedente homologar el acuerdo particionario celebrado en forma privada por los herederos, éstos deberán informar al magistrado cómo se conformaron las hijuelas, ya que se evidencia una disparidad entre los porcentajes –en el caso, se adjudicó a uno de ellos el único inmueble integrante del acervo–, y ello conduce a la necesidad de verificar que no se configure un supuesto encubierto de cesión de derechos hereditarios” (CNCiv., Sala H, 25/9/2013, “K. K., S. y H., A. N. s/ sucesión ab-intestato” [La Ley, t. 2013-F, cita online AR/JUR/60313/2013 {N. del E.: ver completo [aquí](#); fuente: SAIJ; última consulta: 26/4/2020}]).

de esos terceros interesados en el expediente sucesorio correspondiente, que es el lugar donde deberán hacer valer sus derechos manifestando su oposición al otorgamiento de la partición privada, la cual deberá estar fundada en un interés legítimo. Será el juez quien dictamine si el interés del tercero es legítimo para que no sea posible instrumentarse la partición por vía extrajudicial y deba recurrirse a la judicial (art. 2371 inc. b)).

Por ello, entendemos que sería conveniente que en el expediente sucesorio los copartícipes comuniquen su intención de formalizar la partición bajo la forma privada a los efectos de anotar, en caso de ser necesario, a acreedores de la herencia o de los coherederos o cesionarios. Y, en la labor profesional, el notario deberá examinar el expediente sucesorio en su totalidad, dejando constancia de que en el mismo no obra oposición alguna al otorgamiento de la partición privada.

4. Modalidades de efectuar la partición privada o extrajudicial

El artículo 2369 CCCN establece que los copartícipes pueden efectuar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente. Es decir que rige el principio de la autonomía de la voluntad, y, así, para poner fin al estado de indivisión, los copartícipes podrán optar, entre otros supuestos, por:

- a) Partición en especie: Si es jurídica y materialmente posible, y así lo pactan, dividirán entre sí el dominio de los bienes integrantes del acervo hereditario. Así, en algunos casos deberá ser necesaria la previa aprobación de planos de división en parcelas o en propiedad horizontal para el otorgamiento de la partición.
- b) Venta de todos o alguno de los bienes y partición del dinero resultante: Podrá darse si lo deciden por unanimidad, no siendo requisito necesario que exista imposibilidad de partición en especie, como establece el artículo 2374 para las particiones judiciales, pues en la partición privada rige la autonomía de la voluntad.
- c) Partición por desmembración del dominio: adjudicando a unos la nuda propiedad y a otros el usufructo, el cual podrá ser oneroso o gratuito.
- d) Partición en especie con compensaciones:¹⁷ En caso de diferencias de valores de los lotes adjudicados, podrán partir los bienes del acervo, adjudicándose los en especie, y compensarse las diferencias con entrega de dinero o de bienes de titularidad del adjudicatario. Sin embargo, recordemos que esta no es una exigencia legal, ya que, como vimos *ut supra*, los adjudicatarios podrán

17. Así, p. ej., Cám. 2ª Civ. y Com. de Córdoba, 8/4/2010, "Bilbao, Elvira del Carmen c/ Bilbao, Emma del Valle" (*La Ley Online* 70062144): "Es válido el convenio de partición extrajudicial de herencia, en el que una parte paga a la otra cuotas fijas en concepto de compensación y que genera una modificación del monto originario por la prolongación en el tiempo del pago y, por ende, la parte que sólo pagó las cuotas necesarias para cubrir el monto originario, no se libera de la obligación".

adjudicarse lotes desiguales, no siendo imprescindible la existencia de una compensación.

- e) Licitación de bienes (ver punto 8.1. de este trabajo).
- f) Sorteo de hijuelas (ver punto 8.2. de este trabajo).
- g) Designación de partidor privado (ver punto 8.3. de este trabajo).

5. Documentación habilitante en sede notarial

A los efectos de la instrumentación de la partición privada por escritura pública, debemos contar con la documentación habilitante por la cual las partes acrediten su carácter de copartícipes en la herencia. Así entre dicha documentación será necesario contar y agregar a la escritura, según el caso: declaratoria de herederos, auto aprobatorio de testamento, cesión de acciones y derechos hereditarios.

El expediente sucesorio será indispensable a los efectos de constatar la documentación mencionada, el cumplimiento de requisitos de índole fiscal, administrativo y registral según cada demarcación, y la no presentación de terceros interesados que se opongan a la formalización de una partición en sede extrajudicial.

6. Partición total o parcial

La última parte del artículo 2369 nos explica que la partición privada puede ser total o parcial, según contenga o no la totalidad de los bienes de la herencia.

No es requisito que la partición parcial esté fundada en la imposibilidad de partir algún bien del acervo (como el art. 2367 lo exige para la judicial) sino que los copartícipes pueden instrumentarla si así lo acuerdan. Tampoco se le aplica la limitación de la partición por saldos solo en dinero y hasta la mitad del valor del lote del artículo 2377 (2º párrafo), referido a la judicial. Es decir que se deja a la libertad de los copartícipes elegir entre incluir todos o algunos bienes hereditarios, y, en este caso, otorgar una partición parcial.

También puede ocurrir el caso que ciertos bienes no sean susceptibles de ser incluidos en la partición; por ejemplo, por haber sido impuesta por el testador la indivisión temporal de los mismos (art. 2330). Recordemos que los copartícipes podrán optar por celebrar un pacto de indivisión por diez años respecto de determinados bienes (art. 2331), quedando los bienes objetos del mismo fuera de la partición total.

En el caso de instrumentarse la partición parcial, será importante dejar constancia de dicho carácter en una cláusula especial. La misma no está supeditada a la previa liquidación, inventario y avalúo de bienes, ni al dictado de la declaratoria de herederos o auto que apruebe el testamento. Así, entonces, podrá otorgarse en cualquier momento desde el fallecimiento del causante e incluso antes del fallecimiento del causante en la partición por ascendientes.

Luego, respecto de las futuras particiones parciales que se fueren otorgando en relación a los restantes bienes hasta poner fin a la indivisión, sería de buena técnica relacionar el acto con las anteriores particiones parciales, para así considerar todas ellas como integrantes del mismo acuerdo particionario. En consecuencia, el título de adjudicación de un inmueble a un solo copartícipe en una partición privada o la partición parcial de la indivisión hereditaria o poscomunitaria es perfecto y no es observable en sí mismo.¹⁸

7. Momento desde el que puede otorgarse la partición privada

Cualquier acuerdo de partición privada entre los copartícipes puede concluirse a partir del fallecimiento del causante, incluso con anterioridad a la declaratoria de herederos o auto aprobatorio de testamento, en su caso, sin perjuicio de que, si tuviere por objeto bienes registrables, para su oponibilidad a terceros se requiera la publicidad registral en los registros de bienes correspondientes, lo cual necesitará de dichas resoluciones judiciales. Así, se ha considerado este tipo de partición como una partición “provisional”, en virtud de no estar aún cumplida la totalidad de las formalidades para el acto. El acto se deberá complementar con la acreditación de la calidad de copartícipes en la herencia de los otorgantes, por medio de las resoluciones judiciales pertinentes.

En la 28 Jornada Notarial Argentina se resolvió en dicho sentido al concluirse que

La partición de herencia en sede notarial puede otorgarse a partir del fallecimiento del causante y aún antes de haberse dictado la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento. Adquirirá plena eficacia una vez cumplidas dichas etapas.¹⁹

7.1. Partición de herencia en sede notarial antes del dictado de declaratoria de herederos o auto aprobatorio de testamento

Es necesario aclarar que, según nuestro pensamiento, esta escritura de partición otorgada antes del dictado de la declaratoria de herederos o del auto aprobatorio del testamento se deberá complementar con otra escritura, en la cual se plasme el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 17801 para el tracto abreviado (art. 16 inc. c)] o bien ser presentada al expediente judicial y, una vez cumplidos dichos requisitos, ordenarse su inscripción. En este último caso, la registración de la escritura de partición se efectuará vía oficio al registro de la propiedad inmueble.

18. LAMBER, Néstor D., ob. cit. (cfr. nota 4).

19. AA.VV., (conclusiones de la XXVIII Jornada Notarial Argentina [Rosario, 2008]), tema 3, pto. V “Partición” [N. del E.: ver [aquí](#), p. 307; fuente: CFNA; última consulta: 26/4/2020]; conforme a Posteraro Sánchez, Leandro N., “Partición de herencia al décimo día”, [s.e.], 2008 (trabajo presentado en la XXVIII Jornada Notarial Argentina [Rosario, 2008]): “Toda partición privada notarial de herencia puede otorgarse a partir del fallecimiento del causante y aún antes de haberse dictado la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento. La misma tendrá carácter de partición condicional y será necesario acreditar posteriormente el dictado de la declaratoria de herederos o del auto aprobatorio del testamento y demás recaudos registrales para proceder a la inscripción en el registro de la propiedad inmueble de dicha partición. No es necesaria la presentación de la Partición en el expediente sucesorio para su homologación”.

Estimamos conveniente el primer caso, con lo cual la segunda escritura, de cumplimiento de esos requisitos, será una de escritura complementaria de protocolización de las actuaciones judiciales donde se den por satisfechos los requisitos formales y fiscales y se ordene la inscripción de la declaratoria de herederos o del auto aprobatorio del testamento en el registro de la propiedad inmueble.

7.1.1. Requisitos de la escritura de partición (primera escritura)

- A) Comparendo de todos los herederos: En este caso, será una declaración de los comparecientes de que revisten el carácter de herederos y de que no existen otros con iguales derechos. Estimamos de buena técnica que los mismos acrediten su calidad de herederos con la presentación de las partidas correspondientes (nacimiento, matrimonio). En caso de haber testamento, creemos conveniente acompañar una copia del mismo, sin interesar el tipo de disposición de última voluntad (ológrafo, público, etc.).
- B) Causante, prueba de fallecimiento: Con la presentación del certificado de defunción, que acompañaremos en copia certificada al protocolo.
- C) Acreditación de carácter de herederos, mediante la presentación de certificados de matrimonio y/o nacimiento respectivos, que acompañaremos en copias certificadas al protocolo.
- D) Inventario: Detalle de los bienes a partir que forman parte del acervo hereditario y también de las deudas del causante. En este caso, la partición podrá ser total o parcial según se incluyan o no todos los que los herederos consideran como integrantes del mismo.
- E) Colación de donaciones: Los otorgantes deberán colacionar los valores de los bienes donados en vida por el causante, los cuales formarán parte del inventario de bienes integrantes de la masa a partir.
- F) Avalúo: Fijación de un valor para los mismos o en caso de no establecerse, someterse a las valuaciones fiscales. En estos dos casos, de la formación de una especie de inventario y avalúo, son los herederos quienes lo realizan.
- G) Unanimidad en la decisión de la forma de partir los bienes, ya que en caso de desacuerdo entre los coherederos la partición indefectiblemente deberá otorgarse bajo la forma judicial.
- H) Partición y adjudicación, mediante la formación de las hijuelas de adjudicación y separación de los bienes necesarios para el pago de las deudas del causante. Pueden compensarse los herederos los valores de los bienes adjudicados mediante sumas de dinero u otros bienes no integrantes del acervo.
- I) Asentimiento conyugal: Será necesario si para alguno de los herederos un inmueble integrante del acervo hereditario es sede de vivienda familiar,

conforme al artículo 456, salvo que el bien sea adjudicado a ese mismo heredero.

J) Constancias notariales:

Títulos: el notario deberá tener a la vista los títulos inscriptos de los bienes integrantes del acervo hereditario.

Pedido de certificados registrales: Pensamos que, en virtud de que el acto otorgado no tiene por objeto inmediato la constitución ni modificación ni transmisión de derechos reales sobre inmuebles, no será necesario el pedido de un certificado de dominio con reserva de prioridad. Sí creemos necesario solicitar un informe de dominio. Esto es de suma importancia ya que de existir embargos u otras medidas cautelares, así como otros derechos reales que afecten el inmueble, la partición no podrá otorgarse válidamente si los acreedores embargantes, inhibientes, titulares de otros derechos reales o de medidas cautelares no prestan su conformidad (por ser terceros con un interés jurídico en los términos del art. 2371 inc. b)).

También será necesario solicitar certificados de inhibición por los otorgantes, por el causante, y cesión de acciones y derechos hereditarios por el causante, en aquellas demarcaciones cuyo registro de la propiedad inmueble permite la inscripción de dichos actos.

7.1.1.1. Registración

Si incluyere bienes registrables, la partición efectuada en estos términos no podrá inscribirse en el registro de la propiedad inmueble y demás registros según la naturaleza de los bienes, en virtud de que no están cumplidos los requisitos establecidos por los mismos para el tracto abreviado, ya que deben constar los antecedentes de dominio o de los derechos motivos de la transmisión, los que solo se plasmarán con el dictado de la declaratoria de herederos o auto aprobatorio de testamento (art. 16 inc. c] Ley 17801).

7.1.1.2. Cláusula especial

Recomendamos la inserción de una cláusula por la cual se les informe a los otorgantes de la partición que se procederá a la inscripción de la misma en el registro de la propiedad inmueble una vez dictada la declaratoria de herederos o auto aprobatorio de testamento y cumplidos los requisitos que cada normativa local establece para su registración, liberando temporalmente al notario de la obligación de inscripción.

7.1.1.3. Poder especial irrevocable

Recomendamos, asimismo, la inserción de un poder especial irrevocable de carácter recíproco para que cualquiera de los coherederos o algún tercero otorgue la escritura complementaria por la cual se cumplan los requisitos del artículo 16 inciso c) de la Ley 17801 y registrar la partición de herencia. Este poder cumple con los requisitos

del artículo 380 inciso c) y podrá, asimismo, ser utilizado aunque hubiere ocurrido el fallecimiento de alguno de los poderdantes, conforme al inciso b) de dicho artículo. Todo ello en virtud de que se trata de un negocio especial (acuerdo de partición) y en razón de un interés legítimo de los otorgantes.

Cuando se cumplan en el proceso sucesorio dichos requisitos, podremos o bien otorgar la segunda escritura, que será de protocolización de las actuaciones (y enviar para su inscripción la primera junto con esta), o bien que sea el mismo juez quien ordene la inscripción de la partición, siempre que previamente se haya presentado el instrumento al expediente sucesorio, lo cual estimamos que no es necesario. Consideramos más práctico el primer caso, ya que la partición otorgada por todos los herederos capaces no requiere de ninguna presentación en el expediente sucesorio que la homologue. De todas maneras, en el caso en que se decida presentar la primera escritura al expediente sucesorio, la misma solo requerirá para su inscripción que el juez así lo ordene, una vez cumplidos los recaudos formales para el tracto, no siendo requerida ninguna homologación por parte del magistrado.

7.1.2. Escritura complementaria de protocolización de actuaciones judiciales (segunda)

Esta segunda escritura tendrá por objeto plasmar el cumplimiento de los requisitos que se precisan para inscribir ante el registro de la propiedad inmueble la escritura primera, de partición. La misma, como dijimos, podrá ser solicitada por cualquiera de los otorgantes de la escritura de partición, incluso por sus sucesores.

Y vamos más allá aún: esta puede ser una de las mal llamadas escrituras sin compareciente, ya que el notario está cumpliendo con recaudos necesarios para registrar la primera escritura, y es necesaria para culminar con la actividad profesional, todo lo cual ya le fue solicitado al autorizar la primera escritura.²⁰ Para tal fin, deberemos contar con el original del expediente sucesorio, por lo que el fallecimiento o incapacidad o imposibilidad sobreviniente de alguno de los adjudicatarios a comparecer a esta segunda escritura, que es complementaria de la primera, no obsta la registración pertinente, pudiendo ser otorgada incluso por el notario por sí solo, ya que su ministerio fue requerido en la primera.

7.1.2.1. El contenido de la segunda escritura

- A) Comparendo de todos o alguno de los otorgantes de la partición. En caso de imposibilidad, podrá ser otorgada por el notario sin compareciente.
- B) Relación de los datos referidos a la primera escritura de partición privada.
- C) Comprobación, a través del estudio del expediente sucesorio, de que no ha mediado oposición de tercero con interés jurídico fundado.

20. De todas formas deberá estarse a la legislación notarial local a los efectos de determinarse si es permitida la formalización de la escritura complementaria solo por el notario.

- D) Auto de declaratoria de herederos o aprobatorio del testamento, según el caso: con este auto daremos por cumplido el requisito de comprobar que fueron todos los herederos quienes otorgaron la escritura de partición, según lo prescripto por el artículo 2369.
- E) Auto que ordena la inscripción de la declaratoria de herederos o del auto aprobatorio del testamento en el registro de la propiedad inmueble. En aquellas demarcaciones donde no se permite la inscripción en el registro de las declaratorias de herederos ni autos aprobatorios del testamento, si la partición se presentó en el expediente, estimamos conveniente que el juez ordene la inscripción de la misma, y ese será el auto a protocolizar. Sin embargo como dijimos, no creemos necesaria esta presentación. En consecuencia, bastarán los autos que den por cumplidos con los recaudos impositivos en relación al proceso sucesorio que permiten el otorgamiento de una Partición.
- F) Calificación notarial de cumplimiento (en relación a la primera escritura) de los recaudos exigidos por el artículo 2369.

7.2. Modelos de utilización y redacción de interés notarial.

Partición privada entre coherederos

ESCRITURA NÚMERO*: ADJUDICACIÓN POR PARTICIÓN DE HERENCIA: * y *. En la ciudad y partido de *, provincia de *, República Argentina, a * de * de dos mil *, ante mí, Leandro Nicolás POSTERARO SÁNCHEZ, notario titular del Registro tres de este distrito, COMPARECEN las personas que se identifican y expresan sus datos personales como se indica a continuación: *, (datos personales completos); y * (datos personales). Ambos argentinos, personas capaces y de mi conocimiento. INTERVIENEN: por sí. Y DICEN: PRIMERO: Que vienen por la presente a otorgar escritura de Adjudicación de inmuebles por Partición de Herencia, en los términos del artículo 2369 y concordantes del Código Civil y Comercial, y, a tal efecto, expresan: SEGUNDO: Que son cotitulares por las sucesiones de sus padres * y *, respecto de los siguientes inmuebles: TRES INMUEBLES sometidos al régimen de la Ley 13512 de Propiedad Horizontal, sitios en la ciudad y partido de *, de esta Provincia, designadas correlativamente como * (datos completos de los inmuebles). TERCERO: ACUERDO DE AVALÚO: Que de común acuerdo le otorgan a los bienes los siguientes avalúo, en base a los valores de mercado de cada uno: [...] CUARTO: Que han decidido efectuar las siguientes Adjudicaciones por Partición de Herencia: ADJUDICACIÓN UNO: Se adjudica en plena propiedad al señor * los inmuebles descritos en el Punto Segundo A) y C), es decir las UNIDADES FUNCIONALES * y *. ADJUDICACIÓN DOS: Se adjudica en plena propiedad a * el dominio sobre el inmueble descrito en el punto Segundo B), es decir, la UNIDAD FUNCIONAL *. QUINTO: Que, en consecuencia, los cotitulares dan por disuelto el estado de indivisión hereditaria que existía entre ellos en relación a los inmuebles adjudicados y aceptan la división practicada, reconociéndose como dueños exclusivos de los inmuebles adjudicados desde el origen de la indivisión, según artícu-

lo 2403 del Código Civil y Comercial; y manifestando que se encuentran en posesión material de los mismos, obligándose a responder por evicción y vicios redhibitorios conforme derecho. SEXTO: Los comparecientes manifiestan: a) Que con esta adjudicación se han dividido el estado de indivisión por herencia que existía entre ellos. b) Que hay total equivalencia entre lo que tenían antes de la adjudicación y lo adjudicado, a pesar de la diferencia de valuaciones fiscales, en virtud de haber tomado los valores de mercado de los mismos; en consecuencia, ya no tienen nada más que reclamarse por ningún concepto, renunciando a cualquier acción. c) Que asumen las deudas que en concepto de impuestos, tasas y contribuciones gravan a cada inmueble en relación a como se los han adjudicado. d) Que se han abonado todas las deudas de las sucesiones de sus padres. SÉPTIMO: ASENTIMIENTO CONYUGAL: El señor * expresa que el mismo no se requiere, en virtud de que los inmuebles son de carácter propio por haberlos recibidos por Herencia, y ninguno de ellos constituye su vivienda familiar, lo cual declara bajo juramento. OCTAVO: El señor *, que manifiesta ser soltero, declara bajo juramento que no vive en unión convivencial en ninguno de los inmuebles objetos de la presente. CONSTANCIAS NOTARIALES: Yo, el notario, hago constar: I) TÍTULO: El dominio de los inmuebles objetos de la presente CORRESPONDE a los adjudicatarios por partes iguales en estado de indivisión de herencia en virtud de los siguientes antecedentes: a) Por Compra que efectuara su padre *, del inmueble general, siendo casado con *, a * por Escritura * del * de * de * ante el notario *, de *. La cual se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble con fecha 30 de junio de 1969 bajo el número de entrada * en la Matrícula * de *. b) Sometido el inmueble general al régimen de la ley 13512 por Escritura precedente del día de la fecha por ante mí, por tracto abreviado por fallecimientos de * y de *, cuyos juicios sucesorios tramitan por ante el Juzgado de Paz Letrado de *, en autos “* s/Sucesiones”, expediente * Año *, todo lo cual tengo a la vista y de donde surge lo siguiente: Declaratoria de Herederos: Obra a fojas * y se transcribe en partes pertinentes: (Transcripción de partes pertinentes). Pago de Tasa y sobre tasa de justicia: A fojas * obra auto que las da por abonadas respecto de los inmuebles objetos de este acto y que se transcribe: [...] * Orden de Inscripción: A fojas * obra la misma relativa al inmueble objeto del presente, y que se transcribe en su parte pertinente: * CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES: En consecuencia se encuentran presentes la TOTALIDAD de los herederos declarados en dicho juicio sucesorio, quienes son personas capaces, con lo cual se cumple el requisito del artículo 2369 del Código Civil y Comercial. II) CERTIFICADOS REGISTRALES: De los expedidos por el Registro de la Propiedad Inmueble de esta provincia con fecha * bajo los números **, resulta que: a) El dominio del inmueble objeto de la presente consta inscripto a nombre del causante * en la forma relacionada. b) No constan embargos, hipotecas, otros derechos reales ni restricción alguna que impida otorgar la presente. c) Los coherederos no se encuentran inhibidos para disponer de sus bienes. d) En el expediente sucesorio mencionado, que al día de la fecha consta de un total de * fojas, no obra agregada cesión de acciones y derechos hereditarios alguna. Asimismo no consta oposición alguna al otorgamiento de una partición privada de herencia. III) CERTIFICADOS ADMINISTRATIVOS: de los mismos resultan deudas en concepto de impuestos, tasas y contribuciones, las cuales serán abonadas conforme a lo convenido. IV) CERTIFICADO DE BIENES

REGISTRABLES/BIENES INMUEBLES: *. V) NOMENCLATURA CATASTRAL: VALUACIÓN FISCAL: \$ * , ..., respectivamente. Leo a los comparecientes, quienes la otorgan firmando ante mí, doy fe.-----

8. Nuevas modalidades de partición extrajudicial

En esta etapa del trabajo, incorporamos nuevas ideas a la partición privada en sede notarial, nutriéndonos de supuestos a que hace referencia el CCCN para el ámbito de la partición judicial, como son la licitación de bienes, la intervención del partidor (privado en nuestro caso) e incluso el sorteo de las hijuelas, perfectamente aplicables en sede extrajudicial.

8.1. Partición privada notarial por licitación

El artículo 2372 del CCCN establece:

Licitación. Cualquiera de los copartícipes puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela por un valor superior al del avalúo, si los demás copartícipes no superan su oferta. Efectuada la licitación entre los herederos, el bien licitado debe ser imputado a la hijuela del adquirente, por el valor obtenido en la licitación, quedando de ese modo modificado el avalúo de ese bien. La oferta puede hacerse por dos o más copartícipes, caso en el cual el bien se adjudica en copropiedad a los licitantes, y se imputa proporcionalmente en la hijuela de cada uno de ellos. No puede pedirse la licitación después de pasados treinta días de la aprobación de la tasación.

En el CCIV ya no existía norma alguna que hiciera referencia a la licitación entre los coherederos respecto de algún bien del acervo. La Ley 17711 había derogado el originario artículo 3467 del Código Civil, el cual textualmente establecía:

Cada uno de los herederos tiene el derecho de licitar algunos de los bienes hereditarios, ofreciendo tomarlos por mayor valor que el de la tasación; y en tal caso se le adjudicarán por el valor que resultare en la licitación. De este derecho no puede usarse, cuando los herederos, teniendo conocimiento de la tasación, nada le han opuesto y la partición se ha hecho por el valor regulado de los bienes.

8.1.1. Doctrina y jurisprudencia

El método previsto en el artículo 3467 derogado por la Ley 17711 se trataba de un procedimiento que podía utilizarse para reajustar los valores asignados por el partidor a los bienes del acervo y, a la vez, que permitía adjudicar el bien a aquel heredero que ofreciere el mayor valor. Así, el mismo fue criticado en base a que se entendía los herederos de menores recursos estaban en inferioridad de condiciones para licitar.

En este sentido, la jurisprudencia ha dicho que

La ley 17.711 suprimió la licitación entre los coherederos que preveía el art. 3467 La licitación, aunque su nombre pudiera inducir a engaño, era simplemente un medio de

corregir un avalúo defectuoso. Cuando un heredero creía que se había tenido por debajo de su valor un bien de la herencia, pedía que se le adjudicara por un precio mayor. Envolvía –como dice Fornieles– dos operaciones: una que alteraba la tasación del bien licitado, que aparecía con el valor que resultaba de la puja de partes; otra que creaba la obligación de adjudicar el bien al heredero que había propuesto el mayor precio. Esta institución se prestaba a graves injusticias, pues colocaba a los herederos de menos recursos en una situación de inferioridad. Los jueces procuraron restringir al máximo su aplicación. (Pérez Lasala, Derecho de Sucesiones Vol. I, parte general, Depalma 1978, pág. 674).²¹

La derogación del artículo 3467 originario imposibilitaba que los herederos exigieran la misma en el proceso sucesorio. Sin embargo, nada impedía que, en virtud de lo establecido por el artículo 3462 CCIV, si todos los coherederos eran capaces y estaban presentes pudieran por unanimidad recurrir a dicho instituto para partir el acervo hereditario.

La jurisprudencia ha destacado la derogación del instituto, más allá de que en muchos códigos procesales hubiese continuado existiendo pero ya sin el sustento de la legislación de fondo. Así, determinó:

Fue una institución muy criticada en la doctrina y en la jurisprudencia pues restringida a los herederos colocaba a los de menos recursos en una situación de inferioridad, respecto de los más pudientes. La ley 17.711, de reformas al Código Civil expresamente derogó el artículo 3467, con lo cual la institución de la licitación no puede tener aplicación en el derecho procesal por tratarse de una norma sustantiva. (Código Procesal Civil de Mendoza, comentado, anotado y concordado, Aldo Guarino Arias, Ediciones Jurídicas Cuyo S.R.L., Mendoza 1986, Tomo VI, pág. 335).²²

8.1.2. Licitación de bienes hereditarios

8.1.2.1. Concepto

Estudiando el instituto en el ámbito judicial, la licitación se trata del procedimiento por el cual se faculta a cualquiera de los copartícipes en una herencia a solicitar la adjudicación en su hijuela de uno o más bienes del acervo, ofreciendo un valor superior al del avalúo. Es una especie de compulsa privada en sede judicial entre los copartícipes, por la cual se adjudicará el bien a aquel que ofrezca un valor superior al avalúo y los demás. Una vez adjudicado el bien, el mismo se imputará a la hijuela correspondiente, deduciéndose el valor ofrecido.

8.1.2.2. Requisitos

- Legitimados: Cualquiera de los copartícipes en la herencia, por lo que estarán facultados los herederos, cesionarios y legatarios. Tratándose de bienes gananciales, lo estará también el cónyuge supérstite, más allá de que respecto de los mismos no tendrá calidad de heredero.
- Ofertas superiores al avalúo.

21. Juzg. Civ. Com. y de Minas N° 16 de Mendoza, “Albornoz, Aurelia s/ sucesión”.

22. *Ibidem*.

- Plazo: presentación del pedido dentro de los treinta días de aprobada la tasación.
- No es necesario que sea solicitado por todos los copartícipes, basta que uno solo de ellos presente el pedido.
- Los demás copartícipes no están obligados a participar en la licitación.
- Podrán ofrecerse en compensación bienes de titularidad del adjudicatario, así como dinero. Los mismos pasarán a formar parte de la masa a partir entre los demás copartícipes, siempre que así sea aprobado por el juez interviniente.
- Toda la regulación del procedimiento deberá ser materia de los respectivos códigos de procedimientos locales.

8.1.2.3. Efectos

- Adjudicación del bien a aquel copartícipe que hubiere ofrecido un mayor valor.
- Imputación del valor a la hijuela del adjudicatario.
- Adjudicación a más de una persona: dos o más copartícipes podrán ofertar en conjunto respecto de un mismo bien. En caso que su oferta fuere la mayor, se les adjudicará el bien en copropiedad a los mismos; imputándose proporcionalmente en la hijuela de cada uno de ellos.

8.1.3. Aplicación de la licitación a la partición privada o extrajudicial en sede notarial

Si bien el artículo 2372 hace referencia al proceso de licitación judicial entre los copartícipes, nada impide que los copartícipes capaces por unanimidad resuelvan que se efectúe una licitación privada en sede notarial como un medio de partición extrajudicial. La base de esta posibilidad la da la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 2369, por el cual recordamos que si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces pueden optar por efectuar la partición en la forma y por el modo que estimen convenientes.

Consideramos esta posibilidad de opción por la licitación privada de suma utilidad cuando, habiendo acuerdo en la formación de los lotes, no lo hay respecto de la adjudicación de los mismos, dejándose la misma a las resultas de la licitación. Incluso, una licitación en sede notarial resultará seguramente menos costosa y se finalizará con mucha más celeridad que la judicial. Así, los copartícipes podrán decidirse por este procedimiento, tanto respecto de toda la herencia como de alguno de los bienes del acervo, a efectos de conformar las hijuelas, o incluso aplicarlo a un caso de partición parcial.

Entendemos que no rige el plazo máximo de treinta días desde aprobación de la tasación mencionado en el último párrafo del artículo 2372. El procedimiento podrá efectuarse en varias etapas o en un solo acto, todo bajo la constatación del notario interviniente. Así, los copartícipes podrán presentarse ante el profesional y decidir en un acta de exposición someter todos los bienes de la herencia o alguno de ellos a licitación, fijando las pautas de presentación de ofertas, plazos y todo otro requisito que estimen conveniente. O simplemente en un solo acto de licitación efectuar todo el procedimiento ante el notario y procederse así a la adjudicación del bien al mejor postor.

Será importante fijar acabadamente todos los puntos a tener en cuenta en la licitación en sede notarial a que se someterán los interesados. Adjudicado un bien o lote de bienes al ganador de la licitación, se podrán incluso determinar las compensaciones con otros bienes de la herencia para los otros copartícipes, o con dinero o bienes que no pertenezcan a la misma.

Veamos a continuación un posible modelo instrumental de aplicación de la propuesta en una sola escritura.

8.1.4. Modelo adjudicación por licitación privada de herencia (escritura única)

ESCRITURA NÚMERO *: ADJUDICACIÓN POR PARTICIÓN PE HERENCIA: * y *. En la ciudad y partido de *, provincia de *, República Argentina, a * de * de dos mil *, ante mí, Leandro Nicolás POSTERARO SÁNCHEZ, titular del registro * de este distrito COMPARECEN las personas que se identifican y expresan sus datos personales como se indica a continuación: *, (datos personales completos); y * (datos personales) Ambos argentinos, personas capaces y de mi conocimiento. INTERVIENEN: por sí. Y DICEN: PRIMERO: Que vienen por la presente a otorgar escritura de Adjudicación de inmueble por Licitación de Herencia, en los términos de los artículos 2369, 2372 y concordantes del Código Civil y Comercial y a tal efecto expresan: SEGUNDO: Que son cotitulares por las sucesiones de sus padres * y *, respecto de: A) UNA VIVIENDA, sita en ..(datos completos del inmueble). VALOR DADO POR LOS COPARTÍCIPES: PESOS QUINIENTOS MIL (\$ 500.000). B) UNA VIVIENDA sita en ... (datos completos del inmueble). VALOR DADO POR LOS COPARTÍCIPES: PESOS CUATROCIENTOS MIL (\$ 400.000). TERCERO: Que han decidido efectuar Partición de Herencia, procediendo primeramente a la Licitación del bien mencionado en el punto A), a los efectos que sea adjudicado al mejor postor, siempre que supere el valor dado por los copartícipes. Adjudicando luego el bien mencionado en el punto B) al otro copartícipe. CUARTO: Que en este acto los comparecientes me hacen entrega cada uno de un sobre cerrado, que expresan contienen las ofertas respecto del bien mencionado en el punto SEGUNDO-A). Ambos sobres son firmados ante mí, cada uno por quien me hace entrega del mismo; colocándoles a continuación mi firma y sello, y agregando los mismos a la presente. QUINTO: Acto seguido procedo a hacer apertura de ambos sobres a los efectos de su lectura. SEXTO: El sobre entregado por el señor ** contiene una nota que dice: “*, * de * de 20** Oferto por la vivienda de calle ** la suma de PESOS QUINIENTOS CINCUENTA MIL”. Hay una firma y aclaración *. Acto seguido procedo a la apertura del sobre entregado por el señor ***, el cual contiene una nota en su interior que dice: “*, * de * de 20** oferto por la vivienda de calle ** la suma de PESOS QUINIENTOS SESENTA MIL”. Hay una firma y aclaración *. SÉPTIMO: ADJUDICACIÓN POR PARTICIÓN POR LICITACIÓN: HIJUELA UNO: En consecuencia, queda Adjudicado al señor ** el inmueble mencionado en el punto SEGUNDO-A) por la suma de PESOS QUINIENTOS CINCUENTA MIL (\$ 550.000), por haber realizado la oferta mayor. OCTAVO: ADJUDICACIÓN POR PARTICIÓN: HIJUELA DOS: En consecuencia queda adjudicado el inmueble descrito en el punto SEGUNDO-B) al otro copartícipe, señor *. NOVENO: COMPENSACIÓN DE VALORES: A los efectos de compensar la diferencia de valores entre las Hijuelas, el señor ** hace entrega en este acto al señor * de la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$ 150.000), por ante mí, sirviendo el presente de suficiente recibo. NOVENO: Que en consecuencia, los copartícipes dan por disuelto

el estado de indivisión hereditaria que existía entre ellos en relación a los inmuebles adjudicados y aceptan la división practicada, reconociéndose como dueños exclusivos de los inmuebles adjudicados desde el origen de la indivisión, según artículo 2403 del Código Civil y Comercial; y manifestando que se encuentran en posesión material de los mismos, obligándose a responder por evicción y vicios redhibitorios conforme derecho. DÉCIMO: Los comparecientes manifiestan: a) Que con esta adjudicación se han dividido el estado de indivisión por herencia que existía entre ellos. b) Que asumen las deudas que en concepto de impuestos, tasas y contribuciones gravan a cada inmueble en relación a como se los han adjudicado. d) Que se han abonados todas las deudas de las sucesiones de sus padres. DECIMOPRIMERO: ASENTIMIENTO CONYUGAL: El señor * expresa que el mismo no se requiere, en virtud que los inmuebles son de carácter propio por haberlos recibidos por Herencia, y ninguno de ellos constituye su vivienda familiar, lo cual declara bajo juramento. (OPCIÓN DE ASENTIMIENTO: Es prestado por * conforme art. 456 del Código Civil y Comercial). CONSTANCIAS NOTARIALES: Yo, el notario, hago constar: I) TÍTULO: El dominio de los inmuebles objetos de la presente CORRESPONDE a los adjudicatarios por partes iguales en estado de indivisión de herencia en virtud de los siguientes antecedentes: A) Por Compra que efectuara su padre *, siendo casado con *, a * por Escritura * del * de * de * ante el notario *, de *. La cual se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble con fecha 30 de junio de 1969 bajo el número de entrada * en la Matrícula * de *. B) Por compra que efectuara su padre *, siendo casado con *, a * por Escritura * del * de * de * ante el notario *, de *. La cual se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble con fecha 30 de junio de 1985 bajo el número de entrada * en la Matrícula * de *. C) Por fallecimientos de * y de *, cuyos juicios sucesorios tramitan por ante el Juzgado de Paz Letrado de *, en autos “* s/ sucesiones”, expediente * Año *, todo lo cual tengo a la vista y de donde surge lo siguiente: Declaratoria de Herederos: Obra a fojas * y se transcribe en partes pertinentes: (Transcripción de partes pertinentes). Pago de Tasa y sobre tasa de justicia: A fojas * obra auto que las da por abonadas respecto de los inmuebles objetos de este acto y que se transcribe: * Orden de Inscripción y pago de aportes de letrados: A fojas * obra la misma relativa al inmueble objeto del presente, y que se transcribe en su parte pertinente: * CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES: En consecuencia se encuentran presentes la TOTALIDAD de los herederos declarados en dicho juicio sucesorio, quienes son personas capaces, con lo cual se cumple el requisito del artículo 2369 del Código Civil y Comercial. II) CERTIFICADOS REGISTRALES: De los expedidos por el Registro de la Propiedad Inmueble de esta provincia con fecha * bajo los números **, resulta que: a) El dominio de los inmuebles objetos de la presente consta inscripto a nombre del causante * en la forma relacionada. b) No constan embargos, hipotecas, otros derechos reales ni restricción alguna que impida otorgar la presente. c) Los coherederos no se encuentran inhibidos para disponer de sus bienes. d) En el expediente sucesorio mencionado, que al día de la fecha consta de un total de * fojas, no obra agregada cesión de acciones y derechos hereditarios alguna. III) CERTIFICADOS ADMINISTRATIVOS: de los mismos resultan deudas en concepto de impuestos, tasas y contribuciones, las cuales serán abonadas conforme a lo convenido. IV) CERTIFICADO DE BIENES REGISTRABLES/BIENES INMUEBLES: *. V) NOMENCLATURA CATASTRAL: VALUACIÓN FISCAL: \$... respectivamente. VALUACIÓN FISCAL AL ACTO: \$..., respectivamente. Leo a los comparecientes, quienes la otorgan firmando ante mí, doy fe.----

8.2. Partición privada o extrajudicial con nombramiento de partidor privado

El artículo 2373 CCCN establece:

Partidor. La partición judicial se hace por un partidor o por varios que actúan conjuntamente. A falta de acuerdo unánime de los copartícipes para su designación, el nombramiento debe ser hecho por el juez.

El artículo 3466 CCIV contenía normas similares:

La tasación de los bienes hereditarios en las particiones judiciales, se hará por peritos nombrados por las partes. El juez puede ordenar una retasa particular o general, cuando alguno de los herederos demuestre que la tasación no es conforme al valor que tienen los bienes.

Y el artículo 3468 disponía: “La partición de la herencia se hará por peritos nombrados por las partes”.

A los fines de nuestra propuesta de incorporar la posibilidad del otorgamiento de una partición privada en sede notarial con la intervención de un perito partidor privado designado al efecto por los copartícipes, veamos a continuación los caracteres de la figura en sede judicial, para así considerar su aplicación en la escritura pública.

8.2.1. Doctrina y jurisprudencia

Respecto de la anterior codificación se ha destacado la diferencia entre el perito tasador y el perito partidor:

El primero se desempeña como un verdadero perito en el sentido procesal, o sea como auxiliar del juez en la función técnica de la valuación de bienes. El partidor, aun cuando pueda ser la misma persona, obra por delegación judicial, a tener de normas de fondo y procesales, proponiendo el contenido del acto particional que aprobará u homologará el juez.²³

También el perito partidor tiene funciones de inventariador de los bienes del acervo, cargas y deudas y créditos, y lo que cada heredero deba colacionar, formando así la masa partible a dividir y los lotes o hijuelas a adjudicar a cada copartícipe.

La jurisprudencia destacó la naturaleza del perito partidor:

El partidor reviste el carácter de un auxiliar del órgano judicial en cuya representación procede a dividir la herencia mediante la formación de los lotes o hijuelas de cada heredero, no siendo, por lo tanto, ni un mandatario de los herederos ni un árbitro. No cabe, en efecto, asimilarlo a un mandatario por cuanto el partidor no actúa por encargo y en interés de los herederos (arts. 1869, 1905 y concordantes del Código Civil) y éstos no quedan obligados por los actos de aquél (art. 1946, id.) en tanto se hallan facultados para impugnar la cuenta particionaria. Tampoco procede equiparar las funciones del partidor a las del árbitro en razón de que, al margen de que este último no está llamado a dirimir un conflicto o controversia, la cuenta particionaria carece de eficacia decisoria y, por lo tanto, no vincula a los herederos, que pueden cuestionarla, ya que el juez es quien, en definitiva, debe

23. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit. (cfr. nota 11), t. 1, p. 692.

pronunciarse acerca del contenido de la partición y las diferencias que se susciten entre los herederos (arts. 3468 Código Civil; 764, Código Procesal).²⁴

8.2.2. Designación obligatoria de perito partidor en la partición judicial

Un requisito esencial en toda partición judicial es la designación de uno o más peritos partidores. En principio, la elección del partidor corresponde a los copartícipes, pero en caso de falta de unanimidad deberá ser el juez quien decida su nombramiento.

Ni la legislación de fondo anterior ni la actual exigen el título de abogado como requisito para el cargo de perito partidor; sin embargo, algunos códigos de procedimiento han impuesto el mismo (p. ej., el artículo 727 del [Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación](#) [CPCCN]). Quedará entonces a criterio de las legislaciones locales cuáles serán los recaudos personales y profesionales a tener en cuenta para la designación del cargo.

8.2.3. Funciones del partidor

Le compete al partidor:

- a) Realizar el inventario y avalúo de los bienes del acervo (arts. 2341 y 2343).
- b) Formar la masa de bienes (art. 2376).
- c) Determinar las deudas y cargas comunes (art. 2378).
- d) Separar los bienes del acervo para abonar las deudas y gastos comunes.
- e) Establecer el valor de las hijuelas de cada heredero.
- f) Formación de los lotes y asignación a cada copartícipe (art 2377 y 2378).
- g) Presentar al juez de la sucesión la cuenta particionaria para su puesta en conocimiento de los interesados y aprobación.

8.2.4. Control judicial

Toda la actividad del partidor quedará sujeta al control y aprobación judicial respectiva, pues todas las funciones del mismo no son de carácter vinculante para los copartícipes, quienes se podrán oponer a las mismas, incluso aunque hubiese sido designado por unanimidad por ellos. En este punto, respecto de la propuesta que esbozamos del partidor privado, la actuación del mismo no estará sujeta a control judicial, dado que el mismo será nombrado por la totalidad de los copartícipes que resuelvan otorgar la partición extrajudicial, quienes aceptarán el inventario y avalúo que el mismo efectúe, así como la formación de las hijuelas y las adjudicaciones correspondientes.

8.2.5. Partición extrajudicial con intervención de partidor privado

Si bien el artículo 2373 hace mención a la necesidad de designación de un partidor para llevar a cabo la partición judicial, consideramos que el artículo 2369 permite a

24. SC de Buenos Aires, 4/6/1998, "Seijo de Alvarado, Emilse Ignacia s/ sucesión".

la unanimidad de los copartícipes realizar la partición privada a través de uno o más partidores privados que ellos designen. Esto es así recordando que el mencionado artículo les permite a los copartícipes decidir el modo y la forma de efectuar la partición privada, con lo cual podrían optar por efectuarla en sede notarial con uno o más partidores privados elegido por ellos. Incluso, sería aconsejable esta intervención cuando se trate de un acervo hereditario importante y/o de difícil división y/o avalúo, como por ejemplo establecimientos comerciales, industriales y/o agropecuarios, confiando la función a profesionales de confianza de los copartícipes. También los mismos podrían designar un perito partidor encargado del avalúo de los bienes y otro encargado de la formación y adjudicación de las hijuelas.

En consecuencia, tal como ocurre en sede judicial, podría procederse al nombramiento de más de un perito partidor privado, conforme decidan los copartícipes. Así pues, este nombramiento podrá ser efectuado en sede notarial, no siendo necesaria aprobación judicial alguna y acordando los copartícipes que se someterán al inventario y avalúo las hijuelas de bajas (si fuere el caso) y adjudicaciones que decida el perito partidor privado.

Veremos a continuación un modelo de escritura en la cual intervienen los copartícipes conjuntamente con el partidor por ellos designado, quien procede a la formación de los lotes y adjudicaciones correspondientes, aceptadas por los interesados.

8.2.5.1. Modelo de partición privada con partidor designado por copartícipes

ESCRITURA NÚMERO *: ADJUDICACIÓN POR PARTICIÓN DE HERENCIA: * y *. En la ciudad y partido de *, provincia de *, República Argentina, a * de * de dos mil *, ante mí, Leandro Nicolás POSTERARO SÁNCHEZ, notario titular del registro tres de este distrito COMPARECEN las personas que se identifican y expresan sus datos personales como se indica a continuación: *, (datos personales completos); * (datos personales), y el Dr. * (datos completos del partidor privado). Todos argentinos, personas capaces y de mi conocimiento. INTERVIENEN: Todos por sí; los dos primeros en su carácter de copartícipes en la herencia del señor **, en autos “**”, que tramitan por ante el Juzgado **, según luego se acredita en el rubro CONSTANCIAS NOTARIALES, y el Dr. * en su carácter de Partidor de los bienes, conforme es designado en este acto por los dos primeros. Y DICEN: PRIMERO: Que vienen por la presente a otorgar escritura de Adjudicación de inmuebles por Partición de Herencia, en los términos del artículo 2369 y concordantes del Código Civil y Comercial y a tal efecto expresan: SEGUNDO: DESIGNACIÓN DE PARTIDOR PRIVADO: Los señores ** expresan que de común acuerdo han resuelto designar PARTIDOR PRIVADO DE LA HERENCIA al Dr. * (datos completos del partidor privado); quien Acepta en este acto su designación. TERCERO: Los señores ** por unanimidad han resuelto someterse a la cuenta particionaria y adjudicaciones que realice el Dr. * en su carácter de PARTIDOR PRIVADO, atento es considerado de suma confianza por ambos. CUARTO: COMPOSICIÓN DE LA MASA PARTIBLE: El Dr. ** expresa que la masa partible está compuesta por: I) BIENES DEL ACERVO: TRES INMUEBLES sometidos al régimen de la Ley 13512 de Propiedad Horizontal, sitios en la ciudad y partido de *, de esta Provincia, designadas correlativamente como * (datos completos de los inmuebles). II) DEUDAS DE LA MASA: El Dr. ** expresa que la herencia no tiene deudas de ninguna índole. QUINTO: El Dr. ** teniendo en cuenta la masa partible y el valor dado a los bienes, efectúa las siguientes Adjudicaciones por

Partición de Herencia: ADJUDICACIÓN UNO: Se adjudica en plena propiedad al señor * los inmuebles descritos en el Punto Segundo A) y C), es decir las UNIDADES FUNCIONALES * y *. ADJUDICACIÓN DOS: Se adjudica en plena propiedad a * el dominio sobre el inmueble descrito en el punto Segundo B), es decir la UNIDAD FUNCIONAL *. QUINTO: Que en consecuencia, los cotitulares ACEPTAN la Partición practicada por el Dr. *, y en consecuencia dan por disuelto el estado de indivisión hereditaria que existía entre ellos en relación a los inmuebles adjudicados, reconociéndose como dueños exclusivos de los inmuebles adjudicados desde el origen de la indivisión, según artículo 2403 del Código Civil y Comercial; y manifestando que se encuentran en posesión material de los mismos, obligándose a responder por evicción y vicios redhibitorios conforme derecho. SEXTO: Los comparecientes manifiestan: a) Que tal como han acordado prestan total conformidad con la formación de las hijuelas y adjudicaciones efectuadas por el Dr. * como Partidor Privado encargado al efecto. b) Que con esta adjudicación se han dividido el estado de indivisión por herencia que existía entre ellos. c) Que hay total equivalencia entre lo que tenían antes de la adjudicación y lo adjudicado, a pesar de la diferencia de valuaciones fiscales, en virtud de haber tomado los valores de mercado de los mismos; en consecuencia ya no tienen nada más que reclamarse por ningún concepto, renunciando a cualquier acción. d) Que asumen las deudas que en concepto de impuestos, tasas y contribuciones gravan a cada inmueble en relación a como se los han adjudicado. SÉPTIMO: ASENTIMIENTO CONYUGAL: El señor * expresa que el mismo no se requiere, en virtud que los inmuebles son de carácter propio por haberlos recibidos por Herencia, y ninguno de ellos constituye su vivienda familiar, lo cual declara bajo juramento. CONSTANCIAS NOTARIALES: Yo, el notario, hago constar: I) TÍTULO: El dominio de los inmuebles objetos de la presente CORRESPONDE a los adjudicatarios por partes iguales en estado de indivisión de herencia en virtud de los siguientes antecedentes: a) Por Compra que efectuara su padre *, del inmueble general, siendo casado con *, a * por Escritura * del * de * de * ante el notario *, de *. La cual se inscribió en el Registro de la Propiedad Inmueble con fecha 30 de junio de 1969 bajo el número de entrada * en la Matrícula * de *. b) Sometido el inmueble general al régimen de la ley 13512 por Escritura precedente del día de la fecha por ante mí, por tracto abreviado por fallecimientos de * y de *, cuyos juicios sucesorios tramitan por ante el Juzgado de Paz Letrado de *, en autos “* s/Sucesiones”, expediente * Año *, todo lo cual tengo a la vista y de donde surge lo siguiente: Declaratoria de Herederos: Obra a fojas * y se transcribe en partes pertinentes: (Transcripción de partes pertinentes). Pago de Tasa y sobre tasa de justicia: A fojas * obra auto que las da por abonadas respecto de los inmuebles objetos de este acto y que se transcribe: * Orden de Inscripción y pago aportes de letrados: A fojas * obra la misma relativa al inmueble objeto del presente, y que se transcribe en su parte pertinente: * CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES: En consecuencia se encuentran presentes la TOTALIDAD de los herederos declarados en dicho juicio sucesorio, quienes son personas capaces, con lo cual se cumple el requisito del artículo 2369 del Código Civil y Comercial. II) CERTIFICADOS REGISTRALES: De los expedidos por el Registro de la Propiedad Inmueble de esta provincia con fecha * bajo los números **, resulta que: a) El dominio del inmueble objeto de la presente consta inscripto a nombre del causante * en la forma relacionada. b) No constan embargos, hipotecas, otros derechos reales ni restricción alguna que impida otorgar la presente. c) Los coherederos no se encuentran inhibidos para disponer de sus bienes. d) En el expediente sucesorio mencionado, que al día de la fecha consta de un total de * fojas, no obra agregada cesión de acciones y derechos hereditarios alguna.

III) CERTIFICADOS ADMINISTRATIVOS: de los mismos resultan deudas en concepto de impuestos, tasas y contribuciones, las cuales serán abonadas conforme a lo convenido.
 IV) CERTIFICADO DE BIENES REGISTRABLES/BIENES INMUEBLES: *. V) NOMENCLATURA CATASTRAL: VALUACIÓN FISCAL: VALUACIÓN FISCAL AL ACTO: \$... Leo a los comparecientes, quienes la otorgan firmando ante mí, doy fe.-----

8.3. Partición extrajudicial con sorteo de hijuelas

El artículo 2378 determina:

Asignación de los lotes. Los lotes correspondientes a hijuelas de igual monto deben ser asignados por el partidor con la conformidad de los herederos y, en caso de oposición de alguno de éstos, **por sorteo.**

En todo caso se deben reservar bienes suficientes para solventar las deudas y cargas pendientes, así como los legados impagos.²⁵

Si bien se trata de la tarea del perito partidor en una partición judicial, nada impide que en sede notarial los copartícipes decidan realizar las adjudicaciones de los lotes por sorteo ante la falta de acuerdo en cómo distribuir los mismos. Incluso, podrá existir o no la figura del partidor privado, como vimos *ut supra*, ya que, en virtud del artículo 2369, pueden por unanimidad decidir efectuar la partición por el modo que estimen conveniente (en este caso mediante un sorteo ante notario). En consecuencia, la escritura se conforma con una primera parte negocial (formación de lotes) y con otra de constatación (acta de sorteo de los lotes), y una última parte también negocial (adjudicación de los lotes en base al sorteo efectuado). Así pues las cláusulas podrían ser del siguiente tenor.

8.3.1. Modelo de escritura de partición de herencia con sorteo de hijuelas

“...CAPÍTULO I. PARTICIÓN PRIVADA DE HERENCIA... FORMACIÓN DE LOTES/HIJUELAS: De común acuerdo los copartícipes han conformado los siguientes LOTES para ser adjudicados entre sí: LOTE UNO: Conformado por los siguientes bienes: (se describen los bienes). Valor total acordado: PESOS ... LOTE DOS: conformado por los siguientes bienes: (se describen los bienes). Valor total acordado: PESOS ... LOTE TRES: conformado por los siguientes bienes: (se describen los bienes). Valor total acordado: PESOS ... SEGUNDO: Los copartícipes expresan que en virtud de no existir acuerdo respecto de los lotes que cada uno va a adjudicarse, han resuelto por unanimidad someter la misma a sorteo ante el notario autorizante, aceptando el resultado del mismo el cual será vinculante y obligatorio y se cumple luego en el CAPÍTULO III como Adjudicación por Partición; y requiriendo que se efectúe en este acto. Yo, Notario Autorizante, acepto el requerimiento. CAPÍTULO II. ACTA DE CONSTATAción DE SORTEO DE LOTES DE PARTICIÓN: En virtud del requerimiento efectuado en el punto CAPÍTULO I. SEGUNDO procedo a efectuar a continuación el sorteo de los lotes/hijuelas de partición, a los efectos de su adjudicación entre los copartícipes, según han acordado precedentemente. Acto seguido se procede en presencia

25. El resaltado nos pertenece.

de los copartícipes a realizar el sorteo de los lotes, por lo cual coloco en tres papeles distintos los números de cada lote; y en otros tres papeles distintos los nombres de los copartícipes. Coloco los tres primeros en una copa y los tres restantes en otra y procedo a continuación a ir extrayendo de la copa correspondiente a los lotes, extraigo el que dice “Lote Uno”, a continuación extraigo de la copa correspondiente a los nombres de los adjudicatarios uno que dice “Señor ...: (y así se continúa con el sorteo). CAPÍTULO III. ADJUDICACIONES: En consecuencia, en virtud del sorteo realizado en el CAPÍTULO II, los lotes/hijuelas quedan adjudicados de la siguiente manera: LOTE/HIJUELA UNO: Adjudicado al señor ... los siguientes bienes ... LOTE/HIJUELA DOS: Adjudicado al señor ... los siguientes bienes ... LOTE/HIJUELA TRES: Adjudicado al señor ... los siguientes bienes Los copartícipes ACEPTAN las adjudicaciones mencionadas (luego se continúa como cualquier partición)”.

Como manifestáramos, la exigencia del pago de las deudas y cargas de la sucesión, así como de los legados, se refiere tanto a una partición judicial como a una extrajudicial. Por ello, en sede notarial, los copartícipes deberán obligatoriamente hacer referencia a las deudas y cargas de la sucesión y los legados aún no pagados, procediendo a especificar su forma de pago y/o la formación de una hijuela de bajas, para afrontar las mismas. Veamos pues una cláusula respectiva:

HIJUELA DE BAJAS: Los copartícipes dejan constancia que existen las siguientes DEUDAS Y CARGAS: a) Saldo Deudor cuenta corriente del causante número... PESOS b) Préstamo personal con Banco ..., pesos ... CARGAS DE LA SUCESIÓN: a) Gastos Funerarios: PESOS ... b) Tasa y sobre tasa de justicia: PESOS ... c) Gastos de conservación de bienes del acervo: PESOS ... d) Honorarios y aportes de letrados intervinientes: PESOS ... LEGADOS IMPAGOS: NO EXISTEN. En consecuencia, quedarán incluidos en la Hijuela de Bajas, a los efectos de afrontar los pagos mencionados, los siguientes bienes: a) PESOS ... de la caja de ahorros número ... del Banco ... de titularidad del causante. b) Un automotor marca ..., valor PESOS ... Los copartícipes dejan constancia que se procederá a la venta del automotor mencionado, y con el producido de la misma se abonarán las deudas y cargas mencionadas”.

9. Conclusiones

- 1) Toda partición privada o extrajudicial de herencia que tenga por objetos bienes inmuebles deberá ser otorgada por escritura pública. Los copartícipes podrán optar por el instrumento privado solo cuando el mismo sea luego presentado al juez de la herencia para su homologación y posterior registración, ya que en este último caso estaríamos frente a una especie dentro del género de la partición judicial.
- 2) La falta de aptitud para otorgar por sí mismo un acto particionario privado por alguno de los copartícipes en la herencia implica que el mismo deberá efectuarse bajo la forma de partición judicial, conforme al artículo 2371 y cumpliendo con el procedimiento establecido en los artículos 2371 a 2402 del Código Civil y Comercial, no pudiendo ser suplido dicho requisito esencial por una autorización judicial a favor de los representantes legales y/o necesarios.

- 3) En virtud de la autonomía de la voluntad, el artículo 2369 del Código Civil y Comercial les permite a los copartícipes optar por otorgar en sede notarial una partición extrajudicial, eligiendo incluso modalidades similares a las del procedimiento judicial, como la licitación, sorteo de hijuelas o la intervención de un perito partidador privado.
- 4) El título de adjudicación de un inmueble a un solo copartícipe en una partición privada, o la partición parcial de la indivisión hereditaria o poscomunitaria, es perfecto y no es observable en sí mismo.

10. Bibliografía

- AA. VV., (conclusiones de la XXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal [Buenos Aires, 1994]).
- AA. VV., (conclusiones de la XXVIII Jornada Notarial Argentina [Rosario, 2008]), tema 3.
- FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, (4ª ed.).
- GATTARI, Nicolás, *Práctica notarial*, t. 13, Buenos Aires.
- 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, N° 927, 2017.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia*, t. 4, Buenos Aires, LexisNexis, 2008.
- PÉREZ LASALA, José L. y MEDINA, Graciela, *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1992.
- POSTERARO SÁNCHEZ, Leandro N., “Partición de herencia al décimo día”, [s.e.], 2008 (trabajo presentado en la XXVIII Jornada Notarial Argentina [Rosario, 2008]).
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, t. 1, Buenos Aires.

Jurisprudencia:

- Juzg. Civ. Com. y de Minas N° 16 de Mendoza, “Albornoz, Aurelia s/ sucesión”
- SC de Buenos Aires, 4/6/1998, “Seijo de Alvarado, Emilse Ignacia s/ sucesión”.
- SC de Buenos Aires, 22/4/2003, “Caprari, Héctor Hugo s/ sucesión ab intestato”
- SC de Buenos Aires, 9/12/2003, “Urrutipi, Ángela s/ sucesión”.
- Cám. 2ª Civ. y Com. de Córdoba, 8/4/2010, “Bilbao, Elvira del Carmen c/ Bilbao, Emma del Valle”.
- CNCiv., Sala H, 25/9/2013, “K. K., S. y H., A. N. s/ sucesión ab-intestato”.

Una adecuada distinción entre la firma electrónica y digital y el rol funcional de la forma en sus aspectos probatorio y de titularización

Néstor D. Lamber

RESUMEN

El autor desarrolla una clara distinción (tal como hace el fallo en análisis) entre firma digital y firma electrónica, así como sus diferentes efectos, fundamentalmente en cuanto a sus aspectos probatorio y ejecutorio. La celeridad de los negocios no pasa únicamente por la etapa de formación, sino que el ordenamiento legal confiere, ante el cumplimiento de determinados ritos, una especial potestad al titular del derecho de pedir su ejecución por el órgano judicial, presumiendo la existencia del mismo, ello sin necesidad de su validación *ex post facto* por el juez. En tal sentido, en este comentario se refuta el habitual denuedo de la forma como una traba burocrática que detiene la circulación de los bienes y los negocios (aquí, en el comercio electrónico). Asimismo, no deja pasar la oportunidad de remarcar también la distinción entre la firma digital y la ológrafa notarialmente certificada, haciendo referencia a la modificación del Decreto 182/2019 y a las acciones que dieron lugar a su modificación, incoadas por instituciones notariales. Ello atento a lo que refiere como una tendencia de interpretación doctrinaria de asimilar el instrumento con firma ológrafa certificada notarialmente al documento en soporte electrónico con firma digital.

PALABRAS CLAVE

Firma; firma digital; firma electrónica; firma ológrafa; artículo 288 CCCN; firma certificada notarialmente; Decreto 182/2019; presunción de autoría e integridad; forma y prueba.

Fechas de recepción y aceptación

28/2/2020 - 28/3/2020

Sumario: 1. Introducción. 2. Firma electrónica y digital. 3. El documento notarial digital: el acto público y la forma como justicia preventiva. 4. Bibliografía. 5. Texto completo del fallo comentado.

1. Introducción

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial número 23, en sentencia del 14 de febrero de 2020, *in re* “Wenance SA c/ Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecuti-



vo”,¹ rechaza la preparación de la vía ejecutiva de un mutuo celebrado por una *fnitech*² con una persona humana en soporte electrónico mediante una plataforma electrónica, digital o informática, con aplicación de una firma electrónica y no digital, en una justa distinción entre ambas firmas y la función de la forma documental en su aspecto probatorio –que requiere una necesaria acreditación y verificación bajo la sana crítica judicial posterior– y en su aspecto de título eficaz para su ejecución o ejecutoriedad inmediata del derecho representado en su contenido –que requiere la imposición legal de autosuficiencia con la especial acreditación *ex ante* desde su celebración–, como sucede con los títulos ejecutivos, títulos valores, societarios, inmobiliarios, entre otros.

La forma suele denostarse en el mundo digital como una traba burocrática, de exceso ritual, que detiene la circulación de los bienes y los negocios en el comercio electrónico. En el sistema jurídico nacional, la forma legal impuesta es excepcional frente al principio de libertad de formas establecido en la legislación, pero en su concepción vulgar suelen confundirse dos aspectos de ella:

- a) El aspecto **probatorio**, donde rigen los principios generales de la teoría de la prueba propia del derecho procesal y todo elemento es valorado para llegar a la convicción del juez, que en un proceso ordinario puede apreciar y aceptar bajo las reglas de razonabilidad y sana crítica, y que en el particular se refiere a todos los instrumentos, firmados o no: particulares, privados o públicos.
- b) El aspecto **ejecutorio** del derecho titularizado, donde la ley, en ciertos casos, ha impuesto el cumplimiento de un rito para poder hacer valer, ejercer o ejecutar el mismo de modo autosuficiente, directamente por los sujetos, sin que sea imperiosa la validación judicial *ex post* para tener eficacia; y, en estos últimos instrumentos (privados o públicos), la firma es indispensable para demostrar la existencia de la voluntad jurígena de obligarse, transmitir, adquirir, modificar, renunciar o extinguir el derecho representado como objeto documental, destinado especialmente a terceros ajenos a los otorgantes.

Esta distinción de la función documental se refleja en el fallo en comentario y se plasma en los argumentos de S. S. cuando explica que la ley, en estos casos, admite una limitación de excepciones procedimentales y verificación judicial en los juicios más expeditos. Ello es consecuencia de la búsqueda de agilizar y dar celeridad a los negocios al permitir la ejecución o ejecutoriedad del derecho por su acreedor o *accipiens* sin previa intervención judicial. En estos casos, el ordenamiento legal le confiere una especial potestad al titular del derecho personal o real no ya de probar su derecho sino de pedir su ejecución por el órgano judicial, presumiendo la existencia del mismo, así como la de transferirlo sin necesidad de su validación por el juez.

Esta eficacia del título ejecutorio y ejecutivo permite, en lugar de limitar el comercio, por el contrario, favorecerlo. Se diferencia netamente del aspecto probatorio, en que la firma y la forma pueden verse como una limitación en la celeridad del proceso ordinario, donde el juez necesariamente debe apreciar la prueba. Por ello, no debe confundirse la exigencia formal de los títulos, que de no cumplirse la impuesta no se puede

1. *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, abril 2020, cita online AR/JUR/135/2020.

2. [N. del E.: empresa que opera mediante *financial technology* –tecnología financiera–; consiste en la aplicación de nuevas tecnologías a actividades financieras y de inversión].

ejecutar o ejercer el derecho del modo previsto, pero sí pueden tener otro efecto,³ con el efecto de los instrumentos en el proceso en que siempre podrán ser admitidos para probar el acto representado a través de diversos medios de prueba, aun careciendo de firma (art. 319 del [Código Civil y Comercial](#) [en adelante, “CCCN”]).

En la instancia de la etapa de la prueba, la falta de un requisito formal parecería que pudiese pensarse como una limitación ritual excesiva, pero en este aspecto funcional siempre se estará ante la posible convalidación o admisión de la sana crítica judicial, con el especial respeto de la bilateralidad del proceso y el debido derecho de defensa de todos los litigantes. En el aspecto de titulación, el documento se genera para ser tenido por válido y eficaz, en principio, fuera de la labor jurisdiccional, y solo en caso de incumplimiento recurrir a ella; en el aspecto de eficacia probatoria, en principio, está destinada a la actividad jurisdiccional.

2. Firma electrónica y digital

La distinción entre la firma electrónica y digital que trataremos es de carácter jurídico y tiene por objeto satisfacer la aplicación y explicación de diferentes efectos de los instrumentos creados por los ciudadanos, del mismo modo que se le reconoce eficacia jurídica a la firma ológrafa, como también podría ser a los sellos o, en el ámbito del derecho público, a señales de un semáforo o al papel moneda. La jueza del caso da cuenta de las diferentes posturas de la doctrina especializada en materia de derecho informático, donde hay divergencias respecto de si solo la firma digital satisface el requisito de firma de los instrumentos conforme al artículo 288 CCCN o si tanto ella como la electrónica lo satisfacen.

La discrepancia nace de un concepto previo a la clasificación jurídica, ámbito en el cual la firma digital es una especie del género firma electrónica. Ambas firmas comparten esta relación de género a especie y están constituidas por un procedimiento matemático suficientemente seguro en el consenso técnico internacional de especialistas en las ciencias informáticas, que requiere información de conocimiento exclusivo del firmante y bajo su control, susceptible de verificación simultánea por terceros, que permita identificación del autor e integridad del documento.⁴ Ese mecanismo se representa en un documento electrónico (denominado certificado) que se agrega, embebe, adiciona al documento electrónico firmado, integrando un nuevo documento, pudiendo incluso ser un metadato del mismo. En el ámbito de la ciencia informática, no hay diferencia en su naturaleza u ontología, donde se puede establecer su mayor o menor avance desde la óptica de las nuevas tecnologías, y, en consecuencia, allí no habría razón para distinguir la firma digital reconocida en los artículos 2 y 3 de la [Ley 25506 de Firma Digital](#) (LFD)

3. De conformidad con el art. 294, 2º párrafo, del Código Civil y Comercial, una escritura pública con defectos formales no tendrá la eficacia de los instrumentos públicos, pero sí tendrá los de un instrumento privado si fue firmada por las partes, e incluso puede obligar a otorgar la escritura pública con el artículo 1018 del Código Civil y Comercial.

4. MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Documento y firma electrónicos o digitales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/11/2008 (t. 2008-F), cita online AR/DOC/2859/2008.

y 288 CCCN de cualquier firma electrónica avanzada,⁵ que de acuerdo a este consenso técnico-científico asegure la autoría e integridad del documento.

Las terminologías propias de la ciencia informática y de la ciencia jurídica nos obligan a una prevención cuando el mismo término tiene acepciones distintas en su conceptualización técnica en cada una ellas, dificultando una labor hermenéutica ágil: por ejemplo, en el ámbito del derecho, la naturaleza de la firma electrónica o digital constituida por este procedimiento (firma) tiene más similitud con un sello –digital– que con una firma, y el “sello de tiempo” de las nuevas tecnología tiene más que ver con el requisito de fecha que de sello. Por ello, la ley no entra en esas consideraciones y tanto la Ley 25506 como el CCCN ordenan que la firma digital satisface el requisito de firma y respetan la terminología de las nuevas tecnologías pero no haciendo juicio de valor sobre su naturaleza o conceptualización; solo regulan los efectos jurídicos de este procedimiento matemático como satisfactorio de los mismos efectos que la firma ológrafa. La distinción a tener en cuenta es legal y se funda en que el sistema jurídico nacional ha optado por admitir la eficacia jurídica de firma no a todos los certificados de firma electrónica –sin importar si son avanzados y creados por uno de los gigantes de la informatización, o no, creados por el más pequeño de los emprendedores locales– sino solo a aquellos certificados de firma electrónica generados por las personas autorizadas por las autoridades de registro de los entes licenciados autorizados por la Jefatura de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional (p.ej., la Oficina Nacional de Tecnologías de Información [ONTI]: firma digital con dispositivo criptográfico externo; o la Secretaría de Modernización Administrativa:⁶ firma digital remota).⁷

Parte de la doctrina especializada encuentra fundamento a la equiparación de los efectos legales de la firma electrónica avanzada con la digital en la frase final del artículo 288 CCCN: “el requisito de firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del documento”. Y así, valiéndose solo de la última frase y de la denominación como “firma electrónica” del artículo 5 LFD del procedimiento matemático sin reconocimiento por la autoridad delegada por el Estado, arriban a su equiparación. Sin embargo, esta última norma concluye diferenciando los efectos jurídicos de la firma electrónica de los de la digital al establecer que en caso ser desconocida corresponde a quien la invoca acreditar su validez. En cambio, los artículos 7 y 8 LFD establecen la presunción de autoría del titular del certificado digital y de la integridad del documento electrónico cuando sea aplicada esta firma y no la electrónica, aunque sea avanzada.

Claramente, la firma electrónica, de ser desconocida, necesitará una acreditación, prueba por quien la invoca. En el caso en comentario, al presentarse al Juez para iniciar un proceso ejecutivo o de preparación de vía ejecutiva, S. S. no puede tener por presunta la autoría e integridad al no ser una firma digital con los efectos de los citados artículos 7 y 8 LFD, dado que los títulos de derechos deben ser autosuficientes para tener efectos

5. En el derecho comparado, algunas legislaciones reservan el término *firma electrónica avanzada* para la que nuestra ley denomina “firma digital”, es decir, con reconocimiento por el Estado.

6. Secretaría de Modernización Administrativa de la Secretaría de Gobierno de Modernización de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

7. Decreto 182/2019.

de tales; y, como su destino excede el marco de las partes, quien la invoca (actor) debe demostrar la autoría –y, en su caso, integridad– ante terceros que no necesitan previamente desconocer la firma –como lo es el juez– y ante quienes siempre debe acreditarse por un instrumento jurídico que les sea oponible. Esta eficacia ante terceros de las relaciones y situaciones jurídicas es lo que justifica la regulación legal de la firma. Es necesario un parámetro legal especial que supere el principio de convencionalidad entre partes que pueden admitir todo medio de acreditación de autoría e imputación jurídica entre sí, pero ante el resto deberán hacerlo con la forma (método o modo) admitido por el sistema jurídico.

Al sancionarse el artículo 288 CCCN en 2015, la LFD ya llevaba casi catorce años de vigencia. En el [proyecto](#) del código civil y comercial, este artículo no especificaba la exigencia de firma digital y bastaba la parte final redactada: asegurar presunción de autoría e integridad; pero en la revisión de la Comisión Bicameral se incluyó la expresa limitación a la firma digital, en concordancia con el artículo 77 del [Código Penal](#), al hacer la equiparación de la firma solo con la digital. En la LFD estas dos firmas tiene efectos distintos, es decir, en el derecho se diferencian entre sí, y el legislador optó a conciencia por mantener esta distinción, acierto que se nota en el fallo en comentario, donde se imponen distintos procesos para cada caso.

El otro inconveniente de admitir la asimilación es: ¿cuándo se trata de una firma electrónica avanzada que equivale a la digital?, ¿quién puede responder esa pregunta en el ámbito del derecho?; lo que lleva a que se deba tener una declaración judicial de certeza en cada caso o, como bien señala S. S. en el caso, un juicio ordinario, lo cual conduce al mayor rigor procedimental que cuando se ha aplicado simplemente la firma digital.

Nótese que la amplitud de prueba es propia del proceso ordinario, donde el instrumento tiene su funcionalidad probatoria prioritariamente. En cambio, en el proceso ejecutivo se requiere un título que sea tal sin necesidad de la amplia actividad probatoria que importaría “ordinarizar” el proceso ejecutivo, como dice el fallo; y la necesidad de la firma digital para este no puede ser suplida por la electrónica. Las señaladas cuestiones pragmáticas son las que demuestran la utilidad de la clasificación jurídica y, a la vez, su justificación de exigir y distinguir la firma digital y no la genérica electrónica, sin perjuicio de que el acreedor siempre podrá acreditar en el proceso ordinario la eficacia de la última, respetando el pleno derecho de defensa del deudor y, como estima S. S., a la vez consumidor.

El fallo en comentario dice

... para concluir que existe un instrumento particular firmado mediante una firma que no fuera “digital”, según la interpretación más amplia, sería necesario demostrar previamente a la luz del citado art. 288, como recién lo destacué, si el mecanismo implementado asegura indubitablemente la autoría e integridad del documento, lo cual requeriría la realización de un peritaje informático –quebrando la secuencia natural del proceso ejecutivo– destinado a pronunciarse sobre el procedimiento técnico aplicado para la creación de la firma electrónica invocada que se habría empleado en este contrato de mutuo electrónico y si en particular si ese procedimiento asegura aquellos dos aspectos (no incluyo al pagaré porque, aunque se lo menciona, no se funda en él esta acción). Solo así –esto es, realizado el peritaje– se podría estar en condiciones de tener por satisfecho el requisito de firma, indispensable no solo para el emplazamiento ejecutivo sino también para la preparación

de esta vía previa, pues de lo contrario, también en este caso, estaríamos en presencia de un instrumento particular no firmado...

En consecuencia, refleja el principio de que la firma electrónica del documento electrónico requiere el reconocimiento judicial de su suficiencia para ser equiparada a la digital y la ológrafa.

En el ámbito extrajudicial, cobra especial importancia para la clasificación de la teoría general del instrumento el principio de equivalencia funcional del instrumento electrónico o digital con el celebrado en soporte papel con firma ológrafa (arts. 286-288 CCCN, y arts. 3 y 6 LFD), por el cual podemos sostener que:

- a) Son instrumentos particulares los generados en soporte papel no firmado o con signos que no cumplen los recaudos de firma con eficacia jurídica, y en soporte electrónico sin aplicación de método de autoría alguno o con firma electrónica no reconocida judicialmente, con el valor probatorio previsto en el artículo 319 CCCN.
- b) Son instrumentos privados tanto los suscriptos con firma ológrafa como con aplicación de firma digital según el soporte documental elegido.⁸
- c) Son instrumentos privados con certificación notarial de firma –con los efectos del segundo párrafo del artículo 314 CCCN– tanto los suscriptos ológrafamente con certificación notarial en soporte papel como los que tiene aplicación de firma digital certificada digitalmente por notario.
- d) Son instrumentos públicos los autorizados o certificados por notario/a u oficial público competente con aplicación de su firma digital.

El artículo 7 de la [Ley 27446](#)⁹ y el artículo 4 del [Decreto 182/2019](#) con carácter excepcional regulan la satisfacción de los efectos del requisito de firma en instrumentos administrativos o judiciales generados a través de sistemas de gestión documental electrónica públicos, por la función de interoperabilidad de sus diversos sistemas informáticos y archivos, eximiéndose el Estado de cumplir con el requisito de firma, solo limitado a esos ecosistemas digitales o subsistemas jurídicos, donde ante estos procedimientos informáticos en el ámbito del sector público es el propio Estado el que se obliga en caso de utilizarlos. Pero esta posibilidad es ajena al caso en análisis y la propia ley citada, que reforma la LFD, no llega a calificarlo como firma sino como un reconocimiento automático de eficacia y validez probatoria.¹⁰

La [Ley 27444](#) –que, junto con la [27446](#), incluyó algunas de las normas del frustrado [Decreto de Necesidad y Urgencia 27/2018](#)– trata de establecer una serie de ex-

8. De conformidad con SC de Buenos Aires, 8/2/2017, “Carnevale, Cosme Omar c/ Provincia de Buenos Aires s/ pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, Ac. 74.409 [N. del E.: ver [aquí](#); fuente SCBA; última consulta: 27/4/2020]: “en los instrumentos generados por medios electrónicos el requisito de firma queda satisfecho si se utiliza firma digital (art. 288, segundo párrafo, CCC)”. En mismo sentido: Juzg. 1^a Inst. Civ. y Com. N° 2 de Azul, 26/9/2018, “H. V. A. y otro/a c/ Poder Judicial - Suprema Corte de Justicia s/ daños y perj. Resp. del Estado (Ejerc. Prof. Funcionarios)” (elDial.com, cita AAAC11).

9. [N. del E.: modificatoria de la LFD].

10. Ver LAMBER, Néstor D., “Reconocimiento automático de validez y eficacia del documento electrónico por la interoperabilidad en los sistemas de gestión documental de los poderes del Estado”, en *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, t. 2020-1, cita online AR/DOC/2768/2019.

cepciones especiales para el comercio electrónico, como en el contrato de tarjeta de crédito, admitiendo la firma digitalizada (*sign pad*), y, para los títulos cartulares y cheque electrónico, la opción entre la firma electrónica que asegure indubitablemente la autoría e integridad y la digital, pero no da una satisfactoria solución a la dificultad de determinar cuándo una firma electrónica es lo suficientemente avanzada para satisfacer tales características, antes señalada en el fallo. En este orden de ideas, la firma con eficacia jurídica de obligarse como elemento constitutivo del instrumento en soporte electrónico como título suficiente para la ejecución (pagaré), o para la previa preparación de la vía ejecutiva (mutuo), se relaciona con los dichos del fallo en cuanto a que “los títulos ejecutivos son siempre de origen legal”, es decir, tienen su causa fuente en la ley, como lo señala en la cita a Guasp.

Por su lado, Micelli y Moia, al analizar la eficacia del *echeq*,¹¹ luego de expresar que “el funcionamiento de este innovador instrumento se sostiene por una nueva previsión contractual que deberá incorporarse a los contratos de cuenta corriente bancaria, conforme lo expresa el art. 2° de la Comunicación en estudio”¹² –remitiendo al principio de convencionalidad más que de legalidad–, señala el problema de que

... ante el incumplimiento de un *echeq*, y en el marco de su ejecución cambiaria, no se encontrarán en la misma posición probatoria aquel beneficiario que cuente con un “*echeq* con firma digital” a la de aquel que cuenta con un “*echeq* con firma electrónica”, dado que en el caso de su desconocimiento deberá recurrir a pruebas informáticas para acreditar su validez (arg. art. 5°, *in fine*, ley 25506). Resultarían aquí aplicables las amplias posibilidades probatorias que el Código Civil y Comercial consagra. *A contrario sensu*, si estamos ante la conformación de un *echeq* mediante firma digital, se aplicarán las presunciones de los arts. 7° y 8° de la ley 25506, de ese modo se cumpliría acabadamente con las exigencias de justificar la existencia de la declaración de voluntad y la integridad del instrumento, que exige la comunicación del BCRA.¹³

La misma duda sobre la plena eficacia en el *echeq* cabe para los restantes títulos valores, como el pagaré, sobre el que no se expide la jueza en el caso por no haber sido base de la acción pero que, creemos, adolece de la misma insuficiencia, en cuanto requiere la ordinarización del proceso para la acreditación de los extremos de satisfacción de la suficiente aptitud del procedimiento para asegurar presunción de autoría e integridad del documento y, en consecuencia, la mayor seguridad jurídica que tendrán en el ámbito nacional para la circulación negocial y transmisión de estos títulos electrónicos cuando cuenten con firma digital.

11. Cheque generado y/o transmitido por medios electrónicos. Establecido en la Ley 27444 y reglamentado por la Comunicación “A” 6578 del Banco Central de la República Argentina (1/10/2018). Debe tenerse presente que esta ley prevé expresamente la firma electrónica o digital tanto para el cheque como para el pagaré y la letra de cambio, pero no para el mutuo.

12. MICELLI, María I. y Moia, Ángel L., “Los cheques electrónicos: recaudos, alternativas y funcionamiento del nuevo ‘echeq’”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 1/3/2019 (t. 2019-A), cita online AR/DOC/442/2019.

13. *Ibidem*.

3. El documento notarial digital: el acto público y la forma como justicia preventiva

El fallo en comentario trae una referencia que demuestra la imperiosa necesidad de desvirtuar un mito que no coincide con la actual realidad del notariado, que es su asimilación al soporte papel y a la falta de adopción de nuevas tecnologías como si se está haciendo. Dice la jueza del caso, para demostrar que todo el proceso no fue regulado previendo documentos electrónicos:

Pero también, cuando al referirse a los documentos de naturaleza ejecutiva, se aludió a instrumentos privados con firma certificada notarialmente, hipótesis que presuponía necesariamente en aquel entonces, la existencia de un soporte documental papel y firmas ológrafas, que habilitasen a la indicada intervención de un escribano.

Si bien S. S. aclara “en aquel entonces”, el notariado debe dejar en claro ante la sociedad que el escribano/a hoy en día puede certificar tanto firmas ológrafas en documentos en soporte papel como digitales en soportes electrónicos, así como también puede certificar la reproducción de documentos nativos electrónicos o digitalizados, o expedir testimonios de escrituras públicas en soportes electrónicos con firma digital, incluidos poderes y actas para presentar en expedientes judiciales electrónicos. Los sistemas y aplicativos existentes, como el GEDONO en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Plataforma de Gestión Documental Notarial en la Provincia de Buenos Aires –a cargo de los respectivos colegios de escribanos por su facultad legal de generar los folios respectivos–, hoy en día hacen efectiva esta posibilidad de circulación en el mundo digital de todos estos documentos públicos notariales con la misma eficacia que sus equivalentes en el mundo real o analógico.

Existe una tendencia de interpretación en una parte de la doctrina especializada, basada en la seguridad informática, de asimilar el instrumento con firma ológrafa certificada notarialmente al documento en soporte electrónico con firma digital, como lo hacía el originario artículo 2 del anexo I del [Decreto 182/2019](#) al establecer que la firma digital satisfacía los requisitos de la certificación de firma, luego **rectificado** por el [Decreto 774/2019](#), en que se limita solo “a todo trámite efectuado por el interesado ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada”.

La modificación del decreto reglamentario de la LDF se hizo en el contexto del trámite judicial de los amparos presentados por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y por el Consejo Federal del Notariado Argentino, y admitida su procedencia por el Juzgado Federal en lo Civil y Comercial N° 5 de la Capital Federal. Las pretensiones se fundaron, entre otros argumentos, en:

- Que la norma original del Decreto 182/2019 no podía modificar el artículo 314 CCCN, que solo admite el reconocimiento del contenido del instrumento cuando cuente con firmas certificadas notarialmente o al ser reconocidas en instancia judicial posterior.
- Que el Poder Ejecutivo Nacional asumió facultades de derecho procedimental en cuanto a la reglamentación del modo de expedición de la certificación de firmas por los órganos delegados por el Estado local, reservadas por las Provincias y la Ciudad Autónoma en la Constitución Nacional, donde la ley federal solo es

competente para indicar cuándo se requiere certificación de la firma, y la ley local determina cómo se realiza y expide.

- Que la certificación es un acto público y, como tal, requiere la intervención de un notario u oficial público que aprecie en alguna medida el aspecto subjetivo del acto instrumentado, lo que no ocurre con la firma digital, que solo se limita a verificar el procedimiento informático con independencia de las circunstancias particulares y de hecho del acto específico.

La modificación introducida por el Decreto 774/2019 impone una delimitación que excluye la equiparación directa de la firma digital con la certificación de firma del ámbito privado y jurídico en general pero sin dejar de lado la terminología confusa en la materia.¹⁴ En rigor, debe encontrarse su fundamento en la misma razón señalada *ut supra* con respecto al reconocimiento de validez y eficacia de los documentos generados en sistemas de gestión documental electrónica del Estado, limitado a esos ecosistemas y ámbitos de la administración pública nacional en este caso (art 7 Ley 27446 y art 1 Decreto 182/2019). No se trata de una verdadera certificación de firma sino de la renuncia por el receptor (administración pública) de exigirla. Al igual que en el comentario de la Ley 27446, no se califica si es o no firma, aquí no interesa si es o no una verdadera certificación; en ambos casos, el Estado se exime a sí mismo de estar al ordenamiento civil para sus relaciones con los ciudadanos en esa relación dispar de imposición propia de la doctrina administrativa del “hecho del príncipe”.

Cabe detenerse en los argumentos de las organizaciones notariales del país y en la razón de ser de la certificación notarial de firmas que confiere el reconocimiento del contenido del documento firmado desde su celebración (*ex ante*) en los términos de la segunda parte del artículo 314 CCCN, por incorporar un acto público notarial al acto privado, lo que no sucede con la aplicación de firmas digitales por las partes. El valor y eficacia de la certificación notarial solo se obtendrá si el documento es reconocido por un acto jurisdiccional posterior, que suple el acto público. En los casos en que la ley no exige el mayor rigor formal, basta el instrumento privado, pero los interesados pueden optar por tener también el reconocimiento de su contenido si además de otorgar el acto jurídico adicionan un acto público ante un escribano/a para certificar su firma. En la estructura del instrumento privado con certificación notarial conviven y se unen dos actos:

- a) El jurídico, privado, celebrado por las partes y que tiene por virtualidad la expresión de obligarse en el ámbito del derecho.
- b) Otro público, donde un tercero con funciones públicas delegadas por el Estado aprecia el discernimiento y aptitud del firmante con relación al acto requerido, la falta ostensible de vicios de su voluntad, el lugar y momento de suscripción, el carácter en que interviene y la acreditación de las facultades de

14. Ver PÉREZ, Eduardo A., “Instrumentos electrónicos: ¿es equivaente la firma digital a la firma ológrafa certificada?”, en *Anales de Legislación Argentina*, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2020-1, cita online AR/DOC/3854/2019. El autor, antes de concluir que el Decreto 774/2019 viene a intentar remedar y conciliar el supuesto de reglamentación excesiva del art 2 anexo I del Decreto 182/2019, entiende que “ahora, la afinidad queda limitada al trámite que el interesado pudiere efectuar ante la administración pública nacional, centralizada o descentralizada”.

representación y la personería en caso de ser una persona jurídica. Incluso, en algunas provincias, se prevé un somero control de vicios de nulidades absolutas notoriamente manifiestas y ostensibles si surgen de modo destacado en el instrumento privado, sin llegar a constituir un control de legalidad propio de las escrituras públicas.

Nótese la conveniencia de certificar notarialmente firmas digitales de los representantes orgánicos o apoderados de personas jurídicas e incluso, en el caso en análisis, la insuficiencia de la firma digital si la demandada hubiera sido una persona jurídica. Por más que la persona humana que la representa hubiere dicho serlo, esta firma digital solo presumiría la autoría de la expresión de su voluntad personal pero no hubiera acreditado la atribución de los efectos de modo directo en la esfera jurídica del representado. Se debería acreditar en el proceso judicial la personería, representación orgánica o poderes de la misma. Lo mismo ocurriría en instancias extrajudiciales en su actuación en nombre y representación de la persona jurídica ante cualquier tercero ante quien se quisiera oponer o hacer valer el documento. Siempre se debería acompañar al mismo todos los otros documentos acreditantes de su personería y representación autenticados para ser valorados por el receptor, delegando así en éstos –por ejemplo, el empleado bancario– su valoración por carecer de un acto público al respecto.

El acto público importa una valoración acotada de determinados elementos que superan la mera presunción de atribución de autoría al titular del certificado digital por su mero uso: si lo hizo voluntariamente, si tenía discernimiento relacionado al acto, si fue el titular o quien le sustrajo la contraseña quien lo uso, o si se configuró un supuesto de abuso de confianza –como cuando impropiamente se le da a otro la contraseña de acceso al sector restringido de la Administración Federal de Ingresos Públicos para hacer una declaración jurada de cierta complejidad y luego este la utiliza para otro destino– (firma electrónica con la eficacia y validez del art 7 de la Ley 27446). En esencia, el acto público importa la intermediación de quien ejerce la función notarial con la persona y el acto, lo que no sucede en la verificación de la firma digital, donde el reconocimiento de la función delegada es solo al momento de otorgar el certificado de firma digital en abstracto o genérico, pero ajeno al acto jurídico en particular instrumentado y al momento de su firma o suscripción. Hete aquí dos funciones delegadas por el Estado claramente diferentes, la notarial junto al acto particular y la de la autoridad de registro de firma digital ajena a la actuación específica con efectos jurídicos de la persona.¹⁵ Por ello, el hecho de tener firma digital no convierte al acto en público, lo que es palmario en la exigencia de las incompatibilidades para intervenir el escribano/a en interés propio o de las personas vinculadas con él (enunciadas en el art 291 CCCN). Lógicamente, el firmante con aplicación de firma digital actúa en interés propio, por lo cual su uso no

15. En el mismo sentido, PÉREZ, Eduardo A., ob. cit. (cfr. nota 14), dice: “Podemos discutir en otra oportunidad si la asimilación de la firma digital a la ológrafa es o no justa. Es evidente que la firma digital engendra un proceso mucho más complejo que la que proviene de la propia mano del firmante. La firma digital deber ser respaldada por un certificado digital, entendiéndose este como el documento firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma con su titular (art. 13 LFD). El inconveniente radica en que la certificación lo es con respecto a la firma digital, no del momento en que dicha firma se inserta al documento. En el momento no existe entidad certificante, de ahí la sustancial diferencia con la firma ológrafa certificada en la que sí, participa una entidad fedataria”. (El destacado en nuestro).

puede equipararse ni a los efectos ni a las responsabilidades impuestas al ejercicio de una función pública.

La aplicación de la firma digital también pone al firmante en la posibilidad de firmar sin abrir el documento, lo cual, si bien hace a su responsabilidad de completa lectura (acto propio), nos enfrenta a cuestionamientos de conductas de la parte fuerte en una relación de consumo, a los que se suma la limitación en la falta de completa comprensión adecuada de largas –y no siempre claras– cláusulas de términos y condiciones de uso de las aplicaciones generadoras de estos documentos electrónicos.

En el caso en comentario, con relación al mutuo de la *fintech* con una persona humana, S. S. expresa sus razonables prevenciones:

Máxime cuando con este tipo de plataformas [...] se estarán canalizando operaciones de crédito para consumo sujetas a las específicas reglas de orden público de la ley consumeril (art. 65, ley 24240), entre ellas, las presunciones que debieran interpretarse a favor de los eventuales deudores-consumidores (art. 3 y 37, también ley 24240).¹⁶

En esto se devela la importancia que hemos señalado de la forma como medio de justicia preventiva, donde, si bien se debe estar a la celeridad del negocio, no puede perderse de vista que la forma está impuesta para la protección de ciertos intereses y efectivización del derecho de defensa, que para una sociedad tienen más importancia. El orden jurídico, entonces, requiere para estas situaciones una mayor labor de conciencia y cuidado en la decisión por el alcance de sus efectos o la lesión de derechos relacionados con la dignidad de la persona humana o el derecho de defensa mismo. La forma ya no es un estorbo en sí mismo, sino el medio que busca obligar a la persona humana a detenerse para obtener una mayor reflexión sobre el acto a realizar, como lo hace la Ley de Defensa del Consumidor al imponer la doble aceptación en ciertos contratos de consumo. Por eso, el rigor formal no se impone en todas las situaciones jurídicas sino solo en aquellas que para una sociedad determinada tienen una especial trascendencia axiológica.

La forma y, a veces, la exigencia de una certificación notarial de firma le imponen implícitamente al firmante la necesidad de repensar el acto, dado que si la ley le exige ir al escribano/a es por algo; impone un plus, advirtiendo que se está ante un acto de mayor trascendencia y deber de analizar con detenimiento; en el caso del mutuo en cuestión: su capacidad de pago, intereses compensatorio y moratorio, el tribunal designado, que el domicilio no esté en blanco, etc. Así, la forma deja de ser solo el sustento instituido para la prueba o constituir el título, sino que además se constituye en un medio de prevención, de dar una posibilidad más de pensar a quien se va a obligar, contribuyendo a la justicia preventiva.

En el caso particular, la acreedora pudo haber previsto asegurar la eficacia de la aceptación de la persona humana con la certificación notarial digital de su firma ológrafa en soporte papel por escribano/a, que también digitaliza ese instrumento y certifica notarialmente tanto su firma ológrafa como su reproducción en este soporte, expidiendo un folio notarial digital al efecto, que contiene embebido el instrumento privado con firma certificada digitalizado –como es práctica utilizada y admitida en los contratos

16. [N. del E.: ver Ley 24240 de Defensa del Consumidor].

constitutivos de sociedades por acciones simplificadas (SAS)–, para luego “subir” este documento electrónico con firma digital del notario/a a la plataforma digital particular. Así, se hubiera cumplido en forma incuestionable con todos los recaudos de firma del artículo 288 CCCN en un documento digitalizado con plena eficacia y seguridad jurídica, imbuido además de celeridad y seguridad informática propia del documento digital, con aptitud para ser incorporado a la plataforma informática utilizada.

4. Bibliografía

- LAMBER, Néstor D., “Reconocimiento automático de validez y eficacia del documento electrónico por la interoperabilidad en los sistemas de gestión documental de los poderes del Estado”, en *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, t. 2020-1, cita online AR/DOC/2768/2019.
- MICELLI, María I. y Moia, Ángel L., “Los cheques electrónicos: recaudos, alternativas y funcionamiento del nuevo ‘echeq’”, La Ley, Buenos Aires, en *La Ley*, 1/3/2019 (t. 2019-A), cita online AR/DOC/442/2019.
- MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Documento y firma electrónicos o digitales”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/11/2008 (t. 2008-F), cita online AR/DOC/2859/2008.
- PÉREZ, Eduardo A., “Instrumentos electrónicos: ¿es equivaente la firma digital a la firma ológrafa certificada?”, en *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, t. 2020-1, cita online AR/DOC/3854/2019.

Jurisprudencia:

- Juzg. 1ª Inst. Civ. y Com. Nº 2 de Azul, 26/9/2018, “H. V. A. y otro/a c/ Poder Judicial - Suprema Corte de Justicia s/ daños y perj. Resp. del Estado (Ejerc. Prof. Funcionarios)”.
- Juzg. Civ. y Com. Federal Nº 5 de la Capital Federal, 24/9/2019, “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional Jefatura de Gabinete de Ministros s/ incidente de medida cautelar”.
- Juzg. Nac. 1ª Inst. Com. Nº 23, 14/2/2020, “Wenance SA c/ Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecutivo”.
- SC de Buenos Aires, 8/2/2017, “Carnevale, Cosme Omar c/ Provincia de Buenos Aires s/ pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, Ac. 74.409.

5. Texto completo del fallo comentado

1ª Instancia. Buenos Aires, febrero 14 de 2020.

I. Por presentado, parte y por constituido el domicilio procesal indicado. Asimismo, se tiene por constituido el domicilio electrónico, el cual ya ha sido vinculado al sistema web Lex-100 con los alcances enunciados en la Resolución 71/2014 dictada por la Excma. Cámara Comercial y la Acordada 3/15 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. No obstante no sea admisible el planteo referido a que la presente acción deba ser entendida como de monto indeterminado a los efectos del cálculo de la tasa de justicia, esto último, puesto que el art. 2 de la ley 23.898 no comprende en su redacción la distinción que se pretende, dirigida a descartar la existencia de valor económico ponderable en el marco de la preparación de la vía ejecutiva pese a basarse en invocados documentos de los que debiera surgir una deuda líquida y exigible, atento el monto reclamado, fecha en que se identificó la mora y la suma ingresada como tasa por monto indeterminado, se la tendrá por satisfecha en base a la constancia de fs. 3.

III. Se tienen presentes las autorizaciones conferidas.

IV. Se agrega el bono correspondiente al derecho fijo establecido por el art. 51, inciso d de la ley 23.187.

V. Autos y vistos:

1. Se presentó la sociedad Wenance SA pretendiendo la preparación de la vía ejecutiva contra Sonia Alejandra Gamboa, en base a sostener que esta última había contraído un préstamo en el marco de una plataforma de otorgamiento de créditos informática y que tras el pago de unas cuotas había entrado en mora.

En apoyo de su reclamo, dio precisiones sobre el mercado tecnológico de Fintech, distinguió la firma electrónica que invoca de la firma digital, describió la operación concertada con su contraria y el funcionamiento del sistema empleado y, finalmente, justificó en derecho las razones de porqué debía darse curso a su planteo. Sin embargo, se reservó el derecho de accionar por la vía ordinaria. Ofreció como prueba las impresiones del mutuo, de ciertas actuaciones que habrían corrido sobre la plataforma informática en cuestión, de un pagaré generado por el mismo medio técnico y una constancia que daría cuenta de la entrega de las sumas dadas en mutuo.

2. Por lo pronto, encuentro oportuno poner de relieve que la categoría de los títulos ejecutivos siempre tiene origen legal.

Ha sido expresado, en tal sentido, que no todo el que busca una manifestación de voluntad ejecutiva del juez puede acudir directamente a ella; hace falta un motivo en que haya de apoyarse la reclamación y ese motivo tiene su origen en la ley. (conf. Guasp, J., Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 168, t. II, p. 207).

Es la ley la que define en qué casos, para hacer más rápida la tutela de derechos, corresponde otorgar habilidad ejecutiva a determinados documentos.

De ahí que, si nos encontramos frente a un documento incluido entre aquellos a los que la ley le reconoce tal habilidad ejecutiva, no sea en principio posible que la simple voluntad de las partes tenga la eficacia de privar de ella a los títulos que tienen reconocido esa habilidad. Y entre las características que atraviesan a todos los títulos con vocación de ser ejecutivos, debe poder verificarse su suficiencia y bastarse a sí mismos, conteniendo, por un lado, la indicación precisa del acreedor y deudor de la obligación, y, además, la expresión líquida o fácilmente liquidable de una deuda que debe ser exigible.

La ausencia de alguno de estos elementos lo hace devenir en inhábil o, en su caso, provoca que el reclamo del cobro de ese crédito deba tramitarse por otra vía. (conf. CNCom., en pleno, “Barrio Cerrado Los Pilares c. Alvarez, Vicente J. A. s/ ejecutivo”, 04/05/2015).

Con esta perspectiva, tanto la invocación de un mutuo y más aún de un pagaré, habitualmente nos enfrentaría a documentos que prima facie la ley de rito les reconocería habilidad ejecutiva, o al menos en el primero de los documentos referidos, la posibilidad de preparar esa vía en caso de no encontrarse notarialmente certificada la firma de quien se pretenda ejecutar (art. 523, incisos 2º y 5º y art. 525, inciso 1º, en ambos casos, del Código Procesal).

Pero no puede pasar inadvertido, teniendo en cuenta la particularidad del caso que nos ocupa, que esto último es así dentro de un diseño procesal que no tuvo en cuenta las nuevas tecnologías a las que en el futuro se iban a enfrentar los justiciables al concertar vínculos jurídicos y reclamar derechos derivados de esas relaciones, hoy reconocidas expresamente en el Cód. Civ. y Comercial, en diversas leyes especiales (vgr Ley de Firma Digital, Nº 25.506; Leyes de simplificación y desburocratización para el desarrollo productivo de la Nación, Nº 27.444 y 27.446; ver modificaciones sufridas por la Ley de Tarjeta de Crédito, Ley de Cheque y decreto-ley 5969/1963) y numerosas reglamentaciones administrativas (ver, por ejemplo, Comunicaciones del BCRA “A” 6068, 6071, 6072, 6112), realidad que entonces autoriza a aseverar, que ese diseño del juicio ejecutivo –o su paso previo en los

casos que hubiese que prepararse la vía ejecutiva—presupuso, como única posibilidad, que la firma que se le fuera a atribuir al deudor sea una de naturaleza ológrafa. Ello parece haber sido así, a punto tal que la última modificación sustancial que sufrió la legislación procesal mediante la ley 25.488 fue anterior a la sanción de la Ley 25.506 de Firma Digital, reconociéndose recién con esta última norma nuevas alternativas para atribuir la autoría de instrumentos privados diversas de la mencionada firma ológrafa, pero equiparables a esta. Las certezas sobre que esa fue la mirada del legislador no parece presentar mayor controversia, bien que no solo por el hecho lógico de que la anterior codificación no previera en su regulación del acto jurídico otro tipo de soporte documental que no fuera el papel y otra firma que no fuera la ológrafa. En este sentido, puede observarse puntualmente de la ley de rito, que al regular el procedimiento posterior al desconocimiento de una firma en el marco de la preparación de la vía ejecutiva o al establecer las defensas posibles ante una intimación de pago, en forma consistente con lo recién destacado, estableció la necesidad de que sea realizado un peritaje que, aunque sin mencionarlo expresamente, solo podría dar lugar a interpretar que sería de naturaleza caligráfica, siendo que iba poder tener por objeto solo una firma ológrafa. Así cabe concluir, a partir de la exigencia de que el deudor deba comparecer personalmente a reconocer la firma que se le está atribuyendo, en proceder cuya necesidad solo podría explicarse en el caso de la exhibición de una firma ológrafa inserta en un documento plasmado en soporte papel. Pero también, cuando al referirse a los documentos con naturaleza ejecutiva, se aludió a instrumentos privados con firma certificada notarialmente, hipótesis que presuponía necesariamente en aquel entonces, la existencia de un soporte documental papel y firmas ológrafas que habilitasen la indicada intervención de un escribano.

¿Significa esto que una realidad hoy cotidiana en el uso de la tecnología para lo concreción de vínculos jurídicos no habilite ante la ausencia de soporte papel y de una firma ológrafa, la posibilidad de reclamos ejecutivos como el que se pretende?

En mi parecer, la respuesta no debería ser necesariamente negativa, en la medida que los jueces, en uso de facultades ordenatorias y de dirección del proceso, estemos en condiciones de adecuar las reglas procesales a esos usos tecnológicos, que en la actualidad se encuentran receptados en la legislación sustancial (Masciotra, Mario, Poderes-deberes del juez en el proceso civil, Astrea, Buenos Aires, 2014, ps. 20/25, 134/138 y 151/153; arg. art. 531 del Código Procesal).

El punto central que encierra el planteo a despacho, gira en torno a la noción de “firma”, pues no obstante haya destacado que el diseño del proceso ejecutivo se afinó en la “firma ológrafa”, el legislador ha reconocido la equivalencia de aquella con la firma digital en los términos que surgen del art. 3º de la ley 25.506, pero también a la luz de lo establecido en los arts. 286, 287 y 288 del Cód. Civil y Comercial, que en tanto normas sustanciales relativas a la teoría del acto jurídico, no habilitaría a que su eficacia se vea relegada debido a las inadecuaciones procedimentales que pudieran existir.

La primera pregunta que se impone responder, ante la intención de la peticionaria de preparar la vía ejecutiva mediante el procedimiento previsto en el art. 526 respecto de un mutuo que habría sido gestionado sobre una plataforma digital, es si, en los hechos, cuando se alude a la existencia de una supuesta “firma electrónica” se puede concluir que la invocada operación está exhibiendo una firma en los términos del art. 288 del Cód. Civ. y Comercial, o si en este marco ejecutivo, solo puede ser tenida como un “instrumento particular no firmado” (art. 287, segundo párrafo, Cód. Civ. y Comercial).

Es que, con independencia de que la Ley de Firma Digital también reconoce a la “firma electrónica” definiéndola como “... al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser

considerada firma digital...”, el art. 288 de citado código, al establecer que “... [e]n los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento...”, está poniendo en evidencia, se entienda o no que comprendió en su ámbito de aplicación a la firma electrónica u otras tecnologías y no solo la digital –aspecto sobre el que seguidamente daré algunas precisiones–, que el codificador para admitir esa equivalencia con la firma ológrafa, de modo genérico, adicionó como pauta valorativa la necesidad de efectuar un análisis sobre el procedimiento técnico de generación de la firma y una evaluación sobre los grados de seguridad que brinda, en tanto para ser reconocida con la eficacia de importar una exteriorización de voluntad, debería asegurarse “indubitadamente la autoría e integridad del instrumento” (Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., *La prueba electrónica. Teoría y práctica*, LA LEY, Buenos Aires, 2019, ps. 364/365).

El sentido de tal inteligencia no debiera extrañar a poco que se observa que, como la propia peticionaria lo ha hecho en su escrito inaugural, la “firma digital” y la “firma electrónica” son nociones que legalmente deben distinguirse, pues solo en el primer caso recaería sobre la firma así concebida la presunción iuris tantum de autoría e integridad (ver arts. 7 y 8 de la ley 25.506) que, a su vez y de conformidad con el citado art. 288 del Cód. Civ. y Comercial, habilitaría a tener por satisfecho el requisito de la firma y por lo tanto ponernos ante un instrumento privado (art. 287, primer párrafo, Cód. Civ. y Comercial).

Sin embargo, con relación a la “firma electrónica”, que es la que aquí se invoca, la cuestión aparece más compleja.

Primero, debido a que, tras la sanción de la nueva codificación, la doctrina especializada se encuentra enfrentada acerca de si al aludir exclusivamente el citado art. 288 a “una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del documento” existió o no una derogación tácita de la noción de “firma electrónica” a la que expresamente si sigue refiriendo el art. 5º de la ley 25.506 (Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., ob. cit., ps. 79-84; Quadri, G. H., en Camps, C. E. (Dir.), *Tratado de derecho procesal electrónico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, T. II, p. 620; Granero, H. R., “Validez –o no– de los documentos electrónicos sin firma digital en el Código Civil y Comercial de la Nación, elDial Biblioteca Jurídica Online, DC1FAD, 09/09/2015; Falbo, S., *Protocolo digital. Nuevas tecnologías y función notarial*, Revista Notarial, N° 979, Colegio de Escribano de la Provincia de Buenos Aires, enero/abril 2015; Guini, Leonor, *Aspectos jurídicos del mercado de firma digital en Argentina*, elDial Biblioteca Jurídica Online, DC215C, 13/07/2016; Chomczyk, Andrés, *Reflexiones sobre el incipiente marco legal de la industria Fintech en Argentina*, Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías, Universidad de San Andrés, N° 1, ps. 61-69). De admitirse lo primero, la suerte de este planteo sería inevitablemente adversa, en razón a que, en el contexto del examen inicial que el juzgado debe efectuar para evaluar si existe título ejecutivo o un documento susceptible de ser reconocido como tal, tendría ante sí un “instrumento no firmado” sin ningún efecto obligacional para las partes, al menos con la autosuficiencia que exige la ley ritual para el emplazamiento ejecutivo (art. 287, segundo párrafo, Cód. Civ. y Comercial). Importantes argumentos se brindan en apoyo de una y otra tesis, bien que aun si se compartiese la posición amplia que interpreta que ambas nociones siguen coexistiendo en razón a que la mención que efectúa el nuevo código a “firma digital” no lo es en el sentido estricto que le da el art. 2º de la ley 25.506, sino que lo dirimente para considerar la existencia de firma, ya sea electrónica o digital, se apoyará en la circunstancia técnica de si existió o no en el caso concreto un mecanismo tecnológico que dé seguridad sobre su “autoría” e “integridad”, lo cierto es que la conclusión a la que voy a arribar, igualmente no habría de modificarse.

Y ello, pues para concluir que existe un instrumento particular firmado mediante una firma que no fuera “digital”, según la interpretación más amplia, sería necesario demostrar previamente a la luz del citado art. 288, como recién lo destacué, si el mecanismo implementado asegura indubitablemente la autoría e integridad del documento, lo cual requeriría la realización de un peritaje informático –quebrando la secuencia natural del proceso ejecutivo– destinado a pronunciarse sobre el procedimiento técnico aplicado para la creación de la firma electrónica invocada que se habría empleado en este contrato de mutuo electrónico y en particular si ese procedimiento asegura aquellos dos aspectos (no incluyo al pagaré porque, aunque se lo menciona, no se funda en él la presente acción). Solo así –esto es, realizando el peritaje– se podría estar en condiciones de tener por satisfecho el requisito de la firma, indispensable no solo para el emplazamiento ejecutivo sino también para la preparación de esta vía previa, pues de lo contrario, también en este caso, estaríamos en presencia de un instrumento particular no firmado (Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., ob. cit., 65-69; Chomczyk, Andrés, ob. cit., p. 67; Mora, Santiago J., Documentos digitales, firmas digitales y firmas electrónicas. La evolución de su situación en Argentina, en *Fintech: aspectos legales*, CDYT, Colección Derecho y Tecnología, Buenos Aires, t. I, 2019, p. 127).

En otras palabras: si la falta de firma en un documento que debió haber exhibido una rúbrica ológrafa conducirá al necesario rechazo de la vía ejecutiva por no poder verificarse una exteriorización de voluntad de contenido obligacional emitido por quién se le está adjudicando la calidad de deudor; forzoso es concluir –empleando el mismo razonamiento lógico que encuentro no es posible soslayar en este marco ejecutivo, al menos en el caso de la firma electrónica– que cuando el acto jurídico fue concertado en el “mundo digital”, solo podrá reconocerse una expresión de voluntad de similar contenido obligacional al que surgiría en el caso de una firma ológrafa, si puede identificarse una firma de acuerdo con lo establecido por el citado art. 288, que asegure la autoría e integridad del documento así creado.

No encuentro que venga a superar lo así interpretado la alusión que el art. 5° de la ley 25.506 efectúa acerca de que la firma electrónica, en caso de ser desconocida, haga cargar la acreditación de su validez en quién la invoca, puesto que en la especie, la objeción que estoy poniendo de relieve ante el pedido de preparación de la vía ejecutiva, no deriva de descartar que ella pueda ser válida y producir los efectos propios de una firma ológrafa, sino si, aun pudiendo ser válida de acreditarse su autoría e integridad por los pertinentes medios técnicos, ese análisis puede tener cabida en el marco ejecutivo, o como seguidamente lo señalaré, debe ser necesariamente dilucidado en el contexto de un proceso ordinario.

Se sostiene sobre esta situación que “... [e]n estos supuestos, el documento electrónico no goza de la presunción de autoría e integridad, ni tampoco de la inversión de la carga probatoria. Es por ello, que en caso de desconocimiento o rechazo de firma electrónica, quien alegue su existencia y validez deberá adoptar las medidas probatorias necesarias para demostrar la autoría de la misma por parte del proveedor, lo que resultaría extremadamente dificultoso...” (Chomczyk, Andrés, ob. cit., p. 66) o en igual inteligencia que “... un documento telemático con firma electrónica ingresará al proceso bajo el carácter de principio de prueba instrumental y se convertirá en un elemento probatorio de carácter indiciario y complejo, dado que requiere de una producción conexas y acumulativa de pruebas para verificar su veracidad, integridad, autenticidad y contenido, con el objeto de que pueda procurar formar convicción en el juez. Empero, una vez reconocida o probada la autoría del instrumento, opera un perfeccionamiento de la previsión legal, desplazando al documento incompleto y dando lugar a un instrumento plenamente válido en los términos de los arts. 287 y 314 del Cód. Civ. y Comercial” (Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., ob. cit., p. 69).

De este último punto se desprende el segundo aspecto que completa la complejidad que exhibe el asunto y que se relaciona con la posibilidad de que esa indagación para concluir sobre la existencia de “firma electrónica” pueda ser canalizada como paso previo a citar al ejecutado en los términos del art. 526 del Código Procesal, una vez que pueda concluirse, en principio inaudita parte, la existencia de “firma” en los términos indicados.

Dicha posibilidad es la que a mi juicio excedería el trámite de este tipo de procesos y la facultad jurisdiccional de evaluar si se está frente a un título ejecutivo, de conformidad con lo establecido en el art. 531 del Código Procesal.

Es que en materia de títulos ejecutivos, como lo destaqué al comienzo de mi razonamiento, tiene relevante importancia la autosuficiencia de los títulos a los que el legislador les reconoce esa habilidad para reclamar derechos creditorios en un marco procedimental expedito, finalidad que se logra no solo sujetando la impugnabilidad de aquellos a reducidas hipótesis, sino además consagrando también un procedimiento refractario al debate causal y a la producción de prueba adicional diversa a la documental.

Desde esta perspectiva, no parece posible admitir, con el ánimo de adaptar el procedimiento a nuestra actual normativa de fondo, la realización de un complejo peritaje informático que dictamine sobre los presupuestos del art. 288 del Cód. Civ. y Comercial, con el objetivo de poder considerar al invocado documento en soporte electrónico y que estaría firmado a su vez electrónicamente, como un instrumento privado.

Interpretar lo contrario, en mi parecer, estaría subvirtiendo la estructura lógica de este tipo de proceso y conduciría, reflexionando sobre las consecuencias que en el expediente derivarían de ese proceder, a que en los hechos se produzca una ordenarización absoluta de su trámite, provocando un menoscabo al derecho de defensa del deudor, ya que no solo no se estaría respetando la bilateralidad en la determinación de si existe o no título ejecutivo, a punto tal que aquel no participaría en la producción anticipada de ese peritaje que se llevaría adelante inaudita parte –claro está, que siguiendo la secuencia lógica de este proceso, la evaluación de la existencia de título ejecutivo se efectúe previo a la citación de la presunta deudora–, sino que además se estaría permitiendo un debate causal sobre la “integridad” del documento electrónico sin las reglas rituales específicas para viabilizar judicialmente estos conflictos que exigen profusa prueba. Digo más: también en caso de habilitar la participación inicial del deudor en el peritaje, incluso si con ello se estuviera superando la objeción del trámite inaudita parte que señalé, se estaría dando lugar –igualmente– a una instancia probatoria impropia del juicio ejecutivo, sujetándola a reglas creadas por el tribunal en vez de someter semejante reclamo a las naturales formalidades del proceso ordinario.

Por esa razón, aun reconociendo las facultades ordenatorias generales en cabeza de los jueces para ajustar el reclamo de los derechos de los particulares a las vías procesales disponibles, de todo lo dicho se desprende que en la especie, estrictamente, no se trataría de una mera adecuación al tratar de insertar esta pretensión en un marco ejecutivo, sino que lo que se estaría llevando a cabo es la regulación de un esquema procedimental no previsto por el legislador para una fenomenología tampoco contemplada en el código de rito y que, en aspecto decisivo para la solución de caso, además de desvirtuar con estas necesarias adecuaciones la esencia de la vía pretendida, se estarían provocando –e insisto en este punto– una afectación de los derechos del ejecutado.

Máxime cuando con este tipo de plataformas Fintech, muy posiblemente –como incluso parece haber sucedido en la especie– se estarán canalizando operaciones de crédito para consumo sujetas a las específicas reglas de orden público de la ley consumeril (art. 65, ley 24.240), entre ellas, las presunciones que debieran interpretarse a favor de los eventuales deudores-consumidores (arts. 3 y 37, también de la ley 24.240).

Esto refuerza mi razonamiento respecto a descartar que, ante una citación a reconocer firma que debiera ser de un título autosuficiente aunque sujeto a ese paso formal previo, sea válido generar una presunción no legal sobre la existencia de una firma electrónica que la propia ley, para reconocerla como tal y equipararla a la ológrafa, exige que indubitadamente se esté asegurando la autoría e integridad, presunción que entonces sería en contra del deudor-consumidor y en un contexto en que la ley 25.506 pone en cabeza de quién la invoca la acreditación de sendos aspectos, con la grave implicancia que, a diferencia de un juicio ordinario, la vía ejecutiva podría dar lugar al dictado inmediato de medidas cautelares en procesos que, por lo general, los deudores terminan siendo notificados “bajo responsabilidad de la parte actora” y/o afectados cautelarmente sin haber comparecido jamás al expediente.

Por lo demás, no encuentro pertinente intentar sortear estas objeciones en la ponderación inicial del documento telemático y con firma electrónica, disponiendo igualmente la citación a las resultas de esperar ver si el presunto deudor desconoce o no la invocada firma electrónica, siendo que con ello, aun pareciendo un razonamiento que simplificaría la cuestión, se estaría emplazando a reconocer una firma respecto de un documento informático que, en ese contexto, el órgano jurisdiccional no tiene ningún elemento valorativo para concluir que se encontrase firmado mediante una firma electrónica.

Lo así dicho no implica ni mucho menos desconocer la posibilidad de que los derechos invocados sean reclamados, pero para ello, ante la falta de exhibición de un título ejecutivo autosuficiente o de un documento susceptible de convertirse en tal mediante el cauce previsto por el citado art. 526, el trámite natural para promover este tipo de reclamos deberá ser el ordinario, contexto en el que cobrará otro valor, tanto la eventual consecuencia de la falta de desconocimiento que se desprende del art. 5 de la Ley de Firma Digital como la posibilidad de ejercer la facultad jurisdiccional propia de esta materia que confiere a los jueces el art. 319 del Cód. Civ. y Comercial.

3. A todo lo hasta aquí dicho adicionaré un último argumento de no menor valor para este caso, ya que aun de no compartirse lo que vengo diciendo, igualmente impondría el rechazo de la pretensión inicial en los términos en que se encuentra documentada.

Me estoy refiriendo a que el actor no ha acompañado con su demanda el o los instrumentos en los cuales aquel sostiene se habría plasmado el contrato de mutuo. Adviértase que el propio actor explica que el proceso negocial se habría representado en soporte electrónico. No obstante, solo ha acompañado impresiones de aquellos supuestos instrumentos que menciona, las cuales solo podrían ser considerados instrumentos particulares no firmados (art. 287, segundo párrafo del Cód. Civ. y Comercial) no susceptibles de habilitar el procedimiento de preparación de vía ejecutiva.

Para justificar tal aserto, corresponde remitir, por lo pronto, al art. 6 de la ley 25.506 en cuanto define el documento digital o electrónico como “la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo”, o el art. 286 del Cód. Civ. y Comercial que, al aludir a la expresión escrita, establece que “puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido pueda ser interpretado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”, puesto que ambas disposiciones ponen en evidencia que aun si se aceptase la preparación de la vía ejecutiva en el caso de la firma electrónica, la manera en que se quiso acreditar la existencia de esa operación ocurrida sobre una plataforma informática Fintech, resultó improcedente al no haberse aportado la representación digital de lo ocurrido también sobre una plataforma digital, informática y/o electrónica, en conceptos que, a estos efectos, pueden emplearse indistintamente.

Y ello, pues los ocurrido en el “mundo digital” no puedo haber dado lugar a la mera impresión de copias emitidas unilateralmente por la acreedora, que de ningún modo están acreditando por sí sola la existencia de los hechos narrados, tecnologías empleadas, negocio supuestamente concertado con la ejecutada, y por todo lo anterior, su autoría atribuible a la ejecutada e integralidad de su contenido. Lo hipotéticamente correcto para documentar la expresión escrita digital, serían soportes como un diskette, pendrive, cd, etc., que hubiesen servido para representar esa información, aunque para su comprensión, en términos del citado art. 286 de la actual codificación de fondo, hubiera sido necesario el empleo de la “medios técnicos”, como lo sería una PC u ordenador personal (Mora, Santiago J., Documentos digitales, firmas digitales y firmas electrónicas. La evolución de su situación en Argentina, en *Fintech: aspectos legales*, CDYT, Colección Derecho y Tecnología, Buenos Aires, T. I, 2019, p. 126).

Se explica, en tal sentido, que “... el documento electrónico es aquel que ha sido creado sobre un ordenador, grabado en un soporte informático y que puede ser reproducido, definiéndoselo –también– como un conjunto de campos magnéticos, aplicados a un soporte, de acuerdo con un determinado código. Tratándose del conjunto de impulsos eléctricos ordenados, que son materialización de una representación que es generada de forma ordenada, respetando un código y con la intervención de un ordenador; conjunto de impulsos electrónicos que es –a su vez– almacenado en un soporte óptico, magnético o electrónico que finalmente, gracias al mismo u otro ordenador y al resto de los componentes (software y hardware) es decodificado y traducido a un formato comprensible a simple vista; así, habrá documento electrónico independientemente de que registre o no hechos jurídicamente relevantes o de la posibilidad o no de su traducción al lenguaje natural...” (Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., ob. cit., p. 56), y por eso se diga también, que el documento digital firmado digitalmente –o en nuestro caso, según se sostiene, electrónicamente– “... es intangible, no se puede ‘tocar’ como el papel, no se puede oler, no se puede arrugar, no se puede percibir al tacto. Pero, sin embargo, se encuentra ahí y tiene el mismo valor legal y probatorio que el formato papel firmado olográficamente...” (Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., ob. cit., p. 58).

De ahí que sea conteste la doctrina especializada, en cuanto a que es “... la modalidad que más se puede observar en la práctica tribunalicia, es decir, presentar una impresión junto al resto de la documental, sin mayores aditamentos. Este sistema adolece de la gravísima dificultad de comprobar la autoría y la integralidad del mensaje. Dicho en términos más sencillos, esa impresión tiene idéntica validez que la que podría tener un documento redactado utilizando un procesador de texto, y luego impreso. Resulta prácticamente imposible saber si la otra parte ha tomado intervención en la generación del documento, y en todo caso, si ha hecho alguna manifestación de voluntad respecto al texto contenido en el mismo. El valor de este documento impreso y presentado sin más parece a todas luces inexistente. Claro que siempre está abierta la posibilidad de que la parte contraria omita negar la validez del documento presentado, en cuyo caso será un documento consentido, asimilable –entendemos– al instrumento particular sin firma...” (Molina Quiroga, Eduardo, Eficacia probatoria de las comunicaciones electrónicas, en Granero, Horacio R. (dir.), *E mails, chats, WhatsApp, SMS, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral*, elDial, Buenos Aires, 2019, ps. 58/59).

En igual sentido se ha expresado “... las impresiones de documentos electrónicos no constituyen más que una prueba tradicional en soporte papel, que no participa de ninguna de las características que invisten a la prueba de origen electrónico, y por lo cual, carece de toda aptitud para acreditar la existencia de la misma...” (Bielli, Gastón E. - Ordoñez,

Carlos J., ob. cit., p. 187; íd. Altmark, Daniel Ricardo - Molina Quiroga, Eduardo, Tratado de Derecho Informático, La LEY, Buenos Aires, T. I, 2012, ps. 751/752).

A partir de lo expuesto, hoy el expediente no cuenta, entonces, más que con unas meras impresiones simples, las cuales, con prescindencia de todo lo más arriba dicho, en sí mismas solo pueden ser consideradas como instrumentos particulares no firmados, in-sisto, sin ningún valor obligacional en este marco ejecutivo, ni siquiera para dar lugar a la preparación de la vía ejecutiva.

En consecuencia, resuelvo: 1) Rechazar la preparación de la vía ejecutiva en base a la documentación acompañada; 2) Imprimir a las presentes actuaciones el trámite de juicio ordinario (art. 319, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 3) De modo previo a correr traslado de la demanda, cúmplase con la mediación previa obligatoria. 4) Notifíquese por Secretaría y regístrese. *Vivian Fernández Garelo.*

Compraventa judicial no es subasta, no corresponde su protocolización*

Maritel M. Brandi Taiana

RESUMEN

Los requisitos de título y modo suficientes de nuestro sistema deben ser cumplidos a rajatabla para que se produzca la adquisición, derivada y por actos entre vivos, de un derecho real; por ello, no tratándose del caso de excepción previsto en la ley (subasta de inmuebles proveniente de ejecución judicial o administrativa [art. 1017 inc. a CCCN]), cuando el acto jurídico causal es la venta y el objeto un inmueble, la forma de que debe estar revestido para que produzca todos sus efectos es la escritura pública. Por su parte, la liquidación de bienes que se da en el marco de un proceso falencial no se produce por subasta, de modo que no constituye un caso de excepción. En este sentido, contamos con un interesante dictamen, en el que se abordan este tema y la forma de subsanación, que ponemos a disposición de nuestros lectores.

PALABRAS CLAVE

Subasta de inmueble; liquidación de bienes en la quiebra; forma de escritura pública; venta de inmueble.

Sesión del Consejo Directivo que dispone publicación: 5/9/2019, acta N° 4104

Sumario: 1. Doctrina. 2. Antecedentes y objeto de la consulta. 3. Normativa y doctrina aplicable. 4. Conclusión.

1. Doctrina

- La transmisión del derecho real de dominio exige el cumplimiento de los requisitos de título y modo.
- En el caso de quiebra de la parte vendedora, es el síndico quien debe otorgar la escritura de transmisión a título de venta, una vez autorizada la misma judicialmente.
- Ante la falta de otorgamiento de la correspondiente escritura a título de venta, no cabe ratificación de un acto que no tuvo lugar sino su debido otorgamiento a fin de subsanar el defecto existente.

* Dictamen producido por la escribana Maritel Brandi Taiana y aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 22/8/2019 (expediente 16-01364-19).



2. Antecedentes y objeto de la consulta

Se presenta una consulta respecto de una escritura antecedente de fecha 13 de diciembre de 2006 de “protocolización de compraventa judicial”, otorgada en forma exclusiva por los compradores por boleto de un inmueble tras la aprobación judicial de la escrituración a su nombre. En dicha escritura se transcriben las actuaciones judiciales y se afecta al régimen de protección de bien de familia el inmueble objeto de la misma a favor de los compradores. El documento obtuvo emplazamiento registral.

En escritura pública de 18 de agosto de 2011, se instrumenta una venta de parte indivisa de un condómino a favor del restante.

En escritura pública de 24 de julio de 2017, la única titular registral constituye derecho real de usufructo a favor de sus hijos.

Ambas escrituras fueron inscriptas en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Advertido el defecto originario que tuvo lugar al omitirse el otorgamiento de la escritura cotraslativa de dominio habiéndose limitado al otorgamiento de una escritura de mera protocolización de actuaciones, con fecha 16 de julio de 2019 se otorga “escritura ratificatoria de escritura de protocolización de compraventa judicial”, en la que comparece el síndico de la quiebra y se relatan las escrituras antecedentes otorgadas oportunamente.

Surge del relato y disposición de la última escritura que

... por un error involuntario se omitió hacer comparecer a la sindicatura a la escritura mencionada en el inciso Primero precedente, a los efectos de que formalizase la transferencia de la unidad de referencia a favor de los Señores [...] y [...]. EN ESTE ESTADO, y en virtud de los antecedentes referidos, los comparecientes resuelven: A) RATIFICAR, todos ellos, los actos referenciados en la supra cláusula primera, declarándose que [...] COOPERATIVA MAYO HOGAR LIMITADA DE VIVIENDA Y CONSUMO ratifica la transferencia de DOMINIO a favor de los Señores [...], no teniendo nada que objetarse ni observarse al respecto [...] a todo evento se transcribe en su parte pertinente la resolución dictada a fajas 28.366 de los autos caratulados “[...] s/ quiebra” [...] “ratificación de la escrituración oportunamente ordenada...”

La consulta formulada en este expediente pretende conocer la opinión de esta comisión respecto de la ratificación instrumentada en la última escritura relacionada y su suficiencia a los efectos de subsanar el defecto originario en el negocio jurídico de compraventa celebrado, en el que, en lugar de otorgarse una escritura cotraslativa de dominio, se otorgó una protocolización de actuaciones sin comparecencia del síndico de la quiebra, pretendiendo darse a este último acto el carácter de título transmisivo del derecho real de dominio.

Adelantamos, al respecto, nuestra opinión negativa.

3. Normativa y doctrina aplicable

Dispone el artículo 369 del [Código Civil y Comercial](#) (en adelante, “CCCN”):

Ratificación. La ratificación suple el defecto de representación. Luego de la ratificación, la actuación se da por autorizada, con efecto retroactivo al día del acto, pero es inoponible a terceros que hayan adquirido derechos con anterioridad.

En opinión del escribano Natalio Etchegaray en su comentario al referido artículo (formulado en el Código Civil y Comercial comentado dirigido por Eduardo Gabriel Clusellas),

... la ratificación es el remedio que brinda el derecho a la utilización de una representación insuficiente o a una representación “aparente” (art. 367), o a un contrato de mandato sin representación (art. 1321) y fundamentalmente a la gestión de negocios (art. 1784).

Claramente, la ratificación la otorga la persona en cuyo interés se realizó el negocio jurídico habiéndose obviado, total o parcialmente, acreditar su representación.

Señalan Luis Álvarez Juliá y Ezequiel Sobrino Reig en su comentario al artículo (en el Código Civil y Comercial comentado dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina) que

... la ratificación suple los defectos de la representación. Es decir que vendrá a purgar aquellos defectos de que adolezca un acto llevado a cabo por un representante vicioso.

Ratificar es aprobar, tener por bueno un acto hecho por otro. El negocio celebrado así no es inválido, se mantiene en suspenso y se encuentra en situación semejante al sometido a condición. (CNCiv., sala D, ED, 92-369)

En el caso sub-examine, la titular dominial quebrada que debió otorgar la escritura pública cotraslativa de dominio no fue deficientemente representada sino que no intervino en el título de transmisión del dominio, y ningún tercero actuó en su nombre y/o de su cuenta. Los compradores por boleto se limitaron a transcribir en escritura las actuaciones judiciales. Por lo tanto, no cabe ratificación alguna de un acto no otorgado. Por otra parte, el artículo 1892 del Código Civil y Comercial es claro cuando indica que

La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real.

Coincidimos con el consultante en que tampoco podría tratarse de una confirmación del acto dado que, tal y como expone el artículo 393 CCCN,

Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad.

En este caso, falta que la vendedora, originaria titular dominial, otorgue la escritura transmisiva a título de venta, y la subsanación del negocio jurídico solo puede ser alcanzada con dicho otorgamiento y no con la ratificación de una escritura de protocolización ni con su confirmación por cuanto no hay acto a ratificar ni confirmación que otorgar.

Expone el escribano consultante que tal vez podría entenderse que, cuando el síndico y los compradores por boleto manifestaron que “ratificaban”, en realidad tuvieron la intención de otorgar el título correspondiente al derecho real que querían transmitir.

Lo cierto es que, tratándose de un negocio jurídico otorgado en sede notarial, debidamente autorizado en vía judicial, con la intervención reciente del síndico de la entidad quebrada, no pareciera razonable ni conveniente recurrir a la vía interpretativa

para forzar una subsanación defectuosa del título. Por otra parte, tampoco pareciera adecuado aplicar al caso el instituto de la conversión. Dicho instituto, contemplado en el artículo 384 CCCN, dispone que

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

La ratificación otorgada no es nula sino que es incorrecta como forma de subsanación del negocio jurídico pendiente de otorgamiento. Por lo tanto, tampoco coincidimos en que la conversión pueda ser una vía apta para tener por otorgado el título que requiere la transmisión del derecho real de dominio.

4. Conclusión

A la luz de los antecedentes expuestos, la normativa vigente y la opinión doctrinaria citada y no controvertida, es requisito indispensable el otorgamiento de escritura pública cotraslativa de dominio a los efectos de proceder a la transmisión del dominio del inmueble objeto de las escrituras relacionadas. Con el respectivo otorgamiento podrán subsanarse las restantes transmisiones que tuvieron como antecedente la escritura de protocolización individualizada.

Las entidades organizativas internacionales. Los organismos internacionales y su diferencia con los actores globales

Leopoldo M. A. Godio

RESUMEN

La presente investigación identifica el origen y la evolución de las organizaciones internacionales, junto a los caracteres que le individualizan respecto de otros sujetos que actúan en la comunidad internacional. Asimismo, se analizan sus habituales estructuras de constitución y funcionamiento, complementados con los acuerdos de sede y sus privilegios e inmunidades. Por otra parte, el texto identifica y señala las diferencias con otras entidades de interés como las empresas transnacionales, las empresas multinacionales y las organizaciones no gubernamentales, aclarándose que su ausencia de subjetividad internacional no importa omitirlas totalmente, ya que presentan una creciente actuación en un mundo globalizado. En definitiva, las entidades analizadas en sus diferentes ámbitos de actuación y reconocimiento –ya sea local, regional o internacional según corresponda– son consecuencia de un sistema internacional coordinado a obtener respuestas para alcanzar metas acordadas por sus operadores. La creciente participación de la sociedad civil en la gestación, elaboración, implementación y observancia de las políticas públicas desde los Estados han cuestionado el rol clásico de las entidades no estatales, habilitando un rol protagónico de actores que se desempeñan en otros niveles de interacción internacional. Su replanteamiento es un debate que merece mayor análisis, a fin de superar, o al menos repensar, la necesidad de contar con ámbitos históricamente vedados y zonas de actuación que actualmente son restringidas.

PALABRAS CLAVE

Derecho público; subjetividad internacional; entes no estatales; actores internacionales.

Fechas de recepción y aceptación

9/10/2019 - 13/12/2019

Sumario: 1. Introducción. 2. Caracteres, origen, y evolución de las organizaciones internacionales. Su subjetividad. 3. Tipos de organismos internacionales. Estructura y funcionamiento. 4. Recursos necesarios para la actuación de los organismos internacionales: acuerdo de sede, funcionarios, privilegios e inmunidades. 5. Diferencias entre las organizaciones internacionales y otros actores no estatales que influyen en el derecho internacional: las empresas transnacionales y las organizaciones no gubernamentales de alcance global. 5.1. Las organizaciones no gubernamentales de alcance glo-



bal. 5.2. Las empresas multinacionales ante el derecho internacional público. 6. Reflexiones finales. 7. Bibliografía.

1. Introducción

Las organizaciones internacionales representan una consecuencia de las conferencias diplomáticas europeas del siglo XIX, en las cuales los Estados conformaron modos de colaboración efectivos para alcanzar un óptimo desarrollo entre las naciones, especialmente en cuanto a la cooperación en materia de servicios públicos, como telégrafos y el correo postal. Sin embargo, su reconocimiento constituye un camino gradual y paulatino que no se encuentra exento de debates contemporáneos en materia de ampliación de competencias a través de la posibilidad de reconocerles “poderes implícitos” o la necesidad de diferenciarlas de las organizaciones no gubernamentales (en adelante, “ONGs”) de alcance global o las empresas multinacionales o transnacionales, las cuales no poseen carácter de sujetos del sistema internacional –capacidad que otorga el propio sistema internacional y no los ordenamientos locales– sino que son actores que influyen en su operatoria habitual y el desarrollo normativo.

En las presentes líneas, se realizarán algunas precisiones conceptuales respecto los tres tipos de entidades señaladas y las razones por las cuales solo las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional.

2. Caracteres, origen, y evolución de las organizaciones internacionales. Su subjetividad

Las organizaciones internacionales son, por su función, entes creados por los Estados u otros sujetos de derecho internacional –a través de tratados–, dotados de una subjetividad propia –es decir, personalidad jurídica internacional–, con el objeto de establecer instituciones, reglas y formas de cooperación para la consecución de un fin particular común a aquellos en el ámbito internacional. Su aparición en la última llamada etapa del “derecho internacional clásico”¹ y dentro del sistema westfaliano de Estados² podría situarse en la segunda mitad del siglo XIX y considerarse más bien tardía ya que su reconocimiento como sujetos del sistema se consolida recién en 1949, con el famoso dictamen jurídico de la Corte Internacional de Justicia referido a la reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas.³

1. MONCAYO, Guillermo R., VINUESA, Raúl E. y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Zavalía, 1990 (3ª reimp.), pp. 16-17.

2. Caracterizado por un eurocentrismo y una ausencia de instituciones comunes, traducándose en un simple conjunto de Estados que coexistían gracias a un equilibrio de poder –a modo de ensayo a través de las alianzas posteriores al Congreso de Viena de 1815– durante el denominado Concierto Europeo, en cierta medida un escenario precursor de las organizaciones internacionales que surgieron posteriormente, sin perjuicio de carecer aquel de una carta fundamental, así como de una sede o de órganos permanentes. Ver BARBOZA, Julio, *Curso de organismos internacionales*, Buenos Aires, Zavalía, 2017, pp. 10-11.

3. Fue requerida por la Asamblea General de las Naciones Unidas como consecuencia del atentado que en Jerusalén le quitó la vida al conde Folke Bernadotte (mediador de la organización) y otros funcionarios que lo

En esa centuria que comprende la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siguiente, la relación colaborativa-cooperativa interestatal comenzó a asumir la realización de

... reuniones periódicas y conferencias multilaterales que aumentaron en frecuencia y volumen, y con el tiempo adquirieron sede y secretariado de carácter permanente y una agenda de trabajo proyectada hacia el mediano y largo plazo.⁴

Es en este contexto que surgen las primeras organizaciones internacionales, que en esa época era entendidas como derecho administrativo internacional, signadas por la cooperación entre los servicios públicos estatales cuyos efectos trascendían la frontera de un Estado, tales como los servicios de correos y de telégrafos, así como respecto de la administración de recursos comunes compartidos, por ejemplo, a través la navegación y utilización de ríos.⁵

Estos valiosos antecedentes –ya que ninguna institución surge *ex nihilo*⁶– permiten comprender la estructura de la comunidad internacional como una consecuencia de las experiencias anteriores y un antecedente de los diseños posteriores. De este modo, así como la Sociedad de las Naciones⁷ es, de algún modo, una continuación del

acompañaban, con el fin de conocer si la ONU poseía capacidad para presentar una demanda internacional contra el Estado responsable para obtener reparación por los daños causados a la organización y a la víctima. La Corte Internacional de Justicia opinó, 11/4/1949, que la organización poseía subjetividad internacional para actuar y que, en consecuencia, contaba con capacidad para demandar internacionalmente por los daños que había sufrido tanto la organización como sus funcionarios en servicio, así como las personas afectadas a través de ella, sin perjuicio de la protección diplomática que puede ejercer el Estado nacional correspondiente. En otras palabras, la Corte reconoció que el derecho internacional le otorgó a la organización no solo los poderes expresamente establecidos en la Carta sino todos aquellos esenciales para el desempeño de sus funciones (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, “Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion”, en *I.C.J. Reports 1949*, p. 174 [N. del E.: ver su síntesis aquí: A, y en español B {pp. 10-11}; fuente: ONU; última consulta: 21/4/2020]).

4. BARBOZA, Julio, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 11.

5. Para un análisis sobre las razones que motivan a los Estados a realizar concesiones mutuas en materia de administración y uso aguas compartidas –superando las llamadas teorías de la “soberanía territorial absoluta” y la “integridad territorial absoluta”– con especial referencia al uso del río Grande entre Estados Unidos y México, ver TANZI, Attila M., *Derecho internacional. Una introducción*, Buenos Aires, Astrea-G. Giappichelli Editore, 2019, pp. 4-6. Al respecto, Barboza destaca que durante este período se crearon las famosas “uniones administrativas”, como la Unión Telegráfica Internacional (1865), la Unión Postal Internacional (1874), la Unión para la Protección de la Propiedad Industrial (1883, complementada al año siguiente con la protección de la propiedad literaria y artística), la Unión para el Transporte Internacional por Ferrocarril (1890) y la Oficina Internacional de Salud Pública (1890), y aclara que aquellas “funcionaban a través de una asamblea periódica y de un secretariado permanente que aseguraba la continuidad de su acción” (BARBOZA, Julio, ob. cit. [cfr. nota 2], p. 12).

6. BARBOZA, Julio, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 13. Incluso, si se analiza la institución del uso de la fuerza colectiva, sus antecedentes se remontan a siglos antes de la propia creación de las Naciones Unidas y encuentra sustento en el sistema griego de las Ciudades-Estado (ver DRAPER, G.I.A.D., “Planes europeos en pro de una paz perpetua y su impacto en el derecho de la guerra”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 4, Issue 36, 1979, pp. 283 y ss. [N. del E.: ver aquí; fuente: <https://international-review.icrc.org/>; última consulta: 21/4/2020]). Según Caratini, hasta el siglo V a.C., estos microestados independientes, donde florecían en gran número brillantes inteligencias, poseían un territorio que se limitaba a una ciudad, generalmente, rodeada de murallas y a los campos circundantes (ver CARATINI, Roger, *Alejandro Magno*, Barcelona, Plaza & Janés Editores, 2000, p. 22).

7. Constituye la primera parte del Tratado de Paz de Versalles (1919), suscripto, por un lado, entre las potencias aliadas y asociadas vencedoras y, por el otro, Alemania. El instrumento creó, por primera vez en la historia, una asociación general de naciones con vocación de universalidad a todos los Estados del mundo. También se le conoce como Liga de las Naciones, siendo esta denominación una consecuencia de la traducción del original inglés *League of Nations*, aunque posteriormente prevaleció la expresión “Sociedad”, como consecuencia del original francés

funcionamiento del Concierto Europeo,⁸ las Naciones Unidas suceden a la Sociedad de las Naciones con su capital jurídico y político, tomando su experiencia y sus errores y aciertos, cuyo balance puede considerarse positivo.⁹

Al finalizar, en 1945, la Segunda Guerra Mundial y aprobarse posteriormente, en San Francisco, la Carta de las Naciones Unidas, esta nueva entidad constituye el mejor intento de una coordinación universal de la comunidad internacional –una armonización de los esfuerzos de las naciones, al menos hasta el momento–, no sin críticas, errores y defectos. El objetivo de las Naciones Unidas radica en mantener la paz y la seguridad internacionales, promover la cooperación entre los Estados y fomentar el desarrollo del derecho internacional.¹⁰

Es casualmente la Organización de las Naciones Unidas (ONU) la que define el debate a favor de la aceptación de las organizaciones internacionales como sujetos del derecho internacional –superando el reconocimiento efectuado por el Comité Internacional de la Cruz Roja a la Sociedad de las Naciones, considerando a esta última como un ente distinto de los Estados que la conformaban¹¹– a partir de la opinión consultiva solicitada por la asamblea general de la propia organización a la Corte Internacional de Justicia, cuyo dictamen fue realizado en 1949, tal como señalásemos anteriormente.¹² La

Société des Nations (Ver DÍAZ CISNEROS, César, *Derecho internacional público*, t. 1, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1966 [2ª ed.], p. 135).

8. Para una reseña histórica de la evolución del derecho internacional durante este período, ver TRUYOL, Antonio, *Fundamentos de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1970 (3ª ed.), pp. 146 y ss. Este autor afirma que, a pesar de algunos éxitos en determinados asuntos como la protección de minorías y la celebración del plebiscito en Saar, la *Sociedad de las Naciones* fracasó en el conflicto chino-japonés y la guerra italo-etiope (ibidem, p. 159).

9. En efecto, Barboza así lo considera en atención a la vocación de universalidad, el régimen de mandatos, la protección de minorías y refugiados, así como la creación de nuevos organismos, tal el caso de la Organización Internacional del Trabajo (BARBOZA, Julio, ob. cit. [cfr. nota 2], pp. 15-18).

10. Ibidem, pp. 19-20.

11. Se trata de un hecho que evidenció la prestigiosa reputación del Consejero Jurídico de la Sociedad de las Naciones, el internacionalista argentino Luis A. Podestá Costa, quien en representación de la entidad y a solicitud de una de sus comisiones (puntualmente, la denominada Comisión de los Trece, presidida por Salvador de Madariaga), requirió al Comité Internacional de la Cruz Roja información sobre el desarrollo del conflicto armado entre Italia y Etiopía, entre 1935-1936, para determinar la existencia de violaciones a convenciones internacionales aplicables. El Comité, dirigido por el prestigioso jurista Max Huber, se negó inicialmente al pedido invocando su neutralidad y desconociendo, de este modo, el carácter de sujeto de derecho internacional de la Sociedad de las Naciones. Podestá Costa contestó argumentando que el Comité era una asociación civil regida por el Código Civil suizo y dedicada a las distintas relaciones entre las diferentes sociedades nacionales de la Cruz Roja, por lo que se trataba de una institución privada de interés público mientras que, por otra parte, la Sociedad de las Naciones era un organismo interestatal creado por los Estados, por lo que no era una parte en el conflicto armado, dejando en evidencia que Huber aún se encontraba en un estadio anterior del desarrollo del derecho internacional público (ver GUYER, Roberto E., “Luis A. Podestá Costa”, en *Colección Los Diplomáticos*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 1993, p. 22). Sin perjuicio de lo anterior, Barboza señala que la Sociedad de las Naciones había sido reconocida por Suiza en un acuerdo del 28/6/1919 como anfitrión de la Sociedad, denominado *modus vivendi*, en el que “se estableció que la Sociedad gozaba de personalidad y capacidad internacionales y que, en principio, no podía, en virtud de las normas de derecho internacional, ser enjuiciada ante los tribunales suizos sin su consentimiento” (BARBOZA, Julio, ob. cit. [cfr. nota 2], p. 36, nota 8).

12. Amerasinghe advierte que, sin embargo, la Comisión Europea fue señalada como una institución no-estatal por parte de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Al respecto, afirmó que la comparación de la Comisión con un Estado y considerarle con capacidad de ejercer funciones con consecuencias internacionales equivalía a admitir que se estaba frente a algún tipo de personalidad jurídica internacional con derecho propio, pero limitada a un área geográfica. En efecto, el autor advierte que al reconocérsele personalidad jurídica a una organización internacional implica dotarle de derechos, deberes, poderes y responsabilidades, aunque el análisis de “qué” son estos derechos y “cómo” se establecen constituyen un debate posterior. (AMERASINGHE, Chittharanjan F., *Principles*

personalidad jurídica de las organizaciones internacionales consiste en la posibilidad que tienen estos entes de ejercer derechos y contraer obligaciones en el ámbito doméstico e internacional de acuerdo al objeto y las funciones que persiguen –también denominado principio de especialidad– según surja de modo expreso o indirecto de su instrumento constitutivo y que se traduce, según Barboza, en “una personalidad jurídica de alcances propios”.¹³

La Corte Internacional de Justicia, al reconocérsele subjetividad internacional a las organizaciones internacionales, afirmó que la ONU no era equiparable a un Estado, ni sus derechos u obligaciones son similares a los de aquel. La capacidad del ente se funda en la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones de carácter internacional, con el alcance y amplitud necesarios para cumplir efectivamente sus funciones, junto con la facultad de reclamar directamente por su propio derecho.¹⁴ Asimismo, la Corte aclaró que las Naciones Unidas no eran un “super Estado” sino que su capacidad se limita a lo necesario para el cumplimiento de los fines para las que fueron creadas, según los medios que le confiere la Carta de la ONU. La personalidad de la organización es también reconocida, en el ámbito interno, por los Estados miembros con los que celebra acuerdos de sede, aspecto no menor y que trataremos más adelante.

Adicionalmente, la personalidad de las organizaciones internacionales admite dos aspectos distintos: la extensión de su capacidad y su oponibilidad a otros sujetos. Al respecto, Barboza advierte que la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia parece inclinarse a favor de la personalidad jurídica de la ONU, cuando, en realidad, existe una personalidad objetiva de aquella, atento a que fue reconocida por los Estados con los que establecen relaciones. El mismo autor agrega que el mencionado principio de especialidad contiene un fundamento para la personalidad de las organizaciones internacionales pero impone restricciones simultáneas, de modo que su reconocimiento no se extiende ilimitadamente. En palabras de Barboza, al firmarse la Carta de San Francisco, en 1945, cincuenta Estados

... representando una vasta mayoría de la comunidad internacional, podían crear una entidad con personalidad internacional objetiva, más bien que reconocida solamente por tales [E]stados, con capacidad para presentar una reclamación internacional. Este pronunciamiento puede criticarse si se opina que, para ser oponible a terceros [E]stados que no son partes de la ONU, debe ser reconocida por dichos [E]stados...¹⁵

of the institutional law of international organizations, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 [2nd ed.], pp. 77-78).

13. BARBOZA, Julio, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 36.

14. En palabras de la Corte: “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, “Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion”, en *I.C.J. Reports 1949*, p. 178 [N. del E.: ver síntesis aquí: A, y en castellano B {pp. 10-11}; fuente: ONU; última consulta: 21/4/2020]).

15. BARBOZA, Julio, ob. cit. (cfr. nota 2), pp. 39-40.

3. Tipos de organismos internacionales. Estructura y funcionamiento

La actuación pública de los organismos internacionales y su creación por los Estados excluyen las entidades constituidas según los ordenamientos internos, incluso aquellas que tengan una función pública. No obstante, las organizaciones internacionales pueden clasificarse de distintas maneras, según diferentes criterios, y dependiendo de su ámbito de aplicación o del propósito para el que fueron constituidas.

Al respecto, pueden considerarse a aquellas como, por ejemplo:

- 1) Universales, regionales o bilaterales, según su integración por la totalidad de los Estados que integran la comunidad internacional o bien, por aquellos que compartan un área geográfica común o simplemente compuestas por dos Estados.
- 2) Generales o especiales, atento la especificación de sus funciones y competencias.
- 3) Supranacionales o de cooperación, según se establezcan cesiones de soberanía o se coordinen aspectos de distinta naturaleza de carácter intergubernamentales.¹⁶

Las acciones de los organismos internacionales se canalizan a través de la cooperación internacional, precisamente por el “espíritu colaborativo” que caracterizó su aparición en el ámbito internacional. Es posible establecer una tipología de estos entes a partir de los ámbitos de aplicación material o territorial que persiguen. Ello no es un tema menor, ya que a partir de aquellos es posible comprender la real extensión de las funciones y necesidades que habilitan –o condicionan, según se trate– los poderes expresos o implícitos del propio organismo internacional, ya que muchos de ellos no surgen explícitamente de los instrumentos constitutivos.¹⁷ No obstante, Barboza –citando a Cahier– advierte que la “teoría de los poderes implícitos” presenta algunos inconvenientes “puesto que un agrandamiento de los poderes, derechos y competencias de la organización puede no corresponder a la voluntad de sus fundadores”, y diferencia entre los casos de cooperación e integración económica, atento a la posible delegación de soberanía que presentan estos últimos. Asimismo, el autor advierte que el control de legalidad es dificultoso si uno acepta esta teoría, ya que siempre es posible argumentar que cualquier acto excesivo en apariencia resulta necesario para el ejercicio de las funciones de la organización. Recuerda, por caso, el rol de la asamblea general de la ONU en relación con el mandato otorgado a Sudáfrica respecto de Namibia, ya que, según Barboza, la Corte Internacional de Justicia consideró que aquel órgano podría adoptar,

16. Amerasinghe advierte que las organizaciones internacionales se pueden clasificar de numerosas maneras aunque realiza distinciones entre: 1) públicas, gubernamentales o interestatales y privadas; 2) abiertas o cerradas; 3) supranacionales o no-supranacionales; y 4) generales, funcionales o técnicas. Para encontrar una explicación sobre esta posible clasificación, con sus ejemplos concretos, ver AMERASINGHE, Chittharanjan F., ob. cit. (cfr. nota 12), pp. 9-13. Resulta útil la aclaración de Barboza, para quien todas las organizaciones internacionales establecen formas y grados de cooperación institucionalizadas, sin importar los sujetos que le conformen (BARBOZA, Julio, ob. cit. [cfr. nota 2], p. 51).

17. Para un análisis particular del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, ver SÁEZ ZAMORA, FRANCISCO, URABAYEN, Celina y VANZILLOTTA, Ornella F., “Viaje al centro del sistema. Legislación internacional y el Consejo de Seguridad”, en Rohr, Aldana (dir.), *Las facultades legislativas del Consejo de Seguridad: ¿El monstruo de Frankenstein o el Gran Leviatán?*, Avellaneda, SGN Editora, 2019, pp. 23-48.

en los temas que caigan en su competencia, resoluciones con carácter de decisión o que procedan de una intención de ejecución.¹⁸

En afirmación de la posible aplicación de esta teoría, Barboza sentencia que incluso la propia personalidad internacional de las Naciones Unidas no es más que una consecuencia implícita de su creación, y recuerda que, actualmente, la extensión de los poderes implícitos se encuentra contemplada en distintos acuerdos, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982), referido a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.¹⁹

4. Recursos necesarios para la actuación de los organismos internacionales: acuerdo de sede, funcionarios, privilegios e inmunidades

Al carecer de base territorial propia, las organizaciones internacionales se asientan en oficinas y representaciones a través de un acuerdo celebrado con un Estado anfitrión que acepte su establecimiento. Esa inserción es denominada específicamente como acuerdo de sede, y allí se reconocen, amplían o aclaran los privilegios e inmunidades que posee la organización internacional y su personal, así como las distintas facilidades para el desarrollo de su labor. Asimismo, Barboza advierte que, para cumplir con los objetivos de su creación, las organizaciones internacionales

... necesitan también tener personalidad jurídica en el territorio de cada uno de sus miembros. No debe confundirse esta subjetividad de la organización con la que tiene en el orden internacional: simplemente se refiere a la posibilidad de manejarse en el derecho interno de cada país miembro, como contratar, ser titular de derechos reales, estar en justicia, etc.²⁰

Es por esta razón que los acuerdos de sede presentan, complementan o desarrollan, en general, cuestiones como:

- 1) el objeto del organismo internacional, a fin de establecer las condiciones necesarias para el desempeño sus funciones, las cuales fueron oportunamente aprobadas en el tratado constitutivo;
- 2) su capacidad, ya que comprende e su capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones;
- 3) inviolabilidad, la que se aplica a los locales, mobiliarios y demás bienes;
- 4) inmunidades de jurisdicción de la propia organización y sus funcionarios, según corresponda –así como la correspondiente referencia a los litigios derivados de los contratos suministros de bienes o servicios, u obligaciones suscriptas por la propia organización, acciones de daños y perjuicios, juicios laborales promovidos por contratación local, reconversiones por procesos judiciales o controversias respecto de propiedades, ejecución de tasas, etc.–;

18. BARBOZA, Julio, ob. cit. (cfr. nota 2), pp. 42-43.

19. Ídem, p. 43. [N. del E.: convención aprobada en Argentina por [Ley 24543](#)].

20. *Ibidem*.

- 5) exenciones tributarias, respecto de toda actividad realizada por la organización para perseguir sus fines, las cuales incluso se podrían aplicar a operaciones de importación o exportación de bienes destinados al cumplimiento de funciones específicas –en forma definitiva o temporaria– sin tener que abonar por ello impuestos, contribuciones especiales o derechos aduaneros y las tasas por servicio de estadística y de comprobación de destino, las cuales también comprenden, en definitiva, una exención de todo impuesto directo –de carácter nacional, provincial o municipal–, habilitando el eventual reintegro por parte del Estado y solo excluido respecto del personal local contratado por la organización internacional;
- 6) personal ejecutivo y personal de la organización, el cual goza de los mismos privilegios e inmunidades reconocidos a los agentes diplomáticos acreditados en ella –según las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y la práctica posterior en la materia– siempre que aquel o los miembros de su familia no sea nacional o residente del Estado anfitrión;
- 7) el personal técnico administrativo que no sea nacional o residente del Estado anfitrión, el cual puede gozar de inmunidad contra todo procedimiento judicial o administrativo respecto de los actos que ejecuten o de las expresiones orales y escritas que emitan en el ejercicio de sus funciones, además de la eventual autorización para ingresar sus efectos personales con exención de toda clase de derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos, excepto los gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos;
- 8) la observancia de las estipulaciones que establezca el Estado anfitrión en materia de seguridad social, respecto del personal contratado que no se encuentre cubierto con las estipulaciones de seguridad social de otro Estado en el cual se haya celebrado la contratación laboral;
- 9) cuestiones referidas a moneda y tipos de cambio;
- 10) régimen de libertad, inviolabilidad y trato de comunicaciones;
- 11) solución de controversias entre el Estado anfitrión y la organización, que habitualmente consiste en la negociación directa, la conciliación y el arbitraje;
- 12) la vigencia del acuerdo de sede;
- 13) la posible modificación por acuerdo de partes;
- 14) el régimen de denuncia, requisitos y plazos a tener en cuenta;
- 15) la inclusión de disposiciones transitorias hasta aprobación.

En el caso de la República Argentina, la negociación de un acuerdo de sede es iniciada por el organismo internacional interesado a través de un pedido dirigido al Ministro de Relaciones Exteriores y Culto. Su recorrido administrativo consiste en distintos pasos y etapas a partir de la Dirección de Organismos Internacionales de la Cancillería Argentina, que oficia de interlocutor con el interesado y negocia un borrador del texto o su modificación.

Una vez acordados los términos esenciales, el texto es enviado para su evaluación a la Dirección de Consejería Legal y aprobado por aquella, el acuerdo pasa a la firma conjunta del canciller con el representante del organismo internacional. Sin embargo, puede presentarse una etapa intermedia adicional: el paso por el Congreso de la Nación

Argentina en aquellos acuerdos de sede que comprendan cuestiones impositivas o de naturaleza vedada al Poder Ejecutivo Nacional, por lo que el proceso administrativo se reanuda –luego de aprobadas las concesiones en el Poder Legislativo– en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto para la última etapa previa a la firma conjunta que hemos referido.

Como nota aclaración final sobre este trámite, debe recordarse que la subjetividad de la organización internacional está fundada en el derecho internacional y no en el ordenamiento interno del Estado anfitrión. Sin embargo, la reglamentación local constituye un instrumento de valor e importancia para evitar potenciales controversias, así como dotar de mayor previsibilidad y seguridad a quienes contraten con la organización en el territorio donde se encuentre la sede.

5. Diferencias entre las organizaciones internacionales y otros actores no estatales que influyen en el derecho internacional: las empresas transnacionales y las organizaciones no gubernamentales de alcance global

A pesar de calificarse las organizaciones internacionales como un sujeto del derecho internacional –conformadas principalmente por Estados– que opera en el plano interestatal, no escapa al estudio de las relaciones internacionales la creciente promoción y desarrollo de actores que contribuyen, informal e indirectamente, a la generación de nuevas normas en conjunto con aquellas, utilizando los vehículos de la sociedad civil.²¹ Entre ellas, se destacan las empresas transnacionales y las ONG de alcance global.

La creciente intervención de estos actores en la vida internacional contemporánea constituye una opción valorada por los Estados respecto de ámbitos de la gobernanza global que se les encuentran vedados por principios del derecho internacional, ya que pueden fomentar la participación de los individuos y empresas en asuntos de interés público de carácter político y económico –habitualmente presentados con fines loables de transparencia y actuación cívica– en materia ambiental y protección de derechos humanos, para mencionar algunos. Barboza señala que, actualmente, gracias a la configuración del derecho internacional contemporáneo con la aparición de la Carta de las Naciones Unidas, la comunidad internacional desarrolló una estructura compleja y cuyo rasgo más destacado de su evolución es

... el tránsito de lo simple a lo complejo: de la simple comunidad de Westfalia, de [E]stados apenas yuxtapuestos sin ninguna institución que los ordenara, a la complejidad de nuestros días, con su gran proliferación de [Estados, Organizaciones Internacionales y ONGs, junto con] [...] la creciente participación del individuo [...] el hilo conductor de esta historia es, entonces, la creciente institucionalización de la comunidad internacional.²²

21. El concepto “sociedad civil” es cuestionado por la doctrina, atento a su definición y las posibles interpretaciones respecto de cuáles actividades y circunstancias quedan cubiertas por aquella, así como su distinción género-especie respecto de las ONG y otras organizaciones estructuradas con fines no-comerciales. Ver SCHOLTE, Jan A., “Civil Society and NGOs”, en Thomas G. Weiss & Rorden Wilkison (eds.), *International Organization and Global Governance*, London-New York, Routledge, 2014, p. 323.

22. BARBOZA, Julio, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 20.

Si se considera que la institucionalización del derecho internacional se traduce en un crecimiento del sistema en cuanto a la fuerza, influencia, variedad y complejidad como consecuencia del accionar de aquellos sujetos y actores que operan en él –ya que ha dejado de ser un mero esquema interestatal propio del denominado “derecho internacional clásico”–, donde el individuo consolida su subjetividad en desarrollo y aparecen otras entidades privadas con fines públicos o particulares como las ONG y las empresas transnacionales, respectivamente, no resulta extraña la aclaración de Barboza respecto de estos últimos actores:

... carecen de subjetividad internacional, pero su acción en el plano de las relaciones exteriores es efectiva [y que] Las ONG pueden alcanzar altos grados de influencia en la acción de los [E]stados y en la opinión pública nacional e internacional [...] Amnesty International, Greenpeace International, Human Rights Watch, son ejemplos de organismos poderosos de importancia en sus respectivos campos de competencia [...] [al punto que la Asamblea General de la ONU les ha otorgado a algunas ONG estatus consultivo]. Estas entidades así distinguidas se han organizado en la Conferencia de las ONG (CONGO por sus siglas en inglés) para mejorar su apoyo a la Carta de la ONU y sus principios y su aporte a los programas que en consecuencia la ONU desarrolle.²³

En definitiva, como afirma Barboza:

El fenómeno de la cooperación que expresan las organizaciones del derecho internacional tanto como las que dependen de órdenes jurídicos internos pero de acción internacional, como las organizaciones no gubernamentales, está, entonces, en pleno vigor en su lucha por la creación y afianzamiento de un cierto orden público internacional que proteja valores comunitarios que se expresan principalmente en las normas creadoras de obligaciones imperativas tanto como en las simplemente *erga omnes* [...] Todo ello conforma un panorama internacional en el cual la acción de la ONU, así como las de instituciones de su familia y de las ONG, aunque múltiples y esforzadas, revelan la necesidad de un nuevo y gran acuerdo para modificar sus estructuras y funciones con el fin de adaptarlas a las cambiantes y a veces dramáticas circunstancias de nuestro tiempo.²⁴

Según Scholte, el rol de las ONG adquiere una creciente notoriedad en las últimas décadas, a partir del inicio de la regulación global y por acción de la sociedad civil en general.²⁵

5.1. Las organizaciones no gubernamentales de alcance global

Los individuos que conforman una sociedad no solo se agrupan para la consecución de objetivos económicos, laborales o políticos –en el clásico caso de las empresas, los sindicatos o los partidos políticos– sino también con fines civiles, con el objeto de participar o influir activamente en el desarrollo del bien público. Su participación en las últimas décadas no escapa al derecho internacional, ya que la actuación de la sociedad

23. Ídem, p. 21.

24. Ídem, pp. 8 y 24-25. La cursiva pertenece al texto original.

25. SCHOLTE, Jan A., ob. cit. (cfr. nota 21), p. 322.

civil también apunta a reflejarse en la política exterior de los gobiernos, incluso durante las negociaciones de acuerdos bilaterales o multilaterales realizados por los Estados. Sin embargo, las ONG carecen de personalidad jurídica en el ámbito internacional, toda vez que:

Como están registradas bajo la legislación estatal, las ONG tienen personalidad jurídica en virtud de aquella, y no del derecho internacional. No pueden ser destinatarias de los derechos y obligaciones internacionales y, por lo tanto, no pueden invocar la responsabilidad internacional de un Estado, ni incurrir en responsabilidad internacional ellas mismas. Tampoco pueden ser demandadas ante cortes y tribunales internacionales. Sin embargo, en vista de la considerable experiencia de tales organizaciones, cada vez más se las reconoce formalmente como participantes en las negociaciones internacionales instrumentales en la elaboración de normas internacionales.²⁶

La participación de estas entidades se observa, actualmente, en campos científicos, sociales, éticos, económicos, religiosos, ambientales y culturales, entre otros, con una actuación que con progresiva frecuencia trasciende las fronteras del Estado en el cual se constituyeron. Al mismo tiempo, han perfeccionado su labor y fomentado canales de participación oficial como *amicus curiae* en tribunales locales e internacionales, gracias a su experiencia especializada en sus respectivas áreas.²⁷

Sin embargo, cabe observar, tal como señala Tanzi, que las ONG han superado su participación en los procesos negociadores²⁸ y su rol de mero aportante de información especializada en procesos específicos, y actualmente gozan de protagonismo para presentar reclamos en materia de derechos humanos. Así lo prevé la Carta Africa-

26. TANZI, Attila M., ob. cit. (cfr. nota 5), pp. 38-39.

27. Lo anterior no significa, en nuestra opinión, avalar la participación irrestricta e ilimitada de estos entes en procedimientos internacionales contenciosos o consultivos. Al respecto, ver GODIO, Leopoldo M. A., "Tendencias actuales en acuerdos comerciales internacionales. Reflexiones jurídicas en materia de solución de controversias", en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 8/5/2018, pp. 1-6. Distinta es la situación prevista en el art. 71 de la Carta de las Naciones Unidas, que habilita las interacciones de ONG como ente de consulta del Consejo Económico y Social. En efecto, como señala Tanzi, "A lo largo de los años, el Ecosoc ha adoptado una serie de resoluciones a tal efecto. En particular, en 1996 una resolución introdujo una regulación que rige la participación de las ONG en los órganos de la ONU, aparte del mismo Ecosoc. En general, las ONG más calificadas, cuya petición para participar en cualquier reunión diplomática de la ONU es aceptada, tienen acceso a los documentos preparatorios. Las ONG incluso pueden proponer elementos adicionales en la agenda y participar en el funcionamiento del órgano en cuestión, con derechos inherentes a la condición de observador. Esto incluye el poder de hacer declaraciones orales y escritas. Tales declaraciones pueden influir en el resultado del debate, incluida la redacción de fórmulas en el texto en negociación, con independencia del hecho de que a las ONG no se les conceda el derecho al voto. Cabe señalar que el Estado en el que la ONG tiene su domicilio legal, u otro Estado miembro, puede oponerse a la admisión de la ONG. Sin embargo, la ONG tiene derecho a responder a los argumentos presentados en contra de su admisión y la Secretaría de la ONU a cargo de los trabajos puede aprobar la solicitud, si es persuadida por la respuesta" (TANZI, Attila M., ob. cit. [cfr. nota 5], p. 39). Por su parte, Scholte señala que desde la década del 90, en el siglo pasado, cientos de asociaciones de la sociedad civil asisten a las reuniones anuales del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, como así como las conferencias ministeriales de la Organización Mundial del Comercio, cumbres del G-8 y G-20, entre otras. Asimismo, advierte que en las cuestiones de gobernanza global las ONG también han ocupado un lugar destacado al sugerir e implementar reglas que consolidan un rol protagónico e involucrado con los procesos regulatorios (SCHOLTE, Jan A., ob. cit. [cfr. nota 21], p. 322).

28. Por ejemplo, es el caso de la ONG *No Peace Without Justice* en las negociaciones que culminaron con la adopción del Estatuto de Roma de 1998, que creó la Corte Penal Internacional; o la participación de ONGs en las Conferencias de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, así como en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

na sobre Derechos Humanos y de los Pueblos,²⁹ que las autoriza a presentar reclamos –en el sentido de denuncias por presuntas violaciones o respecto de la interpretación o aplicación de las convenciones pertinentes– para ser atendidos por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en aquellos casos en que el Estado parte haya optado por la jurisdicción de este tribunal.³⁰ A la fecha, la Corte Africana recibió un total de 190 solicitudes y 12 de ellas fueron presentadas por ONG.³¹

El potencial crecimiento de las ONG y su reconocimiento como sujeto por parte de la comunidad internacional podría encontrar un anclaje en las federaciones de empleadores y trabajadores que actúan periódicamente en las reuniones ante la Organización Internacional del Trabajo, la participación consultiva en el Consejo Económico y Social de la ONU u otros esquemas de reconocimiento o acreditación –junto a la correspondiente regulación– con el objeto de acceder e intervenir directamente en procesos particulares o generales de políticas públicas internacionales.³²

Esta posibilidad es advertida por Scholte, para quien existen situaciones en que miembros de la sociedad civil son invitados a conformar temporalmente delegaciones oficiales junto a funcionarios gubernamentales –por ejemplo en materia de derechos humanos, ambiente y comercio– a fin de contar con asesoramiento técnico y justificar una participación de la población en el diseño o la implementación de la política exterior, de modo que la “consulta” a la sociedad civil no se limite al final de un proceso de formulación de políticas, luego de adoptarse las decisiones importantes.³³

El mismo autor concluye que es posible identificar múltiples participaciones de ONG y movimientos sociales con interés de influir en la regulación global. Sus actividades, resultados y evaluaciones, a pesar de su carácter controvertido y sin definiciones claras, no permite evadir su considerable presencia en la gobernanza global contemporánea, y se espera que su actuación se incremente en el futuro.³⁴

29. Pezzano señala, con acierto, que no solo los Estados participaron en su proceso de negociación sino también las ONG y los grupos de expertos (PEZZANO, Luciano, “La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”, en Arredondo, Ricardo y Godio, Leopoldo M. A. [dirs.], *La solución pacífica de controversias en un derecho internacional fragmentado*, Buenos Aires, Educa, 2019 [en prensa]).

30. Pezzano agrega que la propia Corte Africana ya tuvo ocasión de analizar cuándo una ONG puede considerarse como una organización “africana” y opinó que ello sucede si está registrada en un Estado africano, tiene estructuras a nivel subregional, regional o continental, o desempeña sus actividades más allá del territorio donde está registrada, así como cualquier organización en la Diáspora africana reconocida como tal por la Unión Africana, aunque pareciese que es necesario que la propia Corte autorice tal presentación. Ídem.

31. Entre ellas se destaca el caso contencioso “Tanganyika Law Society, The Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R. Mtikila v. United Republic of Tanzania”, decidido el 14/6/2013, gracias a una denuncia de un individuo y dos ONG [N. del E.: ver [aquí](#); última consulta: 30/4/2020]. Asimismo, Pezzano identificó aquellos casos impulsados por ONG exclusivamente, y, entre ellos, se destaca que el asunto “Actions pour la Protection des Droits de l’homme v. Republic Côte d’Ivoire” [N. del E.: ver [aquí](#); última consulta: 30/4/2020], iniciado en 2014 como consecuencia de la adopción de una ley que reformó la Comisión Electoral Independiente –órgano electoral de Costa de Marfil– cuya composición, de acuerdo a la ONG denunciante, no aseguraba su carácter independiente e imparcial, al tiempo que afectaba el derecho de igualdad ante la ley y su protección, así como el derecho a participar del gobierno del propio país. (PEZZANO, Luciano, ob. cit. [cfr. nota 29]).

32. SCHOLTE, Jan A., ob. cit. (cfr. nota 21), pp. 325-326.

33. Ídem, pp. 326-327.

34. Ídem, p. 333.

5.2. Las empresas multinacionales ante el derecho internacional público

Sin dudas, las empresas multinacionales constituyen una experiencia previa y centenaria en comparación a las ONG, y su regulación desde el caso “Salomon vs. Salomon” en la Cámara de los Lores del Reino Unido (1896) demostró su creciente utilidad para la administración de riqueza, como vehículos de inversiones y piezas fundamentales de una economía global integrada.³⁵ Más allá de las regulaciones del derecho civil y comercial a las cuales, actualmente, se sujetan estas personas jurídicas de derecho privado, el derecho internacional público reconoce la importancia de aquellas, tal como se advierte, por ejemplo, en los tratados internacionales de protección de inversiones.³⁶

Siguiendo a Dunning y Lundan, entendemos que estamos en presencia de una empresa multinacional cuando la misma se organiza para la producción y venta de bienes o servicios a en uno o más mercados diferentes al de su Estado de origen o lugar de constitución.³⁷ También se las han denominado empresas transnacionales, o multinacionales, o corporaciones trans-estados, de acuerdo a lo que plantean Pitelis y Sugden.³⁸ Sin embargo, en tiempos más recientes, la presencia de estructuras conjuntas de índole pública y privada adicionó nuevas características a las corporaciones comerciales privadas, las pueden encontrar alguna correlación actual con el modo en el que se realizan inversiones *public private partnership* (en adelante, “PPP”), utilizadas actualmente para la administración de algunos servicios públicos a través de empresas privadas formadas, conjuntamente, entre el Estado local e inversores privados extranjeros.³⁹

La amplia utilización de las empresas con objeto o fines transnacionales generó la preocupación sobre si era necesario (y posible) la regulación de estas por el derecho internacional, especialmente en un contexto de globalización de los mercados, que presenta oportunidades valiosas para grandes sociedades comerciales transnacionales, controladas a su vez por otras empresas o compañías que pueden ser, incluso, multinacionales.⁴⁰

35. Las primeras “corporaciones” dedicadas al comercio internacional en los siglos XVI y XVII como, por ejemplo, aquellas que fueran registradas en la denominada *Companies House* –similar a la Inspección General de Justicia en el ámbito local–, que habilitaba la realización de negocios con el permiso de la corona británica otorgándoles, además, limitadas facultades en el territorio autorizado que les protegía de eventuales investigaciones criminales, entre otras. (HANNIGAN, Brenda, *Company law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 34-40). En idéntico sentido ver HUDSON, Alastair, *The law on investment entities*, London, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 407-416; TRUBEK, David M. *et al.*, “Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transitional Arenas”, *Case Western Law Review*, vol. 44, 1993-1995, p. 407; y TRUBEK, David M., & SANTOS, Alvaro, *The new law and economic development: A critical appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

36. GODIO, Leopoldo M. A. y VÁZQUEZ, Agustina N., “Las empresas transnacionales y el derecho internacional: algunas consideraciones sobre su relevancia”, en *Revista Cordobesa de Derecho Internacional*, vol. I, N° I, 2016, p. 1. [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: UNC; última consulta: 21/4/2020].

37. DUNNING, John, & LUNDAN, Sarianna M., *Multinational enterprises and the global economy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2008, pp. 3-9.

38. PITELIS, Christos & SUGDEN, Roger, *The nature of the transnational firm*, London, Routledge, 2000, p. 72.

39. HODGE, Graeme A., & GREVE, Carsten, “PPPs: The passage of time permits a sober reflection”, *Economic Affairs*, vol. 29, Issue 1, 2009, pp. 33-39. También ver COLLINS, Michael, *Money and Banking in the UK: A History*, London, Routledge, 2012, pp. 52-55.

40. GUERRA, Sidney C. (org.), *Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo*, Ijuí, Unijui, 2006, p. 94.

La negación de subjetividad de estas corporaciones en el plano internacional es aún sostenida por la doctrina especializada,⁴¹ autorizándose solo su actuación a través de los Estados que firman un tratado de protección bilateral de inversiones o del modo históricamente más utilizado: a través de la clásica protección diplomática, cuyos escenarios más emblemáticos son el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, “CIADI”) y la referida Corte Internacional de Justicia en “Barcelona Traction” y “Elettronica Sicula S.p.A.”.⁴²

6. Reflexiones finales

La aparición y consolidación de las organizaciones internacionales como sujetos del derecho internacional público constituyen una respuesta a las necesidades de un sistema coordinado de Estados en el cual la comunidad internacional las utiliza como vehículo jurídico orientado a la obtención de metas comunes. Sin embargo, en tiempos recientes y como consecuencia de una mayor participación de la ciudadanía en el diseño y elaboración de políticas públicas, distintas entidades de la sociedad civil –incluso entidades privadas con fines públicos– emergen y solicitan un rol protagónico activo que, potencialmente, merece un llamado de atención por parte de los operadores políticos y jurídicos con responsabilidades internacionales.

Actualmente, una posición conservadora y prudente resulta el plan ideal en esta materia, pero es necesario advertir que ya nos encontramos ante esquemas jurídicos que otorgan legitimación directa a algunos clásicos actores internacionales –y por ende sujetos, en sentido estricto– con capacidad de acción en ámbitos y zonas restringidas, tal como es el caso de las ONG que forman parte de la Unión Africana, las que poseen competencia para presentar y patrocinar denuncias en el sistema africano de derechos humanos.

En definitiva, el derecho internacional otorgará o negará el reconocimiento de las entidades que resulten necesarias en el plano internacional –plano en el cual los Estados poseen la verdadera legitimación para ello– como forma de dar respuesta a los actuales desafíos de la comunidad internacional y adquirir herramientas que permitan superar los nuevos problemas transfronterizos del siglo XXI.

41. BROWNIE, Ian, *Principles of public international law*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 2006, pp. 418-421.

42. En el caso de la “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)” [N. del E.: ver [aquí](#) y [aquí](#); fuente: ICJ; última consulta: 21/4/2020], la Corte consideró algunos aspectos referidos a la admisión de inversiones extranjeras por parte de un Estado y su protección, debiéndose distinguir entre las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, y los derivados *vis-à-vis* de una relación particular con otro Estado, que otorgue a este último efectos específicos, es decir, si en el caso Bélgica contaba con un derecho afectado a partir de los intereses belgas en una sociedad canadiense. Asimismo, la Corte también subrayó la importancia de las normas locales en el ámbito de las relaciones económicas internacionales, especialmente considerando las características corporativas de empresas como la Barcelona Traction y concluyó que, en el caso, que la lesión de los derechos de la empresa no implicaba, necesariamente, una responsabilidad internacional de España respecto de los accionistas belgas, ya que sólo se vieron afectados sus intereses en la empresa, pero no sus derechos legalmente protegidos. Respecto del asunto “Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)” [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: ICJ; última consulta: 21/4/2020], aquel resultó en un aporte sobre el análisis del agotamiento de los recursos internos y la protección diplomática, aspecto sobre el cual el demandado debía demostrar en una inversión de la carga de la prueba. Se puede encontrar un resumen de ambos casos en GODIO, Leopoldo M. A. y VÁZQUEZ, Agustina N., ob. cit. (cfr. nota 36), pp. 7 y ss.

7. Bibliografía

- AMERASINGHE, Chittharanjan F., *Principles of the institutional law of international organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 (2nd ed.).
- BARBOZA, Julio, *Curso de organismos internacionales*, Buenos Aires, Zavalía, 2017.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of public international law*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 2006.
- CARATINI, Roger, *Alejandro Magno*, Barcelona, Plaza & Janés Editores, 2000.
- COLLINS, Michael, *Money and Banking in the UK: A History*, London, Routledge, 2012.
- DÍAZ CISNEROS, César, *Derecho internacional público*, t. 1, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1966 (2ª ed.).
- DRAPER, G.I.A.D., “Planes europeos en pro de una paz perpetua y su impacto en el derecho de la guerra”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 4, Issue 36, 1979.
- DUNNING, John & LUNDAN, Sarianna M., *Multinational enterprises and the global economy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2008.
- GODIO, Leopoldo M. A. y VÁZQUEZ, Agustina N., “Las empresas transnacionales y el derecho internacional: algunas consideraciones sobre su relevancia” (en coautoría con Agustina N. Vázquez), *Revista Cordobesa de Derecho Internacional*, vol. I, N° I, 2016.
- GODIO, Leopoldo M. A., “Tendencias actuales en acuerdos comerciales internacionales. Reflexiones jurídicas en materia de solución de controversias”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 8/5/2018.
- GUERRA, Sidney C. (org.), *Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo*, Ijuí, Unijui, 2006.
- GUYER, Roberto E., “Luis A. Podestá Costa”, *Colección Los Diplomáticos*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 1993.
- HANNIGAN, Brenda, *Company law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- HODGE, Graeme A. & GREVE, Carsten, “PPPs: The passage of time permits a sober reflection”, *Economic Affairs*, vol. 29, Issue 1, 2009, pp. 33-39.
- HUDSON, Alastair, *The law on investment entities*, London, Sweet & Maxwell, 2007.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, “Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion”, en *I.C.J. Reports 1949*.
- MONCAYO, Guillermo R., VINUESA, Raúl E. & GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T., *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Zavalía, 1990 (3ª reimp.).
- PEZZANO, Luciano, “La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”, en Arredondo, Ricardo y Godio, Leopoldo M. A. [dirs.], *La solución pacífica de controversias en un derecho internacional fragmentado*, Buenos Aires, Educa, 2019 (en prensa).
- PITELIS, Christos & SUGDEN, Roger, *The nature of the transnational firm*, London, Routledge, 2000.
- SÁEZ ZAMORA, FRANCISCO, URABAYEN, Celina y VANZILLOTTA, Ornella F., “Viaje al centro del sistema. Legislación internacional y el Consejo de Seguridad”, en Rohr, Aldana (dir.), *Las facultades legislativas del Consejo de Seguridad: ¿El monstruo de Frankenstein o el Gran Leviatán?*, Avellaneda, SGN Editora, 2019.
- SCHOLTE, Jan A., “Civil Society and NGOs”, en Thomas G. Weiss & Rorden Wilkison (eds.), *International Organization and Global Governance*, London-New York, Routledge, 2014.
- TANZI, Attila M., *Derecho internacional. Una introducción*, Buenos Aires, Astrea-G. Giappichelli Editore, 2019.
- TRUBEK, David M. & SANTOS, Álvaro, *The new law and economic development: A critical appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- TRUBEK, David M. et al., “Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transitional Arenas”, *Case Western Law Review*, vol. 44, 1993-1995, pp. 407 y ss.
- TRUYOL, Antonio, *Fundamentos de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1970 (3ª ed.).

Sucesiones y fideicomisos en virtud de la legislación internacional privada en Canadá*

Jeffrey A. Talpis

RESUMEN

Se condensan la legislación, la doctrina y la jurisprudencia vigente en Canadá, en provincias de derecho civil (Quebec) y del *common law*, en materia de *trust* y otros medios sustitutivos de las sucesiones testamentarias o *ab intestato*, tanto de fuente interna como convencional, y su vinculación con la Unión Europea y otros estados.

PALABRAS CLAVE

Sucesiones internacionales; fideicomiso; *trust*; derecho comparado; Canadá.

Fechas de recepción y aceptación

6/4/2019 - 29/3/2020

Sumario: 1. Introducción. La estructura de las leyes en Canadá. 2. Sucesión. 2.1. Diferencias clave entre la ley de Quebec y la de las provincias de "common law". 2.2. La elección de la ley que rige la sucesión. 2.3. Alcance de la ley extranjera aplicable. Reenvío. 2.4. Cuando la elección de la ley prive al niño o al cónyuge de los derechos de sucesión. 2.5. Alcance de la ley aplicable a la sucesión. 2.6. Testamentos conjuntos. 2.7. Acuerdos de sucesión. 2.8. Testamentos mutuos. 2.9. Derecho de cónyuge sobreviviente en el régimen de doble carga y sucesión. 3. Sustitutos de sucesión. 3.1. La revolución cultural en la ley de sucesiones. 3.2. Derechos locales. 3.3. Elección de la ley. Derecho comparado. 3.4. La ley que rige los sustitutos de la sucesión bajo la ley de Quebec. 3.5. Ley que rige la admisibilidad de los sustitutos de la sucesión en las jurisdicciones de "common law". 3.6. Sustitutos de sucesión. Ejemplos. 4. Fideicomiso o "trust". 4.1. Principales características del "trust" en las provincias de "common law". 4.2. Características principales del "trust" en Quebec. 4.3. Elección de la ley que rige los fideicomisos bajo las provincias de "common

* El presente trabajo corresponde a la conferencia dictada por el profesor Talpis el 1 de octubre de 2018, con la colaboración de la escribana María Marta L. Herrera –quien además ha realizado la traducción del material del idioma inglés especialmente para esta publicación–, en la sede del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en el marco de la Conferencia sobre fideicomiso, modos alternativos de transmisión de la herencia y derecho sucesorio. El problema en el derecho comparado y en el argentino. "Trust en common law", organizada por el Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Escribanos (instituto creado en el año 2017 y pionero en el estudio de la incidencia de las normas de derecho internacional privado y la actividad notarial, presidido por la escribana Herrera). Participó también como conferencista el 1 de octubre de 2018 la Dra. Úrsula Basset, destacada profesora nacional especialista en derecho de familia y sucesiones. La participación de notarios y abogados interesados en la materia demostró el gran interés de los operadores jurídicos en esta temática novedosa y útil desde la perspectiva de la función notarial y la seguridad jurídica, cuya garantía es el sello de la intervención de los escribanos en el asesoramiento y la redacción de instrumentos de este tipo.



law” y los territorios de Canadá. 4.4. Reconocimiento del “trust” celebrado en Quebec en jurisdicciones extranjeras. 4.5. Otro escenario. 4.6. Último vistazo. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en Quebec sobre sucesiones y fideicomisos.

1. Introducción. La estructura de las leyes en Canadá

La [Constitución de Canadá](#) (con las reformas introducidas por la [Constitution Act, 1982](#)) divide la jurisdicción legislativa entre el nivel federal de gobierno y los niveles de gobierno provincial y territorial. Hay [diez provincias y tres territorios](#).

Las leyes de sucesión, tanto el derecho internacional privado como el de fondo local, están sujetas a la jurisdicción provincial, a excepción de la “ley de sucesión”, que es federal. Existe legislación sobre la sucesión y los fideicomisos en cada una de las provincias del *common law* y en los territorios de Canadá y en las provincias de derecho civil, tanto normas de derecho internacional privado como de derecho local, y en ambos casos son similares.

Existe una base de derecho común derivado de la ley inglesa y existen estatutos que rigen diferentes aspectos de la ley de sucesión, algunos de los cuales se derivan de los estatutos ingleses del siglo XIX y principios del XX. En la mayoría de las provincias, la ley se expresa en estatutos modernos y exhaustivos, destinados a codificar parcialmente la ley, al expresar o revisar las normas de derecho común o al estipular reglas contemporáneas sobre temas clave o cuestiones confusas. Finalmente, a los efectos del derecho internacional privado, cada provincia o estado en territorios federales constituye un estado independiente.

La [provincia de Quebec](#) es una jurisdicción mixta de derecho civil. Desde el punto de vista de su estructura, las reglas de derecho internacional privado de Quebec se incluyen como una mini-codificación dentro del libro X del [Código Civil de Quebec de 1994](#) (en adelante, “CCQ”) y se ocupan de las tres cuestiones esenciales del derecho internacional privado: jurisdicción (arts. 3131-3154), elección de derecho (arts. 3076-3130) y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (arts. 3155-3168).

2. Sucesión

2.1. Diferencias clave entre la ley de Quebec y la de las provincias de *common law*

Una característica central de las leyes en Canadá, tanto en las provincias y territorios de *common law* como en la provincia civil de Quebec, es la doctrina de la libertad testamentaria. Sin embargo, en ambos sistemas, no es tan libre como parece. A pesar de que no existe un sistema de herencia forzosa, en ambos sistemas la ley permite formular reclamos contra la sucesión. En algunos casos, hay una porción legítima máxima si el patrimonio es testamentario o *ab intestato*, en oposición a las jurisdicciones de *common law*.

Hay algunas diferencias clave en los principios básicos, como las principales fuentes de derecho y los conceptos de propiedad (inmuebles-muebles versus bienes inmuebles

y personales, transmisión a los herederos-no concesión automática en beneficiarios, el liquidador versus el albacea o administrador o el estado fiduciario, legalización, etc).

2.2. La elección de la ley que rige la sucesión

2.2.1. Ausencia de elección. División. Escisión

En Quebec, a falta de una elección válida de la ley por parte de un testador, el principio de escisión o régimen de dualidad o fraccionamiento rige la sucesión intestada, testamentaria y contractual, en virtud del cual la sucesión de bienes muebles se rige por la ley del último domicilio del testador fallecido, mientras que la sucesión de bienes inmuebles se rige por la ley de la situación de los inmuebles –principio de pluralidad sucesoria– (art. 3098 1º párr. CCQ):

3098. La sucesión de bienes muebles se rige por la ley del último domicilio del fallecido; la sucesión de bienes inmuebles se rige por la ley del lugar donde se encuentra la propiedad.

En las jurisdicciones de *common law*, la escisión también se aplica: la propiedad inmueble se rige por la ley de la situación de los bienes, y los muebles, por la ley del último domicilio del fallecido.¹

2.2.2. Elección de la ley por el testador (*professio iuris*)

Desde una perspectiva comparativa, la libertad de elegir la ley que rige la sucesión no es generalmente aceptada. Sin embargo, fue admitida, en virtud de la [Convención sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte \(La Haya, 1 de agosto de 1989\)](#) (en adelante, “Convención sobre Sucesiones de 1989”), en determinados Estados miembros de la [Unión Europea](#) antes de la entrada en vigor del [Reglamento \(UE\) N° 650/2012 del 4 de julio de 2012](#) sobre sucesiones y certificado sucesorio europeo, y ahora está admitido en ese instrumento, donde la elección se limita a la ley de la nacionalidad en el momento de la muerte o en el momento de hacer un testamento. Por su parte, en los Estados Unidos de América, aunque no se admite la elección de la ley aplicable para gobernar la sucesión, varios estados, incluidos Nueva York y Florida, han aprobado leyes que le permiten a un testador no domiciliado elegir que las leyes del estado promulgante gobiernen el efecto de las disposiciones testamentarias de los bienes muebles situados en él, en lugar de la ley del domicilio que normalmente se aplicaría. Cuando se admite, esta elección solo se aplica a la sucesión de bienes situados en el estado que promulga la ley.

En las provincias canadienses de *common law* y territorios de Canadá, la dualidad se aplica independientemente de que el patrimonio sea testamentario o *ab intestato*. Sin embargo, la elección de la ley se limita a cuestiones de construcción o interpretación de un testamento.

1. P. ej., ver art. 36 de la [Succession Law Reform Act, RSO 1990, c. S.26](#) (Ley de Sucesión de Ontario).

2.2.3. Límites de elección bajo la ley de Quebec

Quebec es la única provincia o territorio dentro de Canadá que permite la elección de la ley por parte de un testador para gobernar la sucesión. El párrafo 2 del ya mencionado artículo 3098 CCQ dispone:

Sin embargo, una persona puede designar, en un testamento, la ley aplicable a su sucesión, siempre que sea la ley del Estado de su nacionalidad o de su domicilio en el momento de la designación o de su muerte, o la ley del lugar donde se encuentra un inmueble sostenido por él, pero solo con respecto a ese inmueble.

Ninguna otra elección es válida, incluida la elección de una ley en la que un elemento móvil se sitúa por medio de la doctrina de la incorporación, que fue admitida en virtud del artículo 6 de la Convención sobre Sucesiones de 1989.

Si fuera válida la doctrina de la incorporación, lo que en realidad no es, podría elegirse un elemento móvil específico: la propiedad sucesoria quedaría sujeta a las reglas imperativas de la ley que rige la sucesión. Por ejemplo, si se aplicara en Quebec la designación por un ciudadano de Argentina de la ley de Quebec para gobernar la sucesión a su cuenta bancaria en Quebec, sería válida, pero no excluiría la aplicación de la reserva a favor de los niños que corresponda por aplicación de la ley que rige la sucesión de bienes muebles en Quebec.

Cuando la elección es válida, seguirá siendo así incluso cuando el difunto en el momento de su muerte ya no tenía la conexión requerida que justificaba la elección en el momento de la voluntad. Por lo tanto, la elección de la ley que rige la nacionalidad del difunto en el momento de la elección de la ley sigue siendo una elección válida, incluso cuando ha perdido esta nacionalidad en el momento de la muerte.

2.2.4. ¿Expresa o tácita?

Si la elección debe ser expresa o tácita es una cuestión que aún no ha sido resuelta por los tribunales de Quebec. Sin embargo, la mayoría de los autores de Quebec opinan que la previsibilidad, el pragmatismo y la simplicidad obligan a una elección clara y explícita, que de hecho fue la solución preferida en virtud de la Convención sobre Sucesiones de 1989.

2.3. Alcance de la ley extranjera aplicable. Reenvío

El reenvío está excluido en la ley de Quebec (art. 3080 CCQ). El estatuto bajo la ley extranjera que rige la sucesión requiere conexiones geográficas para indicar el derecho aplicable. Por ejemplo, un ciudadano británico que tenga su última residencia habitual o domicilio en Quebec designa la ley de Inglaterra para regir su sucesión. En virtud de la [Ley de Sucesiones de 1975 del Reino Unido](#), ciertos miembros cercanos de la familia del difunto pueden solicitarle a la corte obtener una orden de apoyo respecto del patrimonio relictivo, para ser ejecutada en el lugar donde el fallecido tenía su último domicilio en Inglaterra. Como es rechazado en Quebec, el localizador (domicilio) establece el requisito geográfico para que la ley aplique una parte de la ley interna o es una ley internacional privada, es decir, una regla unilateral de conflicto de leyes, que es inaplicable, ya que el reenvío está excluido.

Aunque la pregunta rara vez se discute, la opinión generalmente aceptada es que el punto de conexión (localizador) es parte de la ley interna, que luego excluiría la aplicación de la ley extranjera.

2.4. Cuando la elección de la ley prive al niño o al cónyuge de los derechos de sucesión

En virtud del artículo 3099 CCQ (párr. 1),

La designación de la ley aplicable a una sucesión no tiene efecto en la medida en que la ley designada priva sustancialmente al cónyuge casado o unión civil o al hijo del difunto de un derecho sucesorio al que, en el ausencia de tal designación, él o ella habría tenido derecho.

La regla de Quebec está sujeta a varias interpretaciones. Según una opinión, si la ley designada priva a un niño o cónyuge del derecho sucesorio, la elección de la ley no tiene efecto en lo que respecta a tales derechos, pero es válida para el resto de las cuestiones que rigen la sucesión bajo la ley elegida.

Según otro punto de vista –al que suscribo–, la ley de Quebec hace inaplicable la ley elegida a todos los asuntos de sucesión (se excluye la ley elegida). Esta interpretación evita otra violación a la doctrina de la unidad, en particular el problema de determinar el alcance de los derechos elegidos y de otra/s ley/es aplicable/s.

En cualquier caso, los términos de la disposición invitan a comparaciones complejas cuando la ley elegida y la ley aplicable establecen diferentes derechos de sucesión irrevocables. Por ejemplo, conforme a la ley designada, el niño o el cónyuge desheredado están protegidos por un reclamo de manutención en contra de la sucesión (el sistema de ajuste judicial), mientras que, en virtud de la ley, se aplicaría la ley designada salvo la protección de los reclamos del hijo o cónyuge por usufructo o acciones forzadas. **Sugiero, en interés de la planificación patrimonial internacional, que el legislador de Quebec elimine el párrafo uno del artículo 3099 CCQ y use la excepción de orden público, si es posible.**

2.5. Alcance de la ley aplicable a la sucesión

Efectuando un análisis comparativo entre la ley de Quebec y las normas sucesorias del *common law*, podemos concluir que aquella atribuye un amplio alcance a la ley o leyes aplicables a la sucesión e incluye todas las reglas de administración o liquidación, a diferencia de las provincias y jurisdicciones de *common law*.

2.6. Testamentos conjuntos

En los territorios del *common law* en Canadá, generalmente pero no necesariamente, se elabora un testamento conjunto en el mismo instrumento, por dos otorgantes. A medida que cada persona muere, el testamento o parte relevante de él es admitido y se le confiere eficacia legal, como manifestación de voluntad individual de cada testador.

Este tipo de disposiciones están prohibidas por la legislación de Quebec y son válidas en jurisdicciones de derecho consuetudinario. Hay jurisprudencia que respalda la aplicación de la ley que rige la validez formal y también la ley aplicable a la sucesión, que es mi preferencia.

2.7. Acuerdos de sucesión

La noción de un acuerdo sobre la sucesión no se encuentra regulada en las jurisdicciones de *common law*. Sin embargo, los acuerdos negativos relacionados con futuros derechos de sucesión, en virtud de los cuales una parte renuncia a la sucesión futura de otra parte, son frecuentes en las convenciones matrimoniales anteriores o posteriores a la celebración del matrimonio. En cuanto a la sucesión positiva, en la que una persona dispone de su propiedad en el momento de la muerte a favor de otra parte contratante, el enfoque del *common law* difiere dependiendo de si la disposición en cuestión es de carácter testamentario o no testamentario. Cuando el acuerdo sea contractual y no de carácter testamentario, y las partes hayan creado obligaciones reales, será exigible aunque no se utilice el concepto de acuerdo de sucesión.

Entre los otros dispositivos utilizados en el *common law* que comparten similitudes con los acuerdos de sucesión se incluyen los contratos relacionados con testamentos, como los contratos que dejan propiedad por testamento, promesas de hacer o no un testamento, promesas de revocar o no revocar un testamento y voluntades mutuas. Su validez y efecto se regirán por la ley propia de los contratos.

Ahora bien, y por el contrario a lo antes reseñado, en la mayoría de los estados que siguen la tradición del derecho civil continental, como Quebec, están prohibidos los acuerdos de sucesión negativos y positivos en cuanto a los derechos en la sucesión futura de una persona viva, a menos que sean acuerdos de sucesión legalmente autorizados. Según la ley de Quebec y la doctrina, la ley o las leyes que rigen la sucesión rigen la validez y los efectos de los acuerdos de sucesión, lo que da como resultado una solución diferente, prevista en el [Reglamento \(UE\) N° 650/2012](#) (citado en 2.2.2.).

2.8. Testamentos mutuos

En el sistema del *common law*, cuando dos personas han llegado a un acuerdo sobre la disposición de sus bienes mediante testamentos y cada uno de ellos, de conformidad con el acuerdo, ha ejecutado un testamento individual, dicho instrumento constituye un testamento válido que expresa una voluntad mutua válida. Su validez se basa en la mutualidad de obligaciones, donde cada uno de los dos testadores se beneficia uno del otro a través de las disposiciones de un testamento. El acuerdo se caracterizará como de voluntades mutuas si existe un acuerdo de que las disposiciones relativas a la distribución de la propiedad son vinculantes. Esto a menudo se expresa mediante declaraciones en el sentido de que los testamentos no deben revocarse. Estos dispositivos no existen en jurisdicciones de derecho civil.

Según la ley de Quebec y la doctrina, la ley o las leyes que rigen la sucesión rigen la validez y los efectos de las voluntades mutuas. No obstante, es oportuno mencionar

un caso complejo relacionado con testamentos mutuos que fue dictado por la Corte de Apelaciones de Quebec en 2014 (autos “Reichman v. Kadar”).² En el momento en que ambas voluntades mutuas se instrumentaron, en 1986, ambas partes estaban domiciliadas en Bahamas, y se hicieron de acuerdo con las leyes de Bahamas. El último domicilio del esposo fue en Hungría, donde nació, mientras que el de la esposa estaba en Bahamas. El tribunal reconoció la validez de la voluntad mutua, aunque no está claro sobre qué base. No se hizo ninguna prueba de la ley de Hungría, donde no hay derecho a hacer voluntades mutuas. Sin que se indique claramente, parece que los jueces hicieron valer la validez de los testamentos mutuos en crisis por aplicación de la ley de Bahamas, al razonar que esa era la ley que regía el contenido del acto jurídico, por ser bajo la misma que los testamentos se otorgaron. Si la ley de Hungría hubiera sido probada y aplicada, probablemente la solución habría sido diferente, ya que el tribunal habría determinado como cuestión previa que la validez de los testamentos mutuos es materia de derecho sucesorio.

Desde una perspectiva de derecho comparado en la Unión Europea, el artículo 25 del Reglamento (UE) N° 650/2012 se caracteriza como una cuestión de sucesión a la hora de hacer efectiva la voluntad del testador.

2.9. Derecho de cónyuge sobreviviente en el régimen de doble carga y sucesión

La regulación patrimonial matrimonial de doble carga está permitida bajo ciertas leyes, por ejemplo, la de Quebec. Por el contrario, bajo las leyes de la mayoría de las provincias de *common law* y ciertas jurisdicciones de derecho civil, el cónyuge supérstite debe optar.³

Cuando el régimen matrimonial se rige por una ley sustantiva extranjera que prohíbe el régimen de doble carga (Ontario), distinta de la ley que rige la sucesión (Quebec), el cónyuge supérstite puede acumular tales derechos: ¿se trata de régimen matrimonial o de sucesión? En mi opinión, es una cuestión de sucesión.

3. Sustitutos de sucesión

3.1. La revolución cultural en la ley de sucesiones

Como resultado de los cambios en los patrones de posesión de riqueza en la sociedad actual, un número creciente de personas recurre a uno o más métodos legalmente autorizados, distintos del proceso sucesorio, para transferir propiedades, derechos, intereses o activos a la muerte. Aunque esta revolución cultural en la ley de sucesión se manifiesta en todo el mundo, las jurisdicciones de *common law* generalmente están más abiertas a acuerdos contractuales que resultan en la transferencia de bienes al momento del fallecimiento, evitando el proceso de la sucesión, lo que se da con mayor frecuencia que en las jurisdicciones de derecho civil o de derecho mixto.

2. Corte de Apelaciones de Quebec, 10/6/2014, “Susan Reichman v. Gabor Kadar” (500-09-023077-126 [500-17-067486-111]) (2014 QCCA 1180). [N. del E.: ver aquí; fuente: SOQUIJ; última consulta: 3/4/2020].

3. P. ej., ver art. 6 de la *Family Law Act, RSO 1990, c. F3* (Ley de Derecho de Familia de Ontario).

El ámbito del *common law* ha demostrado ser un terreno fértil para el crecimiento de tales alternativas. Como el profesor Langbein señaló hace veintiocho años en su artículo seminal sobre la proliferación de sustitutos de la voluntad en los Estados Unidos de América, el sistema de sucesión judicial, para 1984, se vio sustancialmente desplazado por métodos no sucesorios de transferencia de propiedad por causa de muerte.

3.2. Derechos locales

En las jurisdicciones de *common law*, incluidas las provincias y territorios en Canadá, los métodos para la transferencia de bienes o derechos en caso de fallecimiento distintos de la sucesión judicial se conocen por una variedad de términos: sustitutos, transferencias no testamentarias, sustitutos testamentarios, dispositivos de sucesión o voluntades no sucesorias. No existe tal concepto o etiqueta en las jurisdicciones de Canadá de derecho civil. Sin embargo, ciertos arreglos contractuales pueden lograr el mismo resultado y, a menudo, se incluyen en la categoría más amplia de anticipos sucesorios, a veces llamadas transferencias sucesivas.

Utilizo una expresión más global en mi curso impartido en la Academia de Derecho Internacional Privado de La Haya, en el que me refiero a los sustitutos de la sucesión, que clasifico como sustitutos puros, imperfectos y/o funcionales:

- Un **sustituto puro** es funcionalmente distinguible de un testamento. Es esencialmente una disposición testamentaria contenida en un instrumento que no es un testamento. Esto incluiría designaciones de beneficiarios revocables en pólizas de seguro de vida, designaciones de beneficiarios en planes de ahorro para jubilación individual, pago revocable por fallecimiento y transferencia de cláusulas de muerte, fideicomisos intervivos revocables, y otros mecanismos similares.
- Los **sustitutos impuros o imperfectos** tienden a no ser de naturaleza testamentaria sino de propósito y objeto, e implican un interés de un tercero durante la vida del fallecido. Incluyen adquisiciones conjuntas de tenencia, tontine, fundaciones familiares, transferencias irrevocables de propiedad para el beneficio de otro sobre la muerte del cedente, fideicomisos, etc.
- Las **sustituciones funcionales** constituyen beneficios para una persona por ley a favor de una persona específica que no sea por sucesión. El fallecido tiene poca o ninguna libertad para seleccionar a los beneficiarios o la propiedad que se transferirá al momento de la muerte. Incluyen regímenes de propiedad matrimonial, planes de pensión públicos o privados, usufructo sin titularidad, dispositivos contractuales como mandatos *posmortem* (si está permitido), técnicas corporativas, etc.

En los Estados Unidos, siguiendo el *Uniform Probate Code* (Código Testamentario Uniforme), las transferencias no testamentarias son tratadas generalmente. En algunos estatutos provinciales canadienses de *common law*, como la Ley de Sucesión de Ontario,⁴ se trata la designación de beneficiarios bajo los planes de jubilación, que es

4. [N. del E.: cfr. nota 1].

un sustituto testamentario importante. En Quebec, están limitados a pólizas de seguro con designaciones de beneficiarios de los planes de ahorro registrados de jubilación (Registered Retirement Savings Plan [RRSP]).

3.3. Elección de la ley. Derecho comparado

Todavía no existen normas de conflicto específicas que rijan la admisibilidad, validez y efectos de los sustitutos de la sucesión en ninguna jurisdicción, y se excluyeron expresamente de los dos principales instrumentos internacionales: la [Convención sobre Sucesiones de 1989](#) y el [Reglamento \(UE\) N° 650/2012](#) (citados en 2.2.2.). La jurisprudencia y la doctrina en estas áreas son escasas en el mejor de los casos, y a menudo simplemente inexistentes. Las pocas decisiones informadas revelan una amplia variedad de resultados contradictorios, apoyados, en raras excepciones, por teorías disímiles. Esto no es sorprendente, ya que desde la perspectiva de su formación, los sustitutos de sucesión se refieren a una ley contractual, mientras que, desde el punto de vista de su finalidad, se refieren a la ley de sucesión. Además, algunos aspectos de la ley que trata de los sustitutos de la sucesión se encuentran en los estatutos específicos de la materia, como las leyes que rigen los seguros o los beneficios de pensión, que contienen reglas que determinan expresamente el alcance de la solicitud para el disfrute de dichos beneficios.

Debido a que los sustitutos de la sucesión se establecen por acto jurídico, a primera vista, uno pensaría que la opción obvia es someter estos asuntos a la ley que rige el contrato por el cual se estableció el sustituto de la sucesión. Esto promovería una mayor planificación patrimonial en virtud del reconocimiento general de la autonomía de las partes. Sin embargo, los sustitutos de sucesión implican propiedad y tienen ciertas afinidades con los acuerdos de sucesión, todos los cuales se rigen por diferentes reglas de elección de leyes, de las cuales solo algunas permiten la autonomía de las partes.

3.4. La ley que rige los sustitutos de la sucesión bajo la ley de Quebec

La doctrina de Quebec se ha caracterizado, en general, por la admisibilidad de sustitutos de sucesión puros e imperfectos o impuros, considerando que los mismos se regirán por la ley aplicable a la sucesión. Primero, así como la ley que rige la sucesión intestada determina si los herederos pueden ser excluidos por testamento o por contrato, la misma ley es posiblemente una buena elección para determinar hasta qué punto la transmisión de la propiedad de una persona por causa de muerte puede tener lugar de una manera diferente a la sucesión. Sin embargo, esta elección estaría sujeta a la presencia de una regla de elección de ley para un sustituto de sucesión específico, como el fideicomiso. En segundo lugar, esta opción también se justifica por el amplio alcance dado a la sucesión en el derecho internacional privado, aunque la administración del patrimonio relicto en jurisdicciones de common law y en ciertas jurisdicciones de derecho civil se rija por la ley de la situación de la propiedad. Finalmente, esta opción protege mejor los intereses de los herederos, dependientes y acreedores de los bienes del difunto.

3.5. Ley que rige la admisibilidad de los sustitutos de la sucesión en las jurisdicciones de *common law*

A veces hay un estatuto que dicta la aplicación de la ley del estado donde se encuentra la propiedad. De lo contrario, se aplica la ley que rige la situación de la propiedad o la ley propia del contrato.

3.6. Sustitutos de sucesión. Ejemplos

Los profesionales del derecho de Quebec se enfrentan cada vez más al dilema de reconocer o no la validez de un sustituto de sucesión, establecido de conformidad con una jurisdicción de *common law*, donde la ley que rige la sucesión del difunto no reconoció el sustituto de sucesión.

3.6.1. Designaciones de beneficiarios

Como argumenté anteriormente, soy de la opinión de que la cuestión se rige por la ley que rige la sucesión. Como tal, una designación de beneficiario de los RRSP (un sustituto de sucesión pura) válidamente celebrada en la provincia de Ontario, donde el fallecido era entonces residente, no debería ser reconocida cuando su último domicilio fue en Quebec y el acervo debe ser remitido al liquidador de la sucesión, conforme lo establece esta última legislación. En las jurisdicciones de *common law*, seguramente esta cuestión se regirá por la ley que rija al contrato.

3.6.2. Fideicomisos *inter vivos* familiares revocables

Es discutible que el aspecto de la transferencia que no sea por sucesión pueda verse como una cuestión separada de la ley que rige la validez del fideicomiso, tal como se analiza más adelante. Hasta la fecha, ningún tribunal se ha enfrentado a la cuestión de si la transferencia de la propiedad fuera de la sucesión se regula por la ley que rige al fideicomiso.

3.6.3. Tenencia conjunta con derecho de supervivencia

No es sorprendente que los tribunales de Quebec se hayan enfrentado a la determinación de la ley aplicable a la validez y oponibilidad de una adquisición de tenencia conjunta con derecho de supervivencia en una jurisdicción de *common law* por parte de jubilados o residentes semi-jubilados de Quebec que viajan al sur de los Estados Unidos y con frecuencia allí adquieren bienes de todo tipo, muebles e inmuebles, en tenencia conjunta con derecho de supervivencia. En Quebec, la ley que rige la sucesión determina la admisibilidad de la mayoría de estos sustitutos de la sucesión. Los tribunales generalmente han seguido la doctrina.

En el caso “Drolet v. Trust Général du Canada”,⁵ la cuestión ante la Corte de Apelaciones de Quebec era el derecho a una mitad indivisa de una cuenta de tenencia conjunta en un banco de Florida, con derecho de supervivencia y a nombre de Roméo Drolet y Pierrette Drolet, que en todo momento estaban domiciliados en la provincia de Quebec. Tras la muerte de Romeo, su esposa, Pierrette, retiró el dinero depositado en el banco a pesar de las demandas del albacea de su marido para que lo devolviera. Ella argumentó que, de acuerdo con la ley de Florida, el dinero era su propiedad. Ante esta situación, el albacea interpuso un recurso en Quebec para obtener una orden que obligaba a la señora Drolet a transferir la mitad indivisa de la cuenta a la sucesión, sobre la base de que la propiedad era un activo del difunto, bajo la ley de Quebec, y, por lo tanto, transmisible a sus herederos. Dado que la muerte de un cotitular, bajo la ley de Florida, causa que los derechos en la cuenta recaigan en el titular de la cuenta sobreviviente, el caso se convirtió en una cuestión de determinación de la ley aplicable a la admisibilidad, validez y el efecto contra los herederos de la cuenta conjunta.

La Corte de Apelaciones razonó de la siguiente manera. La ley que rige el contrato y que crea la cuenta se aplica para determinar la parte que tiene derecho a recibir el producto de la cuenta. Sin embargo, los derechos de propiedad son una cuestión de la ley de sucesión. Según el tribunal, dado que no había pruebas de una donación entre vivos, el contrato de apertura de cuenta de tenencia conjunta constituía un acuerdo de sucesión, a saber, un regalo en la contemplación de la muerte, que, de acuerdo con la ley de Quebec –aplicable al caso para determinar su validez y efecto–, era inválido por no haber sido creado en un testamento. Como resultado, la mitad indivisa de la cuenta se incluyó en los activos del patrimonio del difunto.

Ha habido otras decisiones en Quebec relacionadas con adquisiciones en tenencia conjunta por parte de personas domiciliadas en Quebec que han llegado a la misma conclusión. Sin embargo, en el reciente caso “Reichman v. Kadar” (anteriormente discutido en el contexto de las voluntades mutuas),⁶ el tribunal también debía determinar si aplicaba o no la ley de situación a una cuenta bancaria de tenencia conjunta, establecida en las Bahamas, cuando ambas partes tenían su domicilio en las Bahamas, y en las que se realizaban operaciones de conformidad con las leyes de las Bahamas. Al igual que en el caso de testamentos mutuos, el tribunal aplicó la ley de las Bahamas como la ley que rige el contrato que establece la cuenta conjunta. Además, el tribunal no se pronunció sobre la cuestión de si el testamento mutuo servía como cuenta conjunta.

El último pronunciamiento judicial sobre el efecto de una cuenta de tenencia conjunta es “Gauthier c. Gauthier”.⁷ El tribunal, siguiendo la doctrina de Quebec y “Drolet v. Trust Général du Canada”, sostuvo que el efecto de una cuenta conjunta abierta en Florida se regiría por la ley de Quebec, aplicable a la sucesión del primero en morir.

5. Corte de Apelaciones de Quebec, 22/3/1989, “Drolet v. Trust Général du Canada” (J.E. 89-706, 1989 CanLII 571 - Nº 200-09-000606-860 [200-05-002897-812]). [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: [SOQUIJ](#); última consulta: 3/4/2020].

6. [N. del E.: cfr. nota 2].

7. Corte Superior de Quebec, 19/5/2016, “Mario Gauthier c/ Chantal-Andrée Gauthier et Daniel Gauthier” (2016 QCCS 2333) (Nº 700-17-009590-125). [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: [SOQUIJ](#); última consulta: 3/4/2020].

Recientemente, la Corte de Canadá aceptó la doctrina del profesor Talpis en el fallo “Gold” (año 2020), según la cual la ley que debe regir la cuenta de tenencia conjunta es la ley que rige a la sucesión en su totalidad.⁸

4. Fideicomiso o *trust*

Donde existen, los fideicomisos se usan para un gran número de propósitos, incluyendo –pero no limitados a– la planificación patrimonial, por medio del fideicomiso entre vivos, o por testamento, en beneficio de una persona o un propósito, los fideicomisos de protección de activos, los fideicomisos comerciales, los fideicomisos de caridad, los fideicomisos de inversión, los fideicomisos de planificación de jubilación (pensiones) y los fideicomisos destinados a crear intereses de seguridad o para ahorros impositivos. Dado el gran número de usos, limitaré mi presentación a los fideicomisos creados voluntariamente, que son fideicomisos creados por un acto jurídico con el propósito de transmitir la propiedad después de la muerte del fiduciante disponente, esencialmente para la planificación patrimonial, en reemplazo de su sucesión.

4.1. Principales características del *trust* en las provincias de *common law*

Un *trust* no es una entidad legal o sujeto de derecho, aunque se lo trata como tal a los efectos fiscales. Hay muchas particularidades del *trust de common law*:

El concepto de doble propiedad: la persona que administra el fideicomiso, el fiduciario, es el propietario legal de la propiedad fiduciaria, mientras que la persona para cuyo beneficio administra el fideicomiso es el beneficiario final, que tiene un interés equitativo.

Es sujeto pasivo de impuestos y otras obligaciones.

Es posible que el fideicomitente y el fideicomisario sean la misma persona. En algunos casos, el fiduciario también podría ser un beneficiario de un fideicomiso.

4.2. Características principales del *trust* en Quebec

En la ley de Quebec se define al *trust* como un patrimonio de afectación (art. 1260 CCQ). El legislador optó por la noción de un patrimonio de afectación sobre la cual ninguna persona tiene ningún derecho real. Desde una perspectiva histórica, la razón para rechazar la propiedad dual está enraizada en la ley francesa. De hecho, Quebec esquivó la noción del *common law* de que la propiedad no se puede dividir. Nadie tiene derechos reales en el *trust*. Más bien, ha existido una nueva taxonomía de los deberes y poderes de los fideicomisarios y los derechos de los beneficiarios.

8. Corte de Apelaciones de Quebec, 14/1/2020, “Succession de GOLD” (2020 QCCA 23) (Nº 500-09-027363-183). [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: [SOQUIJ](#); última consulta: 3/4/2020].

Existen tres tipos de fideicomisos: en beneficio de una persona (incluidos fideicomisos entre vivos y los creados en virtud de un testamento), fideicomisos privados (fideicomisos comerciales, fideicomisos de inversión, fideicomisos de pensiones) y fideicomisos sociales. El CCQ creó una categoría especial para los *trusts* en el libro X, sobre derecho internacional privado. Esto fue facilitado por la importante reforma del *trust* de Quebec en el derecho interno.

Dos artículos, inspirados en la [Convención sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento](#) (La Haya, 1 de julio de 1985) (en adelante, “Convención sobre *Trust* de 1985”), adoptan una regla de elección de ley que gobierna los fideicomisos, sin ninguna enumeración de los asuntos que deben ser regidos por la ley aplicable: los artículos 3107 y 3108 CCQ:

3107. En ausencia de una designación de ley que se haga expresamente en el acto jurídico que crea un fideicomiso o que pueda inferirse con certeza de los términos de ese acto, o si la ley designada no prevé fideicomisos, la ley que aplica al *trust* es la ley con la que el fideicomiso está más estrechamente conectado.

Para determinar la ley aplicable, se tienen en cuenta, en particular, el lugar de administración del fideicomiso, el lugar donde se encuentran los bienes fideicomitados, la residencia o el establecimiento del fiduciario, los objetos del fideicomiso y los lugares donde se deben ejecutar las mandas del fideicomiso.

Cualquier aspecto divisible de un fideicomiso, particularmente su administración, puede estar regido por una ley diferente.

3108. La ley que rige el fideicomiso determina si la cuestión a resolver se refiere a la validez o la administración del fideicomiso.

También determina si esa ley o la ley que rige un aspecto divisible del fideicomiso pueden ser reemplazadas por la ley de otro Estado y, de ser así, las condiciones de reemplazo.

Al igual que en la Convención sobre *Trust* de 1985, la regla de elección de ley aplicable se aplica a los fideicomisos creados por acto jurídico. Por lo tanto, los fideicomisos constructivos, los fideicomisos legales y otros creados por la ley, como los fideicomisos resultantes de la decisión judicial están excluidos, y se regirán por la ley según la cual fueron creados.

Por lo demás, el *trust* y las instituciones estructuralmente análogas, como las fundaciones (de carácter privado o familiar), son institutos bastante diferentes. En efecto, estas últimas son personas jurídicas que pueden tener propiedades en su propio nombre y son capaces de actuar, demandar y ser demandados, y no deben clasificarse como un fideicomiso (a veces conocido como *Stiftung*, *Stichtung*). Se rigen por la ley bajo la cual fueron creados.

Dicho esto, la ley que rige los fideicomisos o *trusts* en Quebec se determina por la autonomía del fideicomitente, y el fideicomitente puede elegir cualquier ley, incluso si no hay conexión con la jurisdicción cuya ley se elige. La elección suele ser la de una jurisdicción única, pero nada le impide al fideicomitente elegir diferentes leyes de varias jurisdicciones para gobernar diferentes aspectos del fideicomiso o *trust*, como la validez del fideicomiso y los derechos del beneficiario, o la administración del *trust*. En ausencia de elección, la ley aplicable será la de la jurisdicción con conexión más cercana.

Como se anticipó, quedan por determinar muchas cuestiones, incluso si nuestros tribunales reconocerían o no un fideicomiso de *common law* o uno regido por un

sistema legal extranjero, de un tipo desconocido en la legislación interna de Quebec, y los incidentes del *trust* de *common law*: propiedad doble, equities, perpetuidades, por ejemplo.

No es sorprendente dada la orientación internacional de nuestras reglas de derecho internacional privado, que los tribunales de Quebec continúen reconociendo los *trusts* extranjeros del *common law* y hagan efectivos la mayoría de sus incidentes, incluso cuando entren en conflicto con la ley nacional de Quebec. Veamos.

4.2.1. Reconocimiento en Quebec de los *trusts inter vivos* de *common law*

La única decisión fue la del *trust* establecido por la declaración unilateral mediante transferencia por donación a favor de un individuo, que se presentó ante la Corte Superior de Quebec en el caso “Piccini”.⁹ El caso involucraba el reconocimiento, la ejecución y la oponibilidad en Quebec de un *trust* revocable entre vivos creado bajo las leyes de California, donde los bienes del fideicomiso incluían bienes inmuebles ubicados en Quebec, y la sucesión de los bienes inmuebles situados en ese territorio se pretendían regir por la ley de Quebec (*lex rei sitae*). La fiduciante, Lynn Puccini, mientras estuvo domiciliada en el estado de California, había establecido un fideicomiso entre vivos a través de una declaración unilateral a favor de su hermana, Suzanne, domiciliada en la provincia de Quebec, donde se localizaba el grueso de los activos del fideicomiso (propiedades inmuebles). Bajo los términos del instrumento, Lynn designó las leyes del estado de California para regir la validez del fideicomiso y su interpretación. Los términos del fideicomiso también establecían:

- A Lynn como beneficiaria, quien tenía derecho exclusivo a todos los ingresos y cualquier capital del fideicomiso, durante su vida.
- Que Lynn era la única fiduciaria durante su vida. Tras su muerte, su hermana Suzanne se convertiría en la única fiduciaria.
- Que después de la muerte de Lynn, la propiedad del fideicomiso fuera entregada a su hermana Suzanne.
- Que en virtud de la declaración unilateral, la propiedad del fideicomiso se transfería funcionalmente al fideicomisario.

Ante este caso, si los tribunales aplicaban la ley doméstica de Quebec para determinar la validez del *trust*, el mismo no se habría creado o establecido válidamente por al menos los siguientes motivos:

- a. El fideicomiso había sido creado por declaración unilateral, contrario al artículo 1262 CCQ.
- b. El fideicomiso establecía que la propiedad en poder del fideicomitente mantendría esos activos, en adelante como fiduciario. El cambio en la capacidad o calidad del propietario es contrario al artículo 1260 CCQ, que requiere una transferencia del patrimonio del fideicomitente al fiduciario para que exista un fideicomiso.

9. Corte Superior de Quebec, 21/8/2006, “Piccini et Talpis” (N° 500-17-032260-062). [N. del E.: ver [aquí](#); fuente: SOQUIJ; última consulta: 3/4/2020].

- c. Bajo la ley de California, la dualidad de propiedad de los activos del fideicomiso es una característica esencial de la ley de *trusts*. Sin embargo, según la ley de Quebec, ni el fideicomitente ni el fideicomisario ni el beneficiario tienen derechos reales (en la propiedad mantenida en el fideicomiso [art. 1261 CCQ]).
- d. No hubo mención expresa de la aceptación por parte del fiduciario de su posición como tal; sin embargo, este es un requisito de la ley de Quebec (art. 1264 CCQ).
- e. Durante su vida, Lynn es la única fiduciaria y beneficiario del *trust*; luego de su muerte, Suzanne es la única fiduciaria y beneficiaria, en violación a la ley de Quebec (art. 1275 CCQ).
- f. Bajo los términos del *trust*, el fideicomitente tenía un poder ilimitado de revocación. Después de la revocación, la propiedad del fideicomiso debe ser remitida al fideicomitente. Esto permite que el fideicomitente sea el único beneficiario, lo cual viola la prohibición bajo la ley civil de Quebec.
- g. Bajo los términos del *trust*, el fideicomitente tenía un poder ilimitado para enmendar o rescindir el fideicomiso, lo cual está en violación a la ley de Quebec (art. 1294 CCQ).
- h. La cláusula “no-contest” podría estar en violación del artículo 757 CCQ.

No obstante lo antes señalado, el tribunal interviniente dispuso que dado que el fideicomiso y los diversos asuntos en conflicto eran válidos según las leyes de California, y, por lo tanto, oponibles a los herederos, el tribunal tenía que decidir si las leyes de Quebec o de California deberían aplicarse a las cuestiones planteadas. Y, en este sentido, el Tribunal Superior de Quebec sostuvo que la ley de California elegida por las partes debería regir la validez y los efectos del *trust* y que tales efectos eran oponibles a los herederos (aunque la cuestión específica de los derechos de transferencia fuera de la sucesión y la ley aplicable a esta pregunta no se planteó ni discutió).

El tribunal ordenó el registro de la sentencia de Quebec, reconociendo la validez y los efectos del fideicomiso respecto de las propiedades inmuebles de Quebec. Y por esta resolución, al entregarse la propiedad por el fiduciario al beneficiario, este último se convirtió en el propietario absoluto de la propiedad del *trust*, aunque el contrato habría sido totalmente inválido bajo la ley de Quebec, que rige la sucesión de los bienes inmuebles relictos en Quebec. Significativamente, **el conflicto relacionado con la dualidad de los derechos de propiedad no fue cuestionado y fue ignorado por el tribunal.**

Contrariamente a lo sostenido por el tribunal, en el caso “Piccini” es la ley de Quebec la que rige la sucesión de bienes inmuebles relictos allí, y, por aplicación de la misma, no debería haberse reconocido la validez del instrumento californiano.

4.2.3. Reconocimiento en Quebec de los fideicomisos testamentarios de *common law*

Los fideicomisos testamentarios creados bajo una jurisdicción de *common law* también deben ser reconocidos en Quebec bajo las siguientes condiciones:

1. El testamento (iniciador) debe ser formalmente válido en forma y sustancia de acuerdo con las leyes aplicables.
2. La ley que rige la sucesión debe determinar si el testador puede legar o no la propiedad a un fideicomiso (el vehículo), aunque esto parece ser controvertido. La otra opción es enviar esta pregunta a la ley que rige el *trust*.

4.3. Elección de la ley que rige los fideicomisos bajo las provincias de *common law* y los territorios de Canadá

En Canadá, si bien el instituto de *trust* o fideicomiso constituye materia común que debería ser regulada por legislación común, cada provincia o territorio debe implementar los instrumentos de fuente convencional, como la [Convención sobre Trust de 1985](#), que ha sido ratificado por Canadá para que sea aplicable por sus tribunales.

4.3.1. Conflictos internacionales

La legislación de implementación ha adoptado la forma de una ley de fideicomisos internacionales en todas las provincias canadienses. La única provincia de *common law* que no ha implementado la Convención sobre Trust de 1985 es Nueva Escocia, en la cual se utiliza el conflicto de leyes y se distingue según el patrimonio fideicomitado se conforme de bienes muebles e inmuebles, lo cual es contrario al principio de la Convención. Se trata como una sola unidad, independientemente de la naturaleza de la propiedad.

4.3.2. Conflictos interprovinciales

Solo en las leyes sobre la materia de las provincias de Alberta y New Brunswick se establece específica y expresamente que la Convención sobre Trust de 1985 no se aplicará a los conflictos interprovinciales sobre *trusts*. Cuando se haya implementado la convención de fideicomiso en una provincia y no haya habido una exclusión o estatuto expreso para cuestiones de conflicto interprovincial, las reglas de derecho común del conflicto de leyes probablemente se apliquen, a menos que se adopte la ley modelo para conflictos interprovinciales, que hasta la fecha sólo se aplica en Nuevo Brunswick y Colombia Británica (en cuyo caso se aplican reglas similares a las de la Convención). Como resultado, en la mayoría de las jurisdicciones de *common law*, la idea de elegir una ley para gobernar la mayoría de los aspectos de un *trust* en el caso de un conflicto interprovincial no se aplica, y se aplican diferentes leyes a las disímiles cuestiones que afectan fideicomisos de bienes muebles y fideicomisos de bienes inmuebles, lo que claramente no es el mejor enfoque.

En cuanto a las normas de derecho común para fideicomisos testamentarios de bienes muebles, los asuntos que afectan la validez material o esencial de las disposiciones del *trust* se rigen por la ley expresamente o implícitamente designada por el testador.

Un *trust inter vivos* de bienes muebles se rige también por la ley expresamente o implícitamente designada por el fideicomitente.

En cuanto a las normas de *common law* de regulación de *trust* de inmuebles, la ley aplicable a la validez sustancial del mismo, ya sea que se hubiere creado por testamento o por acto entre vivos, es la ley que se aplicaría por los tribunales del lugar de situación de los mismos.

4.4. Reconocimiento del *trust* celebrado en Quebec en jurisdicciones extranjeras

El reconocimiento de los fideicomisos de derecho civil en un caso interprovincial –con las provincias del *common law* de Canadá– dependerá de la ley aplicable a la validez del *trust*.

Los tribunales de derecho común o *common law* han ejecutado *trust* celebrados en Quebec. El reconocimiento y los efectos de un *trust* de derecho civil de Quebec ante los tribunales de Alberta fueron el problema principal en el caso “*Webster-Tweel v. Royal Trust Corporation of Canada*”.¹⁰ El tribunal de Alberta fue convocado, en primer lugar, para reconocer como válidos tres *trusts inter vivos* celebrados bajo las leyes de Quebec en 1942, cuando estaba vigente el [Código Civil del Bajo Canadá de 1866](#). En el supuesto de que así lo declarara, el tribunal debía determinar si las reglas sobre la supervisión del fideicomiso y fideicomisarios, en particular la solicitud de un informe de los fideicomisarios por un beneficiario contingente, se regiría por la ley de Quebec o de Alberta, donde los *trusts* se administraban desde 1980.

La corte aplicó, sin discusión, las reglas de conflicto de leyes del *common law*, y sin vacilación de discusión reconoció la validez de los *trusts* celebrados en Quebec. Según el tribunal, la ley de Quebec regía la validez del fideicomiso, así como los asuntos administrativos, incluido el derecho a una contabilidad.¹¹ Aunque es un caso de los conflictos interprovinciales, ninguna de las partes planteó los conflictos existentes entre las leyes de Quebec y de Alberta sobre fideicomisos.

4.4.1. En Francia

El caso se daría, por ejemplo, cuando el fallecido, ciudadano canadiense, haya tenido su última residencia habitual en la provincia de Quebec, dejó propiedades inmuebles en Francia y constituyó un fideicomiso conyugal en su testamento de conformidad con la ley de Quebec y nombró a fiduciarios y liquidadores de Quebec. Con arreglo al [Reglamento \(UE\) N° 650/2012](#), la sucesión de todos sus bienes, incluidos sus bienes inmuebles relictos en Francia, se regirá por la legislación de Quebec; sin embargo, teniendo en cuenta la regla de conflicto para la sucesión de bienes inmuebles (conforme a la ley de Quebec), la sucesión a sus bienes inmuebles se rige por la ley francesa (*renvoi*, en el art. 34 del Reglamento de la UE). Conforme al Reglamento, la ley que rige la sucesión de los inmuebles también rige la posesión y la administración. Considerando que, en

10. Court of Queen’s Bench of Alberta, 25/2/2010, “Brenda Webster-Tweel v. Royal Trust Corporation Of Canada and Hugh G. Hallward” (2010 ABQB 139) (*docket*: 0601 10061; *registry*: Calgary). [*N. del E.*: ver [aquí](#); fuente: CanLII; última consulta: 8/4/2020].

11. Ver Roy, Marilyn, (comentario de “Webster Tweel contra Royal Trust Company of Canada”), v. 29, 2010.

este caso, la sucesión a los bienes inmuebles se rige por la ley francesa, ¿se reconocerá en Francia el *trust* creado bajo la ley de Quebec?

La primera pregunta para resolver es qué ley determina si el legado al fideicomiso es válido o no. ¿La ley que rige la sucesión (p. ej., la ley francesa) o la ley que rige el *trust*? El artículo 23, párrafo c), del [Reglamento \(UE\) N° 650/2012](#) se ha interpretado estrictamente como restringido a la capacidad, lo que hace que este asunto esté determinado por la ley aplicable a la validez del fideicomiso. No estoy seguro de que esta sea la solución según la ley de Quebec.

En cualquier caso, si en Francia se rige por la ley aplicable a la sucesión, la transferencia al *trust* no sería posible, por aplicación de la ley sobre *trusts* francesa. Por lo tanto, como en el pasado, se podía reconocer el *trust*, pero aún quedan problemas percibidos de la doble titularidad, ya que todavía se aplica la ley de la situación de lo inmóvil, la reserva, el *saisin*, etc.

4.5. Otro escenario

Si el fallecido ha designado la ley de Ontario o Quebec (Canadá) para gobernar su sucesión, el reenvío no se aplica, y la ley de Ontario o la ley de Quebec rige su sucesión, que permite el uso de *trusts* como un medio dispositivo de patrimonio. La elección es válida en el marco del Reglamento (UE) N° 650/2012 (art. 22). Puede que ni siquiera sea válido según la ley de Quebec bajo el artículo 3099 párrafo 1 CCQ. Sujeto a lo anterior, debería haber menos obstáculos para el reconocimiento en Francia.

El artículo 31 del Reglamento sugiere que los derechos en virtud de una ley extranjera que rige la sucesión se adaptan al derecho equivalente más próximo en virtud de la ley que rige los bienes en los que se invoca el derecho. Sin embargo, el nuevo [artículo 710-1 del Código Civil francés](#), que establece que cualquier escritura privada que requiera publicación debe ser el resultado de una acción auténtica ante un notario francés, que probablemente mantendrá el monopolio de las transacciones nacionales, hace que sea prácticamente imposible registrar un fideicomiso extranjero establecido en virtud de una forma no auténtica o un fideicomiso entre vivos establecido mediante transferencia a título de donación de un inmueble ubicado en Francia.

4.6. Último vistazo. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en Quebec sobre sucesiones y fideicomisos

No existe una disposición específica para determinar la jurisdicción del tribunal de origen en ninguna materia. Como tal, se aplica el principio espejo.

En cuanto a la sucesión, mientras no exista una norma específica que determine la jurisdicción del tribunal de origen, la jurisdicción se establece utilizando los artículos 3153 y 3164 CCQ, donde el demandado estaba domiciliado en el estado del tribunal de origen. Como en el caso de la jurisdicción directa, esto no es satisfactorio, y los tribunales deben determinar la jurisdicción sobre la misma base que otros asuntos de jurisdicción personal bajo el artículo 3168 CCQ, utilizando el enfoque sugerido para la jurisdicción directa.

Deberíamos vigilar los desarrollos en la recientemente aprobada [Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial](#) (La Haya, 2 de julio de 2019), ya que existe una regla sobre el reconocimiento de decisiones extranjeras relativas a ciertos asuntos relacionados con fideicomisos (reconocimiento de decisiones futuras basadas en la selección del foro y el lugar donde se administra el fideicomiso, excluyendo los regímenes matrimoniales y la sucesión), lo que no significa que la Convención no se aplicaría a la decisión relativa a los *trusts*.

Competencia material y territorial del escribano a través de la historia

María Echaide

RESUMEN

Se realiza un análisis de la competencia material y territorial del escribano a través de los tiempos. Con el objetivo de poder comprender a la misma en el mundo actual, es necesario realizar un estudio pormenorizado de su evolución histórica, debido a que de esa manera será posible entender la competencia tal como se conoce hoy en día.

PALABRAS CLAVE

Derecho notarial; competencia material; competencia territorial; historia del derecho notarial.

Fechas de recepción y aceptación

9/2/2020 - 18/3/2020

Sumario: 1. Introducción. 2. Evolución histórica. 3. Período colonial. 4. Legislación de gobiernos patrios. 5. Supresión de venta de notarías. 6. Prórroga de jurisdicción. 7. La competencia del escribano en el siglo XXI. 8. Conclusiones finales. 9. Bibliografía.

1. Introducción

La competencia es la primera facultad del notario, siendo imprescindible de su actividad, así como irrenunciable. La prueba de esto es dada por la incompetencia, puesto que el notario ve su función cercada por los límites estipulados en la ley, no pudiendo actuar válidamente ni teniendo valor legítimo sus autenticaciones si extralimitase su aptitud funcional. Por lo tanto, la competencia proviene de la normativa que rige el derecho.

De acuerdo a lo enunciado por Siri, la competencia material refiere a cuál es el contenido de la labor notarial y sobre qué puede recaer esta;¹ en otras palabras, son los asuntos en los cuales puede actuar. Tal como indica Pelosi, abarca la fe pública notarial y su instrumentación, es decir, lo que puede y debe hacer en el ejercicio de sus funciones.²

De igual modo, la competencia territorial es aquella que se ejerce sobre determinada demarcación. Refiere al ámbito jurisdiccional dentro del cual el escribano está autorizado a ejercer sus funciones, teniendo prohibida la extralimitación de la misma.

1. SIRI, Francisco J. en Armella, C. N. (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, t. 1, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998 (1ª ed.), pp. 179-180.

2. PELOSI, Carlos, *Documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1987 (1ª ed.).



No es un límite a la función sino al ejercicio sobre determinada demarcación o territorio. Abella y Regis la definieron como el “límite de ejercicio de la función pública en un ámbito geográfico”.³

La violación por parte del escribano actuante del requisito de la competencia del lugar en el que ejerció sus funciones para el acto escriturario [...] determina la nulidad del mismo.⁴

A continuación, se analizará la evolución que ha tenido la competencia a través de la historia hasta llegar al siglo XXI.

2. Evolución histórica

Al igual que se ha estudiado en diversos aspectos del derecho notarial, la organización del notariado en América proviene de la legislación española. La legislación española fue volcada en su integridad a América y, con ella, también la organización del notariado. A su vez, el ordenamiento jurídico de España tuvo orígenes en el sistema compilatorio de la época de Justiniano. Entre los códigos y recopilaciones producto del derecho español se hallan: Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Especulo, Siete Partidas, Leyes de Estilo, Ordenamiento de Alcalá, Ordenanzas Reales de Castilla, Leyes de Toro, La nueva Recopilación de las Leyes de España, sancionada hacia 1567, y la Novísima Recopilación, promulgada en 1805.

Como ejemplo de origen de la competencia territorial, es posible vincular la Ley I del título VIII del libro I del Fuero Real, que ordenaba que fueran puestos escribanos públicos en las villas y ciudades y, limitando posteriormente el número a la necesidad de esa villa o ciudad, dejaba en evidencia que el escribano debía actuar en determinada jurisdicción o demarcación. Particularmente, quien se ocupaba de nombrar a dichos escribanos era el rey o, en su defecto, quien el rey dispusiere.⁵

En lo referido a las Siete Partidas (Ley II, título XIX, Partida III), se indicaba que era preciso que quienes fuese escribanos debían ser vecinos del lugar donde ejercieren. El objetivo de esto era, tal como dice Pondé en su obra, que pudieran conocer mejor a las personas con relación a los cuales debían hacer las cartas;⁶ mientras que en la Ley IV, al momento de referirse a las condiciones para ser designados escribanos, establecía: “mas si fuere para ser escribanos en la ciudades o en las Villas, debe el Rey saber de los hombres buenos, de los lugares donde aquellos quieren ser escribanos”.

Consecuentemente, los escribanos, conforme a las leyes que precisaban su actuación, repartían las denominaciones, ocupándose así de diversas tareas. Algunos llevaban a cabo la redacción de actas y notas del rey, mientras que otros lo hacían respecto a las escrituras públicas o a las decisiones de los jueces o de actos que provinieren de la justicia. Las limitaciones en cuanto a su actuar eran estipuladas por el rey, siendo

3. ABELLA, Adriana N. y REGIS, Ariel, en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 729.

4. CNCiv., Sala D, 30/5/1996, “C., E. c/ R., M. J.” (*La Ley*, t. 1997-E, p. 170).

5. PONDÉ, Eduardo B., *Origen e historia del notariado*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 212.

6. Ídem, p. 220.

esto, de acuerdo a lo dicho por Bollini, lo que hoy se puede entender como “competencia material”.

Eran conocidos como “reales” quienes tenían su jurisdicción en otro el reino, pudiendo ser de registro o de actuación; numerarios, puesto que ejercían sus funciones en un determinado número de puntos; de ayuntamiento o consejo; o de cámara, autorizaban lo actuado por los tribunales superiores.

Acercándonos a finales del siglo XV, es preciso situarse ya en América Latina en 1492, en el descubrimiento de América y la llegada de Cristóbal Colón, quien contaba con escribanos entre sus viajeros. Fue así como reclamó por medio de acta los derechos posesorios para el reino de Castilla, quedando así en posesión de la isla y de la mayor parte del continente descubierto.

De acuerdo a lo expresado en el XVII Congreso Internacional del Notariado Latino, tanto en Argentina como España, la fe pública judicial y extrajudicial estuvieron unidas en un solo funcionario hasta avanzado el siglo XIX, haciendo referencia esto a la competencia material.

3. Período colonial

El período en cuestión abarca la época en la cual Argentina aún era colonia de España (finales del siglo XV) hasta la Revolución del 25 de Mayo de 1810. El derecho español fue el derecho primigenio, siendo secundado por las Leyes de las Indias.

Se entiende que dicho derecho era poco claro y confuso, debido a que se caracterizaba por no tener una unidad, lo cual implicaba que las disposiciones más modernas no derogaban las anteriores. Por lo tanto, podían existir dos normativas de diferentes años que fueren contradictorias entre sí. Asimismo, no había un desarrollo normativo o doctrinario en cuanto a cómo se aplicaba el derecho, teniendo que hacer una exégesis de la ley vigente al momento para definir qué derecho era pertinente que fuere aplicable. Por último, la poca claridad en la redacción de las disposiciones era otro factor característico en este período.

En lo referido a las leyes que regían sobre la profesión del notario, estaban el Fuero Real, las Partidas y la Novísima Recopilación. La primera de las fuentes decretaba la creación y desempeño de los escribanos públicos, deduciéndose así como el primer órgano legal que determinaba la actuación del notario. La tercera, en cambio, se ocupó de indicar que los virreyes y justicias no tenían la potestad de nombrar a los escribanos, sino que era preciso sacar título y notaría del rey despachado por el Consejo de Indias. Si bien posteriormente, por medio de reales cédulas, se autoriza a que las audiencias pudieran tomar el examen de los escribanos, el título seguía concediéndose por medio de la “venta de oficios”, algo característico de finales del 1400 con el objetivo de la monarquía de acaudalar fondos, lo cual trajo aparejado que no se analizara si determinadas poblaciones precisaban de escribanos y no tenían, por ejemplo. La venta en cuestión consistía en dar el oficio –en este caso en particular, el oficio del notario– al mejor postor, soslayando de esa manera cuestiones fundamentales como si quien lo compraba era idóneo para el cargo. Asimismo, la obligación esencial para conseguir la posesión de dicho oficio

era el fiat, un pago que debía realizarse. Junto a esta obligación también empezó a acostumbrarse a pagar periódicamente la media annata, un pago que el notario hacía en proporción a la cantidad de habitantes que había en su demarcación territorial.

Es pertinente remarcar que, posteriormente, en 1573, una ley de Felipe II decía que en aquellos lugares donde hubiere dos escribanos se debían repartir de manera equitativa los negocios por provincias, obispados, alcaldías mayores y corregimientos. Entre tanto, en el año 1590, surge otra ley, también de Felipe II, en la que se decretaba la incompatibilidad entre el cargo del escribano y el encomendero de Indias.

Llegado a este punto, es preciso situarse a mediados del siglo XVIII, más precisamente en el año 1776, cuando se crea por real cédula el Virreinato del Río de la Plata; así como se crea la Real Audiencia Pretoriana de Buenos Aires en 1783. En las ordenanzas de dicha audiencia había alrededor de setenta artículos vinculados a los notarios. En este momento había tanto escribanos como relatores de audiencia en lo civil y criminal. Las disposiciones mencionadas apuntaban a establecer el arancel, así como también respecto a la obligación que tenían estos escribanos de dejar constancia de los derechos que percibieren en los procesos y en las escrituras.

Más adelante, en 1788, ya existían en Buenos Aires seis registros de contratos o escrituras públicas y el del Real Consulado. Eran lo que se llamaba “escribanos de número”. Haciendo un paralelismo con la actualidad, es lo que hoy en día es conocido como de registro. Los escribanos de número ejercían el libre ejercicio y tenían autonomía de juzgamiento y determinación, formando parte también en las jornadas revolucionarias de Mayo, lo cual ha permitido hoy en día poder identificar cómo se caracterizaba al notario porteño en esa época. Por otro lado, había también escribanos cuyas funciones consistían en las tareas administrativas y que formaban parte de los órganos de gobierno.

En cuanto a la cuantía de escribanos existentes, se tiene como referencia un censo de principios del año 1805 realizado por el Cabildo de Buenos Aires, el cual arrojó como resultado que en una población de cuarenta mil personas que habitaban dentro de la Capital había siete escribanos numerarios y nueve reales.

A modo de distinción, tal como lo indicó Bollini,⁷ se mencionará la clasificación que se hacía de los escribanos estando esta sujeta al cargo que ocupaban o al carácter de sus títulos. Se dividían en: escribanos reales o de su majestad, de número, de gobernación, de audiencia, de cámara, de consejo, de cabildo, de provincia, de cajas, de reino de india, de aduana, de juzgado de bienes de difuntos, de rentas de tabaco, del tribunal mayor de cuentas, de alzada, de hacienda, de minas; escribano público, de registro, de real consulado. Por último, al final de la nómina estaban las escribanías públicas numerarias.

Tal como concluyeron las escribanas Belmes y Busacchio, por medio de esta variedad de oficios se puede dilucidar la confusión que había entre la fe pública judicial y extrajudicial, así como también una manera ficta de designar al notario actividades que eran específicas.

7. BOLLINI, Jorge A., “Organización del notariado argentino”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 863 (separata).

4. Legislación de gobiernos patrios

A lo largo de los gobiernos patrios, se verá cómo por medio de la legislación se buscó reglamentar la competencia material y territorial del escribano.

En 1810, durante la Primera Junta, la competencia correspondía a conjuces nativos, y, en 1812, la labor jurisdiccional quedó legislada en el reglamento de instituciones y administración de justicia de las Provincias Unidas del Río de la Plata, que reemplazó a la Real Audiencia.

Ya con la Asamblea del 1813, en el mes de febrero de dicho año, se dicta una resolución que estipulaba que:

... serían removidos de sus puestos todos aquellos eclesiásticos, civiles y militares residentes en Buenos Aires que dentro de los quince días no hubieren obtenido la ciudadanía, extendiendo el plazo a tres meses para los europeos que se encontraban en lugares alejados de nuestro territorio, comprendiendo este decreto, por ser función civil, a los escribanos en ejercicio. El 3 de abril de 1813 la Asamblea, refiriéndose a los escribanos españoles de manera expresa, decreta que aquellos únicamente podían conservar sus oficios si se naturalizaban dentro del perentorio y estricto término de ocho días.⁸

Si bien estas medidas no fueron de carácter organizativo de la actividad del notario, sí constituyeron la carta de ciudadanía del notariado de las Provincias Unidas de la Plata.

Otro decreto, dictado el 13 de octubre de 1814, estableció las ordenanzas provisionales del Excmo. Cabildo, Justicia y Regimiento de la Ciudad de Buenos Aires, regulando así las facultades y deberes del escribano de Cabildo.

En el año 1819, una resolución del Congreso de las Provincias Unidas del Río de la Plata dicta que los escribanos tenían libertad para renunciar cuando mejor les conviniera, sin perjuicio de lo que establezca la legislatura sobre la calidad de los oficios vendibles y renunciables. “De esta resolución lo más importante es la referencia a los oficios vendibles (fondo del asunto) pues se tendía a la desaparición de la enajenación de oficio, que recién se hizo realidad en 1814”.⁹

Entonces, hasta esta instancia, tal como se ve con lo expuesto *ut supra*, el notariado era considerado un oficio vendible el cual era posible de renunciar. No obstante, con el paso del tiempo, esta característica o cualidad desaparecería.

En 1830, Juan Manuel de Rosas le da un marco jurídico respecto al protocolo y a las escrituras que hasta ese momento no habían tenido. Lo hace a través del dictamen de un decreto en el cual se reglamenta la forma en la que debía ser llevado el protocolo y la modalidad indicada para extender escrituras públicas en cuanto a lo vinculado con los escribanos numerarios y de registro. Por otro lado, las funciones de superintendencia del notario fueron asumidas sucesivamente por la Cámara de Apelaciones y la Excm. Cámara de Justicia.

Análogamente, la Cámara de Apelaciones dispuso que en el caso de que un escribano fuere sancionado con la pena de prisión, se clausuraría su oficina y el juez interviniente en la causa, seguidamente de haber realizado un inventario de los efectos,

8. XVII Congreso Internacional del Notariado Latino (Florencia, Italia).

9. *Ibidem*.

nombraría depositario a otro escribano especialmente designado, con el objetivo de evitar la infiltración de otros escribanos reales en demarcaciones territoriales de los escribanos de número, escribanos judiciales, impidiendo que autorizaran actos jurídicos impropios de su quehacer. Por ejemplo, que notarios eclesiásticos intervinieran en negocios jurídicos laicos, entre otros.

La mencionada Cámara, por acuerdo del 19 de diciembre de 1835, prohibió a los escribanos del consulado o tribunal de comercio

... autorizar testamentos y contratos públicos, que no fueren fianzas, compromisos, poderes, prestos sobre letras de cambio, libranzas y otros documentos semejantes concernientes al giro comercial.¹⁰

Con este acuerdo se ordenó también que los testamentos y contratos que se hubieren asentado incorrectamente ordenando fueran protocolizados en un registro de contratos civiles.

En este período se van a encontrar las siguientes clasificaciones o, también, tipos de notarios, los cuales se van a organizar, por un lado, en escribanos de registro y, por otro, en escribanos de actuación. El este último caso, tal como se menciona el en XVII Congreso Internacional del Notariado Latino, se van a subdividir en:

- Civiles y del crimen.
- Comerciales: que dependían ya sea del Poder Judicial o del Consulado (Tribunal de Comercio).
- De marina: Se ocupaban de la matrícula de los buques, sus transmisiones, protestas y todo lo concerniente a los negocio marítimos.
- De hipoteca: Se anotaban los gravámenes constituidos sobre las propiedades, su reconocimiento, cancelaciones, embargos e inhibiciones.
- Mayor de Gobierno.
- Eclesiástico

Con respecto a los primeros dos tipos de escribano no se va a suscitar mucha complejidad ni a explayar más en lo referido a su marco de acción. Ahora bien, respecto de los escribanos de marina, cabe mencionar que recién hacia el año 1883 tuvieron una ordenación, según la cual establecía que la función de dicho notario iba a depender o estar bajo el control de la Prefectura Marítima. Por otro lado, se debe mencionar que dichos escribanos de marina estaban bajo relación económica del Estado, lo que implicaba que el Estado se encargaba de pagarles un sueldo por su labor de escribano.

Asimismo, el escribano en este período temporal cuenta con varias disposiciones legales: a) Código de Comercio, b) reglamento para la escribanía marítima de la Capital Federal, c) decreto sobre arancel, atribuciones y deberes de los escribanos de marina del 30/12/1884, c) decreto de julio de 1894 que atribuyó al Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública la creación de escribanía de marina y superintendencia de sus titulares, e) Ley 3547 que suprimió la distinción entre escribanos civiles y comerciales, f) Decreto 15247/56 que suprimió las escribanías de marina con asiento en la Capital Federal, g) Decreto 18300/56 que creó el Registro de la Propiedad Naval.¹¹

10. *Ibidem*.

11. SOLARI, Osvaldo, "Registro de marina".

Para finalizar, dentro de la mencionada categoría de escribanos de actuación, los notarios eclesiásticos quedaron meramente y estrictamente avocados a los actos eclesiásticos. De este modo, no poseen relación alguna con la actividad secular. Y, en relación al escribano Mayor de Gobierno, que dentro del régimen político federal de la República Argentina se lo designa, según se trate de la Capital Federal o de las provincias, como escribano General de Gobierno o escribano Mayor de Gobierno, pasó a tener funciones específicas.

En 1853, con el dictado de la Constitución Nacional, se sanciona un régimen de gobierno de carácter federal, resultando así que las provincias sean autónomas y conserven para sí todo el poder no delegado al Gobierno Federal. Bajo estas disposiciones, cada una de ellas procede a organizar sus propios tribunales de justicia, involucrándose dentro de estos a la función notarial.

Hasta el momento surgen diversas disposiciones en lo que se refiere a los escribanos que actuaban en los juzgados, los del Tribunal del Consulado, los cuales van a tener continuidad hasta 1862 y los que serán reemplazados por los escribanos de comercio. Hacia el año 1863, se van a abrir escribanías de registros civiles y comerciales, y, para el año 1870, va a prohibirse la creación de nuevas escribanías salvo que fuesen solicitadas por la administración de justicia. Otras leyes referentes a la organización de los tribunales van a referirse siempre al escribano público dentro de la función judicial.

Por el año 1871, entra en vigencia el Código Civil Argentino, entrando la organización notarial en el período de codificación. Consecuentemente, recién en esta fecha nuestra legislación va a determinar claramente las funciones del escribano público y las formalidades con las que deben contar las escrituras públicas. Y además, por primera vez, va quedar establecido en un código, el Código Civil, y no ya un decreto o ley, la competencia material, personal y territorial del escribano, en especial en los artículos 980, 985, 981, 990 y 997.

Estos artículos enunciaban que:

- Para la validez del acto como instrumento público es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto y que este se extienda dentro del territorio que se la ha asignado para el ejercicio de sus funciones.
- Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público, en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito.
- Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados, pero si los interesados fueren solo por tener parte en sociedades anónimas o ser gerentes o directores de ella, el acto será válido.

El artículo 990 se refiere a los motivos de inhabilidad en los testigos. Y, por último, el artículo 997 ordena que las escrituras públicas solo pudieran ser hechas por escribanos públicos o por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones.

Por último, cronológicamente hablando, en 1877, con la Ley 3547, se unificaron escribanías, es decir, se removieron a los escribanos comerciales. Es importante destacar que hasta ese entonces, es decir, en el período que abarca desde 1810 a 1853, no

había existido un concepto ni una legislación de carácter nacional, debido a que no se encontraban aun delimitadas las provincias ni lo que luego sería denominado la República Argentina. Si bien la legislación existente al tiempo hacía referencia a la provincia de Buenos Aires y a la ciudad del mismo nombre, en el resto del país se fue desarrollando un proceso idéntico, es decir, se trató de ir desarrollando de manera local un ordenamiento rector respecto de la temática del notario y el notariado en general.

5. Supresión de venta de notarías

Otro aspecto importante para la competencia del notario fue la prohibición de la venta del oficio de escribano. Esto fue producto del hecho de que se tenía como objetivo elevar la profesión de notario, otorgándole el prestigio correspondiente la dación de fe pública. En la actualidad, se puede apreciar que dicho espíritu continúa vigente.

A lo largo de los años, tal como se explicó a lo largo de este trabajo, van a sancionarse varias leyes vinculadas a la función del escribano. Generalmente estas provenían de leyes de organización notarial que se dictaban en el país y venían a llenar una necesidad de regulación, estableciendo normas de procedimiento. Entre ellas se puede encontrar a la Ley 1144 de 1881, la cual legislaba sobre los escribanos públicos, los escribanos secretarios y los escribanos de registro. En el año siguiente, 1882, la Ley 1190 reglamentó que los escribanos de juzgado se denominarán secretarios de juzgado; y, en 1886, se crearon dos juzgados de mercado en los que intervinieron dos escribanos de registro, que se ocupaban en los asuntos de esos juzgados y autorizaban las operaciones que se hicieran sobre esa materia.

Referido a la competencia, es menester mencionar una figura importante: el escribano adscripto. Se crea esta institución a los fines de permitir que cada escribano de registro pudiera tener un escribano adscripto en su oficina, el cual era nombrado en la misma forma y condiciones de los titulares, funcionando con la responsabilidad conjunta con el titular.

En primera instancia, se establecía en el artículo 184 de la Ley 1144 una absoluta división entre los escribanos de fe pública judicial y extrajudicial, así como la concesión exclusiva de la fe pública extrajudicial en lo referido a los actos y contratos públicos, a los escribanos de registro. Luego, en el año 1897, por medio de la Ley 3547, se suprime la división existente entre escribanos civiles y comerciales, pasando todos ellos a depender de la Cámara Civil.

En el año 1913, con la Ley 9078, la Escribanía General de Gobierno Nacional pasa a depender del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública y es en este momento que por primera vez se fijan las atribuciones y el arancel propios de la actividad del escribano. Por último, la Ley 12264 de 1935, en relación a los títulos, va a nacionalizar los títulos de escribano de origen provincial que fueron expedidos hasta 1912.

Por otro lado, a partir de los intentos de organización corporativa que se llevaron a cabo en Buenos Aires y Córdoba en el año 1927, se logró reconocimiento estatal al Colegio de Escribanos, posicionándose como partícipe activo en el gobierno y disciplina del cuerpo. Al mismo tiempo, se le concede el estatus de institución civil autónoma. Sin

embargo, la primera ley propiamente denominada notarial se sancionó en el año 1943, en la Provincia de Buenos Aires, bajo el número 5015, y, a partir de ese entonces, fueron surgiendo leyes con esta temática en las distintas provincias. A su vez, se fueron creando los colegios, los cuales se fueron organizando a través de leyes que contemplaran tanto el aspecto externo del colegio en sí como el interno de las obligaciones y derechos de los escribanos de registro (o de otras categorías que también se admitieren), con respecto al ejercicio de su profesión y a las normas que lo sujetan a dichos colegios.

Es entonces a partir de esta etapa que se empieza a diferenciar la competencia material, territorial y personal del escribano de registro, que reunía, en definitiva, todas las funciones que la ley le impone como obligatoria y aquellas permitidas que realiza a solicitud de parte.

No obstante, antes de haber llegado a esta separación total o especificación legal de la labor del escribano, se debe mencionar, por ejemplo, la actuación de los jueces de paz. En la Capital Federal y en los territorios nacionales, según ley de fines de siglo (3245), los jueces de paz de los territorios federales podían otorgar escrituras públicas donde no hubiere escribanos de registro o donde el escribano o escribanos estuviesen ausentes o impedidos, exceptuándose de esta autorización a las escrituras de compraventa, hipotecas u otras que se refieran a la transferencia o modificación de dominio sobre bienes raíces. Estas últimas, cuando no funcionare escribano alguno de registro dentro de la Gobernación, podrán otorgarse ante el escribano de la Gobernación más próxima.

Facultades similares fueron acordadas en otras leyes que disponían que los gobernadores y secretarios desempeñaran las funciones antes señaladas, mientras no existieran juzgados letrados en dicho territorio.¹²

Como se puede ver, es recién en el año 1943 que se exige como requisito para ejercer la profesión en la capital de la gobernación o en cualquier otra localidad de los territorios nacionales, que el escribano con título expedido por universidad nacional solicitara del Poder Ejecutivo autorización para establecer el respectivo registro de contratos públicos.

Es preciso recordar que la República Argentina, hasta el año 1949, se hallaba dividida en provincias y gobernaciones con distinto régimen, con lo cual las provincias eran autónomas y las gobernaciones dependían del poder central. Empero, en el año 1955, desapareció este régimen, pasando a ser todas provincias, con excepción del territorio nacional de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur, que continuaron sometidas a jurisdicción nacional.

6. Prórroga de jurisdicción

Retomando nuestra temática en cuestión, ya quedó expuesto que las leyes notariales prescriben que los notarios ejerzan sus funciones dentro de los límites territoriales correspondientes al registro de su actuación y prevén los casos en los cuales podrán salir del mismo para cumplir determinadas diligencias o atender requerimientos, que por

12. XVII Congreso Internacional del Notariado Latino (Florencia, Italia).

circunstancias de servicio exigen la presencia del notario en los lugares donde no haya registro o este se encuentra acéfalo.

Cabe aclarar que en algunas provincias los notarios pueden actuar indistintamente dentro de sus límites correspondientes a su registro mientras que en otras solo podrán hacerlo en los casos expresamente previstos por la ley.

Por último, dentro de la misma práctica notarial se deben detallar algunas de las figuras mencionadas con anterioridad. Por un lado, el escribano titular y su adscripto. En aquellos lugares en los que es admitida la segunda figura, serán ambos escribanos registro, con la más amplia gama de facultades para realizar actos protocolares y extraprotocolares, entendiendo que poseerán siempre un mismo número de registro y un solo protocolo.

Por otro lado, se introduce la figura de los escribanos autorizados, a quienes se les permite la realización de cierto tipo de actos extraprotocolares (actas y certificaciones de firmas, con atribuciones de fe pública), los cuales, a diferencia de los mencionados previamente, no tienen protocolo pero sí fojas rubricadas para su actuación por los mismos colegios de escribanos y un sistema de superintendencia acorde.

Otra figura que merece ser mencionada es la de los matriculados, los cuales habiendo obtenido el título universitario correspondiente, y no teniendo registro ni estando autorizados, pueden efectuar actos tales como estudio de antecedentes, asesoramiento jurídico, contratos privados y a veces algunas funciones dentro del tribunal como inventariadores.

Por último, pero no por eso menos importante, por medio de la Ley de Organización del Notariado de la Provincia de Entre Ríos surgen los escribanos subrogantes recíprocos. Establecía que dos escribanos titulares de registro, con idéntico asiento, podrían proponerse en calidad de subrogantes recíprocos y, con autorización del Poder Ejecutivo, el subrogante podría actuar en todo momento en el Registro del subrogado.

Respecto de este tema, en nuestro ámbito local, la Ley 12990, que rige para los escribanos de Capital Federal, en su artículo 10 determina la competencia en razón de la materia:

El escribano de registro es el funcionario público instituido para recibir y redactar, conforme a las leyes, los actos y contratos que le fueren encomendados y para dar carácter de autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante él se desarrollen, formularen o expusieren, cuando para ellos fuera requerida su intervención.

El artículo 6 de la mencionada ley refiere a la competencia territorial y dice:

Los escribanos deberán fijar su domicilio profesional y residir habitualmente en la Capital Federal o en el lugar del Territorio Nacional en que ejerzan sus funciones, comunicándolo por escrito al Tribunal de Superintendencia y al Colegio de escribanos, no reconociéndose otro domicilio que no hubiese sido notificado en igual forma.

Salvo el caso de instrumentos autorizados por Delegación Judicial, están obligados a actuar dentro de la jurisdicción en que hubieren establecido su domicilio.¹³

13. Arts. 6 y 10 de la Ley 12990.

7. La competencia del escribano en el siglo XXI

A lo largo del presente trabajo he establecido lo que se entiende por competencia material y territorial así como también se ha estudiado el desarrollo de la misma. A continuación, se analizará cómo entiende nuestra normativa hoy en día la competencia del notario.

Previo a desglosar la competencia material y la territorial en la normativa local en la actualidad, es pertinente tener en consideración la aparición de una ley que modificó y reguló sobre la profesión del escribano de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esta es la [Ley Orgánica Notarial 404](#). La misma fue sancionada por la Legislatura Porteña el 15 de junio de 2000. Por medio de esta, los escribanos porteños pasaron de ser “escribanos nacionales” a escribanos de la Ciudad.¹⁴ Entre las diversas cuestiones que reglamentó se ocupó de la competencia material y territorial.

Particularmente la competencia material para la doctrina, tal como lo exponen Abella y Regis,¹⁵ se determina por exclusión y por inclusión. Se da por exclusión, es decir, todo lo que no esté designado a otro funcionario público, el escribano lo puede hacer. Por otro lado, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se halla delimitada en los artículos 20 y 21 de la Ley 404, esto implica por inclusión. El primero de estos artículos establece, entre otras, que son funciones notariales de competencia privativa de los escribanos de registro el interpretar, asesorar y redactar el instrumento. En cuanto a la interpretación, es el principio de inmediación, de carácter estricto y obligatorio. Igualmente, indica que no puede actuar de oficio, lo que se vincula con el principio de rogación, debido a que su actuación debe ser siempre a petición de parte o por juez. Por otro lado, en el artículo 21 se enumeran las actividades que puede realizar un escribano de registro en función de tal competencia.

A modo de comparación del sistema de notariado latino, es pertinente exponer el sistema utilizado en los países anglosajones. En estos estados la competencia material es “muy reducida, se limita a los actos específicamente determinados, los cuales no pueden ser ampliados analógicamente”.¹⁶

En lo referido a la competencia territorial, anteriormente el Código Civil, en el artículo 980, exigía para la validez del acto como instrumento público que el oficial público obrara en los límites de sus atribuciones y que se extendiera dentro del territorio que le había sido asignado para el ejercicio de sus funciones. Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación establece como requisito esencial de la validez los instrumentos públicos que el oficial público hubiere actuado dentro donde tenía competencia territorial.

De manera análoga, indica que si se actuare fuera de la jurisdicción que corresponde, el acto será nulo de nulidad absoluta. Particularmente para Pelosi, las fronteras están dadas por los confines geográficos y no por la potestad o legislación nacional o provincial aplicable. En cuanto a los escribanos de la Ciudad Autónoma de

14. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro, “Historia del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (capítulos 3, 4 y 5)” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 918, 2014.

15. ABELLA, Adriana N. y REGIS, Ariel, ob. cit. (cfr. nota 3).

16. SIERZ, Susana V., *Derecho notarial*, Buenos Aires, Di Lalla Ediciones, 2007 (2ª ed.), p. 712.

Buenos Aires, pueden ejercer su función en cualquier lugar de la Capital Federal. Sin embargo, en provincia esto es distinto, debido a que es por lugar de demarcación.

Las leyes orgánicas notariales determinan la competencia territorial, en algunos casos, en un distrito único que coincide con el territorio de toda la provincia o de la Ciudad Autónoma, y en otras existe distrito plural, en correspondencia con la división de los departamentos o municipios de la región.¹⁷

Por otra parte, en cuanto a la Ley 404, en el artículo 24 se observa que el escribano de Ciudad de Buenos Aires debe vivir a cien kilómetros o menos de la escribanía. Dentro de donde tiene su competencia territorial debe dar fe; fuera de esta, puede asesorar a requirentes, hacer estudios de títulos o redactar un instrumento privado, mas no certificarlo, ya que esto implica actuar como profesional del derecho, pero no de manera fedante.

Cuando actúa como oficial de justicia *ad hoc* en el marco de la Ley 24441, esta establece que el escribano designado por el juez si debe hacer ciertos actos puede salir de la demarcación de la competencia territorial.

8. Conclusiones finales

A modo de conclusión, cabe destacar que el derecho notarial y su estudio se han ido desarrollando a lo largo de la historia y que el mismo es bastante reciente en nuestro Estado, puesto que en Argentina en particular no tiene tantos años de tratamiento como lo tiene en algunos países europeos.

Finalmente, creo que es preciso estudiar la historia del mismo, no solo aquí, sino también en cuanto al derecho comparado, debido a que esto va a permitirnos como profesionales poder no solo comprender el origen de las actividades que ejercemos diariamente, sino que también, por medio del estudio de la historia, como eventuales creadores del derecho, podremos saber cómo desarrollarla, con propuestas superadoras que nos permitan llevar el ejercicio y la función del notario a su máxima excelencia.

9. Bibliografía

- ABELLA, Adriana N. y REGIS, Ariel, en Clusellas, G. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- BOLLINI, Jorge A., "Organización del notariado argentino", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 863 (separata).
- GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro, "Historia del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (capítulos 3, 4 y 5)" [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 918, 2014.
- PELOSI, Carlos, *Documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1987 (1ª ed.).
- PONDÉ, Eduardo B., *Origen e historia del notariado*, Buenos Aires, Depalma, 1967.
- SIERZ, Susana V., *Derecho notarial*, Buenos Aires, Di Lalla Ediciones, 2007 (2ª ed.).
- SIRI, Francisco J. en Armella, C. N. (dir.), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, t. 1, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998 (1ª ed.).
- SOLARI, Osvaldo, "Registro de marina". XVII Congreso Internacional del Notariado Latino (Florencia, Italia).

17. ABELLA, Adriana N. y REGIS, Ariel, ob. cit. (cfr. nota 3).