

octubre | diciembre 2020

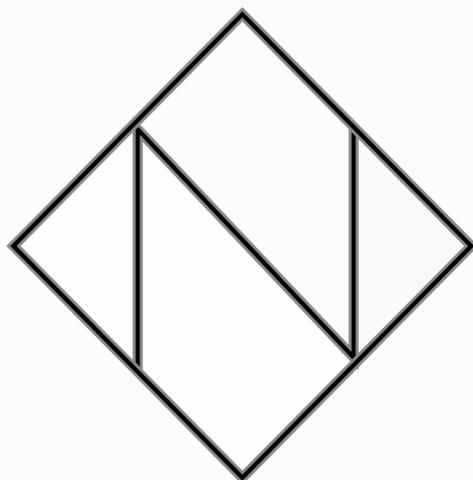
942

REVISTA DEL
NOTARIADO

Director: Diego Maximiliano Martí

octubre | diciembre 2020

942



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 2451-537X

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 Zaldivar, 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: Carlos Almar

Todos los derechos reservados.

Consejo Directivo

Ejercicio 2019-2021

Presidente	Carlos Ignacio Allende
Vicepresidente	Santiago Joaquín Enrique Pano
Secretaria	Rita Josefina Menéndez
Secretario	Hernán Mario Ferretti
Prosecretario	Ricardo Jorge Blanco Lara
Prosecretaria	María T. Acquarone de Rodríguez
Tesorera	María Eugenia Diez
Protesorero	Mauro Riatti
Vocales titulares	Álvaro D. Ramírez Arandigoyen María Valeria Seibane Irene Recalde de Ricardes Federico José Leyría José María Lorenzo Virginia Carolina Olexyn Horacio Francisco Ballestrín Nélida C. Rosato de De Pascale María Florencia Rodríguez Amat Ricardo Carlos Alberto Blanco
Vocales suplentes	Mariano Alejandro Lozano Diego Mariano Mage Ernesto Felipe Vales Angélica G. E. Vitale Virginia Beatriz Putignano Horacio Egidio Domingo Gigli
Presidente honorario	José María Fernández Ferrari † <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 27/6/2019)</i>
Decano	R. Gastón Courtial † <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 26/9/2013)</i>

Editorial | 7

Doctrina

“Contratos celebrados en el extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles en argentina”

por Zulma A. Dodda | **9**

“Servidumbres ambientales. Una herramienta del notariado para el compromiso ambiental”

por María C. Ghione | **27**

“La vivienda como instrumento de dominación generador de situaciones de vulnerabilidad. ‘Te sacó la casa’”

por Patricia A. Lanzón | **47**

Dictámenes

“Convenio partitivo de bienes gananciales y propios por liquidación de la comunidad. Unidad negocial, forma del acto”

por Mario G. Szmuch | **53**

Jurisprudencia comentada

“Un interesante antecedente de publicidad registral. Los horoi en el derecho griego clásico de los siglos V a III a. C.”

por Héctor B. Slemenson | **71**

Estimados lectores:

Les acercamos en este número cuatro trabajos doctrinarios y un dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas, que han sido ya puestos a vuestra disposición en la web de la *Revista*.

Días antes de fallecer, **Héctor B. Slemenson** nos presentó un artículo acerca de los *horoi* griegos, estructuras de piedra que publicitaban la afectación del fundo en que se encontraban como garantía del cumplimiento de obligaciones dinerarias y contenían un breve detalle, grabado en el monolito, respecto del inmueble, el acreedor, el deudor y monto de la deuda. Esto constituye un interesante antecedente de la publicidad registral hipotecaria y, luego, inmobiliaria.

En *La vivienda como instrumento de dominación generador de situaciones de vulnerabilidad*, **Patricia A. Lanzón** aborda el tema de la vivienda como elemento de dominación en la dinámica familiar, sea en casos de relaciones de pareja o en el vínculo entre hijos y padres, especialmente cuando se trata de adultos mayores. Plantea que la presencia del Estado resulta fundamental para evitar situaciones de vulnerabilidad en estos casos, asistiendo a la persona afectada y proveyendo alternativas para su desenvolvimiento autónomo. Y pone el foco en que el régimen de protección del Código Civil y Comercial (arts. 244 a 256) atiende la situación de los propietarios, pero no protege a los poseedores o tenedores por cualquier título o incluso sin él.

Contamos también con la disertación brindada por **Zulma A. Dodda** en sesión de la Academia Nacional del Notariado *Contratos celebrados en el extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles en Argentina*. Allí, analiza los requisitos para la inscripción de documentos otorgados en el extranjero a fin de transferir derechos reales sobre inmuebles en nuestro país, destacando que el Código Civil y Comercial dejó de lado el *exequatur*, el proceso judicial y la consecuente orden de protocolización, y solo se requiere instrumento público legalizado.

María Celeste Ghione nos acerca *Servidumbres ambientales. Una herramienta del notariado para el compromiso ambiental*, trabajo en el que destaca las posibilidades de utilización de este derecho real como herramienta para la protección ambiental, tendiente a evitar el deterioro de los recursos naturales.

Finalmente, contamos con un dictamen de **Mario G. Szmuch**, aprobado por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio, respecto de la forma del negocio jurídico de partición. En el particular, se trata del convenio partitivo de bienes gananciales y propios por liquidación de la



comunidad. Se aborda el problema de determinar si las diversas prestaciones comprometidas en un mismo instrumento constituyen un negocio único o si nos encontramos ante una multiplicidad de negocios unidos por nexos que no excluyen el valor autónomo de cada uno. El autor concluye que, para ello, debe atenderse a la causa, entendida como la función económico-social que el negocio cumple, conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.

DIEGO MAXIMILIANO MARTÍ

Contratos celebrados en el extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles en Argentina*

Zulma A. Dodda

RESUMEN

Se analizan los requisitos para la inscripción de documentos otorgados en el extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles en Argentina, destacando que el Código Civil y Comercial eliminó el *exequatur*, el proceso judicial y la consecuente orden de protocolización; solo se requiere instrumento público y legalización. El análisis complejo se enmarca en determinar la equivalencia entre la forma exigida y la realizada.

PALABRAS CLAVE

Derecho internacional privado; derechos reales sobre inmuebles; transmisión y constitución; documento otorgado en el extranjero; instrumentos privados e instrumentos públicos; registración; derecho aplicable; idioma; legalizaciones.

Publicado online: 15/9/2022

Sra. DODDA.— Este tema nos inquieta a todos por varios motivos. En primer lugar, porque estamos en un momento donde la globalización hace que la circulación de documentos extranjeros ya no sea algo circunstancial, ocasional o esporádico, sino que haya empezado a incorporarse, aun en el interior del país –no solo en Capital Federal–, todo este ejercicio de recibir documentos extranjeros que no manejábamos asiduamente, y, por lo tanto, tenemos que ponernos a considerarlo.

*(*N. del E.*): Disertación brindada por la autora en la sesión de la Academia Nacional del Notariado del 17 de septiembre de 2018, en la Ciudad de Buenos Aires. El texto que se reproduce en esta publicación es la transcripción taquigráfica de la exposición; por tal motivo, se ha respetado el formato correspondiente, con mínimas correcciones de estilo y con la incorporación de referencias bibliográficas y notas. Las opiniones vertidas por los académicos integrantes del público presente luego de la disertación se han mantenido textuales, pero sin la indicación de su autoría, por suponer que podrían no constituir su opinión completa.



¿Qué análisis con respecto al tratamiento que le daba Vélez a este tema de documentos otorgados en el extranjero para transmitir bienes inmuebles? En primer lugar, el artículo 10 del [Código de Vélez \(CC\)](#)¹ hacía referencia a que la normativa que se aplicaba respecto de inmuebles situados en el país era la legislación argentina, es decir, la legislación del lugar donde estaba ubicado el inmueble. En segundo lugar, me interesaría hacer un cuadro comparativo con el [artículo 1211 CC](#), que decía que

Los contratos hechos en el extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados.

Es decir, se está refiriendo a la transferencia de derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en nuestro país, y dice que, si ese instrumento o contrato fuera otorgado en el extranjero, tendrá exactamente el mismo valor y efecto que tiene el argentino, siempre y cuando se tratara de un instrumento público y estuviere debidamente legalizado. Son los dos requisitos esenciales para que le demos validez.

Cuando vamos a la nota que Vélez pone al artículo 1211,² nos dice que se refiere a instrumentos públicos y no a escrituras públicas porque hay países que no tienen la escritura pública, y que, en consecuencia, quiere ser abarcador de otro tipo de instrumento público que tenga autenticidad en cuanto a su contenido y autoría sin que sea escritura pública. Los dos requisitos. Y la oración que agrega al artículo 1211, que es trascendente porque es la oración que no tenemos ahora en el Código Civil y Comercial, es:

Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente.

En el análisis de este artículo, lo que estamos planteando es que, para la transferencia del dominio, necesitamos título y modo; el título lo está reconociendo en el documento extranjero por instrumento público y legalizado, pero nos dice: cuidado, falta el modo para transferir el dominio. Para que ese modo pueda cumplirse, para que la posesión tenga efectos jurídicos, requiere que un juez ordene la protocolización de ese documento.

1. (N. del E.): Los hipervínculos a textos normativos fueron incorporados por la *Revista del Notariado* y dirigen a fuentes oficiales –en caso de excepción, se hará la aclaración que corresponda–; la fecha de última consulta es 12/9/2022.

2. (N. del E.): Ver la nota art. 1211 CC [aquí](#) (p. 86); última consulta: 27/7/2022 (fuente: VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio, *Notas del código civil de la República Argentina* [online], Buenos Aires, Pablo E. Coni Editor, 1872; última consulta: 12/9/2022).

Esto hace que recién en ese momento pueda tomarse posesión con efectos jurídicos, y a partir de ahí tenemos los dos elementos, título y modo, y daremos publicidad registral a través de la protocolización. Este es el concepto velezano de este artículo 1211, que cierra con ese contenido.

Por el año 2006, en las Jornadas Iberoamericanas de Punta del Este, donde la delegación argentina fue coordinada por Néstor Lamber –que presentó un trabajo realmente enjundioso sobre un tema que no tiene demasiada bibliografía porque ni siquiera los códigos comentados profundizan demasiado en ello–, se incluyeron ponencias que fueron premonitorias: por ejemplo, que la apostilla como sistema de legalización debe ser difundida hasta lograr que se extienda a la mayor cantidad posible de países, porque es la manera de agilizar el tráfico de inmuebles. Y, respecto de los documentos extranjeros, hace un análisis crítico de la última parte del artículo 1211 y dice que, en rigor, no debería ser necesario que fuera una orden judicial la que generara la protocolización, sino que sería suficiente con que se trate de una escritura que viene del exterior, que fuera protocolizada por el notario, que hiciera la calificación y los controles, sin necesidad de que pasara por un proceso judicial con la correspondiente orden de su protocolización. Y, además, lo que plantea coherentemente con esto es que debe haber una tendencia doctrinaria, jurisprudencial e, incluso, reflejarla legislativamente para aceptar que cualquier escritura pública de transferencia de dominio otorgada en el extranjero haga plena fe en nuestro país sin necesidad de análisis o calificación, como sí se requeriría con otro tipo de instrumento.³

Evidentemente, todos estos elementos que se pedían en 2006 fueron evolucionando en ese sentido, a punto tal que la apostilla está cada vez más generalizada. El trabajo también pedía que la apostilla fuera una tarea que realicen los notarios, y hoy la apostilla en la Argentina está en manos del notariado. La jurisprudencia marcó esta línea o tendencia en el sentido de establecer que las escrituras públicas provenientes del extranjero hacen plena fe como las escrituras otorgadas ante notario argentino.⁴ Es decir que toda esta tendencia que se anunció en 2006 como ponencia se fue convirtiendo en realidad.

3. (N. del E.): La disertante se refiere al trabajo presentado por la delegación argentina en el tema III de la XII Jornada Notarial Iberoamericana (Punta del Este, noviembre de 2006): LAMBER, Néstor D. y otros "Circulación e inscripción de documentos provenientes del extranjero" ([ver online en Revista Notarial](#), N.º 955, 2007, pp. 23-131; ver también allí las conclusiones de la jornada, pp. 291-295; última consulta: 12/9/2022).

4. Ver CSJN, 2/12/1942, "Standard Oil Co. (New Jersey) c/ Dir. Imp. Réditos" (*Fallos*, 194-345), y CSJN, 5/5/1982, "Büscher, C. H. c/ Sociedad Anónima 'Cooperadora Argentina'" (*Fallos*, 48-98); citados en LAMBER, Néstor D. y otros, ob. cit., p. 37; última consulta: 12/9/2022.

En el año 2015, el [Código Civil y Comercial \(CCyC\)](#) elimina el *exequatur* para estas escrituras, elimina el proceso judicial, elimina la orden de protocolización. Esto, que tiene mucha importancia, que es trascendente porque agiliza el trámite, nos va a dejar un primer cuestionamiento en algún aspecto. Tengo más dudas que certezas, pero les voy a transmitir primero las certezas y después plantearé muchas dudas que entiendo que requerirían reglamentación o interpretaciones jurisprudenciales que les dieran un mayor apoyo.

¿Por qué digo esto? Los dos requisitos son instrumento público y legalización. Y el primer tema, tal vez el más preocupante en este análisis, es la calificación como instrumento público. ¿Por qué? Porque cuando nosotros jugábamos con este artículo 1211, pero lo analizábamos a la par del [984 CC](#), este artículo establecía que cuando se protocolizaba por orden judicial implicaba asimilarlo al documento público:

El acto bajo firmas privadas, mandado a protocolizar entre los instrumentos públicos por juez competente, es instrumento público desde el día en que el juez ordenó la protocolización.

De tal manera, hacíamos el juego entre el 1211 y el 984 CC y no teníamos duda de que lo que llegara del exterior, cuya protocolización se hubiera ordenado judicialmente, era instrumento público si cumplíamos con ese requisito.

Ahora no hay una norma similar en el nuevo código en cuanto a que se pueda equiparar el instrumento público y el instrumento privado certificado. Nosotros sabemos que protocolizar no implica convertir el instrumento privado en instrumento público y también sabemos que hay países, fundamentalmente en el derecho anglosajón, que no tienen instrumento público para transferir bienes inmuebles. Entonces, tenemos ahí una primera pregunta para hacernos.

Voy separando los casos que son claros: no tengo ninguna duda, cuando el acto se otorgó ante notario extranjero, de que estoy en presencia de instrumento público. Si viniera un instrumento judicial o administrativo, tampoco tendríamos dudas al respecto. El problema son los instrumentos privados con firma certificada, de los cuales nosotros recibimos bastantes de Estados Unidos, no solamente sobre transferencias de bienes inmuebles, sino también sobre poderes u otro tipo de cuestiones, donde tendríamos esta inseguridad al analizar qué tipo de documento estamos recibiendo para ese acto en particular. Entonces, ¿quién va a calificar si lo que llega es o no un instrumento público y bajo qué condiciones lo estamos tomando?

La Convención de La Haya, cuando refiere a la apostilla⁵ y dice que documentos se van a apostillar o legalizar, incluye entre los documentos que se van a apostillar, y les da carácter de instrumento público, a los instrumentos privados con firma certificada, donde el *notary public*, por ejemplo, que realiza ese tipo de certificación, lo que hace es certificar fecha y firma, pero no le da carácter de instrumento público al documento sino que le da carácter de instrumento público a la certificación; lo que también haríamos nosotros en un instrumento privado con la certificación de firma. Con esto no estamos certificando la autenticidad del contenido sino solamente de la firma. Entonces, el artículo 2667 CCyC exige que el contrato otorgado en el extranjero conste en instrumento público. Tendremos que calificar si el instrumento privado con firma certificada por notario, en los países donde no hay escritura pública, queda en el marco de este artículo.

Ahora voy a analizar algo muy importante en este código, que tiene que ver con haber sistematizado de manera mucho más prolija todo lo que es derecho internacional privado. En el código de Vélez teníamos las normas de derecho internacional privado diseminadas a través del código. El CCyC genera un **título especial**, que son las disposiciones de derecho internacional privado, y va analizando primero las normas generales y después las normas particulares para cada caso.

Cuando nos referimos a los derechos reales sobre inmuebles, primero hay un tema que tiene que ver con la forma de los actos jurídicos, que es el artículo 2649 CCyC. Como regla dice que las formas de solemnidad en los actos jurídicos, su validez o nulidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos fueren celebrados. Es decir, se aplica la ley del lugar donde se otorgó el documento y no la del lugar donde se va a utilizar. O sea que, en principio, la forma está dada por la legislación del lugar donde se otorgó el contrato.

Este artículo tiene un segundo párrafo que es sumamente interesante:

Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada.

Aquí estamos en el punto: ¿quién va a calificar la "equivalencia" entre la forma exigida y la forma realizada? Forma exigida: instrumento público. Forma realizada: aplico la ley del lugar donde se otorgó el contrato. A partir de ahí, alguien tiene que determinar que hay equivalencia entre ambos, aunque no

5. (N. del E.): La disertante se refiere al [Convenio Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros](#), aprobado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 5 de octubre de 1961; última consulta: 12/9/2022.

haya identidad. Entonces, en este nuevo análisis se tiene que ver qué pasa con los documentos que no son escritura pública o instrumento público –que es muy claro que están dentro de la norma– pero que en su país de origen no existe forma de encontrar algo que sea rígidamente equivalente al instrumento público que nosotros referenciamos y calificamos. Entonces, nos planteamos dos opciones: una interpretación flexible, donde me encuentro con un documento que tiene certificadas la firma, la fecha, la manifestación de voluntad del otorgante, sin vicios de la voluntad, pero no tengo un documento auténtico en cuanto a su contenido, ¿lo aceptamos como instrumento público por provenir de un país en que esa es la única forma posible para ese tipo de documentos? ¿O no lo vamos a incluir dentro de la normativa y vamos a pedir que eventualmente siga un proceso judicial y se protocolice? Con lo cual entiendo que no le cambiamos el carácter de instrumento que tiene, le vamos a dar la apariencia de un instrumento público.

La jurisprudencia en nuestro país –que no está referida a este tipo de actos porque el 984 solucionaba el tema– sobre poderes y cesiones de derechos posesorios reconoce que en estos casos este tipo de documentos privados con firma certificada, con la única posibilidad de instrumentarse de esa manera y siguiendo la aplicación de las leyes vigentes en el lugar donde se otorga el contrato, deben considerarse equivalentes al instrumento público que requiere esta norma. Todo esto sin perjuicio de que existen algunos fallos y posiciones doctrinarias que nos hacen enfrentar la duda de tomar o no ese documento privado de transferencia de dominio de un inmueble con firmas certificadas. Después voy a llegar a la parte del registro, pero primero quiero hacer esta introducción.⁶

Los artículos claves son el 2667 y el 2668 CCyC. El 2667 dice: “Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de situación”. Esta es la regla general. Y sigue:

Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados.

6. Ver CNCom., Sala A, 24/9/2010, “Trade and Commerce Bank c/ José Cartellone Construcciones Civiles SA” (*Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, N.º 3, 2011, p. 99; EIDial, 26/11/2010; Jurisprudencia Argentina, 9/3/2011); y CSJN, 26/12/1995, “Méndez Valles, Fernando c/ A. M. Pescio SCA s/ ejecución de alquileres”, M 354 XXIV (*Fallos*, 318:2639 [N. del E.]: ver [aquí](#); última consulta: 12/9/2022).

Es el mismo texto del [artículo 1211 CC](#), eliminada la última parte de la intervención judicial y la consecuente protocolización.

La legalización para la circulación internacional del documento puede cumplirse mediante la apostilla para los países incorporados a la Convención de La Haya o mediante la legalización consular, que, desde el año 2001, no tiene un trámite –como tenía antes– secuencial de dos o tres autoridades certificantes, sino que es suficiente la firma del cónsul argentino en el país de origen para que se agote la cadena de legalizaciones.⁷ La legalización es, entonces, un proceso sencillo, se obtenga por la apostilla o por la vía consular. Por lo tanto, el punto central radica en la calificación de instrumento público: primero, quién califica –no tenemos más al juez– y, segundo, cómo califico estos instrumentos privados.

Para seguir sembrando dudas –que ojalá ustedes me ayuden a responder–, este artículo dice: “los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles”. ¿Qué hacemos con la constitución de derechos reales? Si bien el CCyC dice que estas normas deben interpretarse aplicando primero su letra y después un criterio finalista, la letra dice lo que dice.

Tenemos algunos fallos donde se resolvió que, si la norma es clara en su texto, no hay por qué interpretarlo. Estos fallos, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata (provincia de Buenos Aires), referentes a la subrogación del régimen de vivienda, confirman la observación del Registro de la Propiedad Inmueble, fundados en el texto del artículo 248 CCyC, rechazando los argumentos del actor que planteó que no era imprescindible “adquirir” otro inmueble en el que se va a subrogar la afectación a vivienda, sino que puede subrogarse en otro bien que ya formaba parte del patrimonio del afectante, aplicando el sentido finalista de la norma.

Ante esa situación, también se me prende una luz amarilla en este artículo porque, si ingreso la escritura de hipoteca otorgada en España sobre un inmueble argentino, claramente no estoy en una transferencia de derechos reales sino en una constitución. Esa constitución, ¿entra en esta norma? Si no, ¿en qué norma entra? Porque no tenemos otra.

Si me preguntan mi opinión, entiendo que este artículo debe interpretarse de manera flexible y, en principio, debe extenderse a todos los derechos reales. Pero, a su vez, me planteo: ¿no será riesgoso permitirlo? A lo mejor, el legislador lo hizo intencionalmente para que la constitución de un derecho real de hipoteca tuviera otro tipo de controles u otro de tipo de calificaciones. No lo sé. No conozco cuál fue la idea cuando se puso

7. [Decreto 1629/2001](#) (BORA 12/12/2001).

“transferir derechos reales” y no “transferir y constituir derechos reales”. Por eso lo dejo planteado como una inquietud.

El artículo 2668, complementario del 2667, refiere que “los derechos reales sobre bienes registrables se rigen por el derecho del estado del registro”. Esto del estado de registro es la aplicación de las normas registrales locales. Cada registro, así como tiene normativa propia respecto de nuestras actividades de publicidad e inscripción, también la tiene para este tipo de actos.

Ahora pasamos a analizar alguna normativa vigente. En ninguno de los registros de las diferentes provincias que pude averiguar se ha inscripto todavía un documento extranjero, excepto Capital Federal y Provincia de Buenos Aires. Capital Federal es más adelantado en ese sentido: dictó la [Instrucción de trabajo 9/2016](#), por la cual regula los requisitos para el ingreso de este tipo de documentos, de conformidad con el 2667 y el 2668 CCyC. La citada IT, en su artículo primero, establece que el autor del documento debe decir que se trata de un instrumento público. Pero yo no voy a calificar si es o no un instrumento público lo que está ingresando, sino que lo califica el que autorizó el documento, no quien viene a rogar la inscripción.

Ahora bien, salgo de la parte registral y me lo planteo desde el punto de vista de quien quiere inscribir ese documento: ¿qué escribano cuando va a autorizar una escritura de compraventa dice que es un instrumento público? Nosotros suponemos que la circulación de nuestras escrituras públicas implica el reconocimiento de que se trata de un instrumento público. ¿Y quién va a calificar? Nos llega el instrumento de España o Uruguay y no dice que es un instrumento público. Si esta exigencia del Registro de Capital Federal no se suple con una calificación del registro de que efectivamente es un instrumento público, se me ocurre como única solución que deberíamos protocolizarlo y nosotros calificar que se trata de un instrumento público. El Registro de la Provincia de Buenos Aires inscribió dos, uno por protocolización y otro directamente el instrumento extranjero sin protocolización, pero no tiene nada escrito respecto de cuáles son los requisitos que va a solicitar.

El segundo elemento que correctamente pide el instructivo del Registro de la Capital Federal es que esté legalizado, o sea, que se cumplan los requisitos de la legalización (apostilla o legalización consular).

En tercer lugar, hay un tema impositivo que, aunque pudiera parecer menor desde lo académico, ha pasado a ser gran parte de nuestra vida notarial. En este caso, el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal interpreta que ese documento que llega desde el extranjero no ha cumplido seguramente con las declaraciones de COTI, ITI, ganancias, persona políticamente expuesta, origen de los fondos, etc., y, entonces,

dice que va a inscribir la escritura, no la va a observar ni rechazará su inscripción por temas impositivos, pero informará a la AFIP y a la AGIP que se ha inscripto ese documento, de tal manera que tomen las medidas que consideren convenientes de resultas del ingreso de esta documentación. Solo se va a requerir, apoyado en el artículo 3 bis de la Ley 17801, el CDI, suponiendo que se trata de personas extranjeras que no tienen CUIL ni CUIT. Tengo entendido que el Registro de Capital Federal acepta que si el CDI no viene en la escritura –que es lo más lógico– pueda incorporarse en la rogatoria; o sea, que en la rogatoria con que se ingresa la escritura se incluya el CDI de las partes o de los apoderados, cuando corresponda, supliendo así la calificación necesaria que tiene que hacer del artículo 3 bis de la Ley 17801, que exige que esté la clave de identificación.

Me preocupa esto de calificar como instrumento público porque depende de cómo ingrese y cómo se ruegue. Y, en segundo lugar, ¿cómo se puede rogar?, ¿quién ruega la inscripción? Si se protocoliza la escritura, obviamente ruega el escribano autorizante de la protocolización. El escribano puede venir también autorizado en el texto de la escritura extranjera a hacer la inscripción y entonces queda legitimado como autorizado. O puede ser que ingrese la rogatoria con firma certificada de la persona legitimada, que es la parte, que tiene interés legítimo y, en consecuencia, puede rogar perfectamente la inscripción, acompañando directamente el documento extranjero sin intervención notarial.

¿Qué implica esto? ¿Qué va a pasar con los recaudos administrativos, catastrales, registrales y tributarios para inscribir? Alguien los tiene que cumplir. Y me estoy refiriendo al certificado de catastro en Provincia. Con respecto a los certificados registrales, la instrucción de trabajo del Registro de Capital Federal dice que deberán acompañarse informes de inhibición y dominio y deberá constar en la rogatoria el número y fecha de presentación. En lo personal, creo que esto no debería ser un requisito obligatorio, dado que, si ingresamos la escritura en el registro con prioridad directa, también podríamos estar ingresando este documento extranjero con prioridad directa. Y, además, si la escritura ya se otorgó, ya vencieron los plazos y estamos ingresando después de los cuarenta y cinco días, el sistema de prioridad registral no estaría funcionando.

En el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, como mínimo, hay que acompañar inhibiciones. ¿Por qué? Por un tema que diría que es de estructura edilicia más que de fundamento jurídico, y es que cuando ustedes ingresan con un documento al Registro de Provincia, si lo ingresan sin certificado y hay una medida cautelar o una hipoteca, el Registro observa en la matrícula diciendo: “sírvese aclarar, existe medida

cautelar” o “existe derecho real de hipoteca”. Si hay una inhibición, el Registro no lo ve en el área donde se inscribe dominio porque el registro de inhibiciones es un registro absolutamente independiente. Ustedes me dirán: puede hacer la consulta interna. Sí, pero no la hace, y cuando trabajamos con escrituras sin certificado, tenemos que pedir la inhibición y decir que no hay inhibiciones. Son formalidades que las vamos a necesitar para poder cumplir con estos trámites. El Registro de Provincia también pide CDI; no lo tiene escrito, pero lo pide.

¿Qué ocurre cuando nos encontramos con una escritura a la que le faltan recaudos básicos para que no la observen y la inscriban? Cuando protocolizamos una compra en subasta, transcribimos las resoluciones judiciales, pero hacemos de ordenadores de los requisitos administrativos, registrales y catastrales que, a lo mejor, en el expediente no aparecen con claridad. Aquí, la única manera –entre comillas– de subsanar antes del ingreso de una escritura que a simple vista observamos incompleta en cuanto a los datos que el registro nos va a requerir para la inscripción sería con una escritura de protocolización, en la que complementáramos las constancias registrales, catastrales o administrativas que no consten en la escritura que viene del extranjero. Y, por supuesto, tanto el particular legitimado como el notario que protocoliza tendrán que pagar todo lo que tenga que ver con impuesto de sellos, como si fuera un documento judicial, y también, desde ya, la tasa de inscripción. Estos son elementos que deberán ser complementados por quien va a rogar el ingreso del documento al registro: el particular o el notario, si interviene en la protocolización, cosa que no está exigida en la normativa ni es obligación hacerlo.

El Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires no controla aspectos impositivos y no informa a la AFIP ni a otro organismo el ingreso de documentos, porque es un tema que le es ajeno, ya que la ley registral establece que ninguna situación impositiva no cumplida debe obstaculizar la inscripción del documento. En consecuencia, lo inscribirá sin ese tipo de controles, solo pidiendo el CDI, que sí surge de la Ley 17801.

Un tema adicional que quiero comentar es el idioma. ¿Qué sucede si llega una escritura otorgada en el extranjero, pero en otro idioma? Por supuesto, el registro contesta: “si mandan un documento en alemán, lo vamos a observar”. El artículo 302 CCyC nos da la respuesta con respecto al idioma:

Los otorgantes pueden requerir al notario la protocolización de un documento original en idioma extranjero, siempre que conste traducción efectuada por traductor público o intérprete que aquél acepte. En tal caso, con el testimonio de la escritura, el escribano debe entregar copia certificada de ese instrumento en el idioma en que está redactado.

Es claro el procedimiento a seguir: hay que protocolizar ese instrumento, que en realidad lo protocolizamos en idioma nacional, con la traducción correspondiente, y lo que va a circular es la protocolización en idioma nacional con el documento original en idioma extranjero autenticado, y vamos a agregar el original de ese documento en nuestro protocolo. Esto puede ingresar al registro, y será inscripto sin problema. Hasta podemos apoyarnos en el 302 o referirnos a él para sostener la razón del procedimiento.

Un tema que tiene que ver con Provincia de Buenos Aires y Capital Federal es lo que significa la defensa de jurisdicción. El Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia no lo tiene escrito, pero he escuchado a la doctora María Martha Cúneo (coordinadora del Departamento Jurídico) dar charlas sobre el tema y considera que, si bien no hay defensa de jurisdicción entre Buenos Aires y la Capital Federal para escrituras autorizadas por notarios de Capital sobre inmuebles de la Provincia, no podrían, a criterio del Registro de Provincia, inscribir una escritura de un notario de Tucumán o de Mendoza, sino únicamente las propias. Entonces, si el criterio es que este registro no acepta que inscriban una escritura de Mendoza, con este mismo concepto no deberían poder inscribir un documento extranjero.

La solución para evitar observaciones sería que el notario de la Ciudad de Buenos Aires protocolice el documento extranjero. De cualquier manera, el planteo sería que ningún escribano de una jurisdicción podría inscribir una escritura autorizada en el extranjero si no está autorizado o si no protocoliza. Alguna de las dos cosas tiene que haber. No podemos ingresar con la escritura y una rogatoria firmada por nosotros sin estar legitimados por autorización o por la protocolización.

La pregunta más importante que me hago es sobre la calificación de instrumento público, que nos genera las dudas que nos ha transmitido la jurisprudencia, que en algunos casos parecen certezas y en otros no.

En cuanto a la posesión, cuando leí el 1211, dije que la posesión no producía efectos jurídicos. El trámite del *exequatur* y la orden de protocolización están ahora totalmente fuera de esquema. Ahora hablamos del título y su publicidad. La posesión sigue como la conocemos: como un hecho, en este caso posesión basada en un título.

ACADÉMICO N.º 2.— Quiero hacer unas breves reflexiones sobre uno de los temas polémicos que planteó Zulma: el verbo *transferir* en el 2667. Como ella, creo que esto se debe a un desliz del legislador, que tantas veces vio en este código traicionado su espíritu por la pluma del que lo escribió. Está más que claro que quien redactó el 2667 no es el mismo que redactó la parte general de la forma; porque, si fuera así, sería más que preocupante todavía.

Prefiero pensar que hubo desprolijidades en quienes tenían que coordinar y no una disociación intelectual en quien escribía.

De todos modos, creo que, con el código vigente y con un esfuerzo hermenéutico más o menos adecuado, se puede llegar a interpretar de que están incluidos los derechos reales sobre cosa ajena, que es la preocupación. En primer lugar, porque hay una reflexión que, muy atinadamente –como siempre–, hizo Jorge Alterini con el viejo código, y la hizo con el nuevo, que es que en el verbo *transferir* está incluida la constitución, porque toda constitución es una transferencia de menor contenido. Transfiero todas mis facultades o transfiero un poco. Si transfiero un poco y me quedo con algo, equivale a constitución. A tal punto que las propias definiciones –aquí me voy de esa doctrina y me quedo con la letra del código– de acto jurídico y de contrato que da el código no contienen ambos términos: *transferir* y *constituir* no están en las dos; está solamente uno de los dos.

Más llamativo todavía, a favor de la idea de incorporar en el verbo *transferir* también la constitución, es que el 1017 inciso a), sobre la forma de la escritura pública, habla de adquisición, modificación y extinción. Es decir que ese artículo, que es la madre de la forma escritura pública para la transferencia de derechos reales sobre inmuebles, no usa el verbo *transferir*. Así, está claro que quien utilizó ese verbo en el 2667 no es el mismo que redactó el 1017, y por eso se pueden armonizar ambas ideas.

En el caso puntual de la hipoteca, que seguramente es el que más ruido nos hace porque evidentemente es el que podría ocurrir con más frecuencia en el extranjero, máxime que carece de modo, el código le destina siete artículos; de ellos, tres sobran porque repiten conceptos generales, y, de los cuatro que quedan, faltaría bastante. Pero uno de los que sobran, a lo mejor, se podría utilizar acá: el 2208, que repite un concepto innecesario, porque está en la parte general –por eso, es redundante–, al decir que la forma de la constitución de la hipoteca será la escritura pública salvo que una norma diga lo contrario.

Podemos darle una proyección un poco más grande que la propia de esos artículos y decir que también este 2667 estaría impregnado por la idea de escritura pública. Yo creo que, rodeándolo con esos caracteres y en ese contexto, pese a este verbo tan inadecuado, como bien ha resaltado Zulma, se puede concluir, sin demasiadas incertezas, que está incluida la constitución, transferencia, modificación, es decir, la mutación de derechos reales, porque todos ellos son los conceptos del 1017 inciso a).

ACADÉMICO N.º 3.— Siguiendo el tema planteado por [Académico N.º 2] sobre la constitución de derechos reales, ratifico la opinión de él sobre los derechos reales sobre cosa ajena que no son hipoteca, y lo vemos aún más

fuerte cuando hablamos de usufructo porque el artículo 2134 establece que el usufructo se constituye por la "transmisión" del uso y goce con reserva de la propiedad; con lo cual el propio articulado del código está diciendo lo mismo.

La discusión no pasa por los derechos reales sobre cosa ajena –usufructo, uso, habitación, servidumbre–, que creo que estarían comprendidos, sino por la hipoteca, que también creo que está comprendida, pero hay que hacer un esfuerzo hermenéutico para ello. Cuando hablábamos de por qué la transmisión de derechos reales mediante un documento extranjero se puede inscribir en la Argentina, es porque, en definitiva, el juez, cuando interviene para ordenar la inscripción y ordena protocolizar, está emitiendo una sentencia declarativa. No está obligando a hacer tal cosa, sino que reconoce que ese instrumento es válido y se debe inscribir. No hay una labor jurisdiccional real. Hay labor jurisdiccional cuando el juez debe imponer lo que se llama una sentencia de condena, un hacer, un obligar a hacer. El obligar a hacer estaría cuando a alguien en la Argentina, un ciudadano o una persona jurídica, se lo obliga a que cumpla de determinada manera.

En el caso del proceso de ejecución de hipoteca, si además está fundado en un contrato causal, que es un título ejecutorio –como tienen en Europa y como se reconoce a partir del artículo 1802 y demás– podría estar avalando, sin sentencia judicial, un documento ejecutorio. Pero en realidad el problema no está en la hipoteca. La hipoteca se registra, y ahí no tengo una sentencia de condena, no tengo una obligación de hacer a cumplir. Sí tendré que recurrir al juez cuando me convalide ese título ejecutorio, si lo es, al momento de ejecutarlo, pero no al momento de publicitarlo. Por eso me parece que se debe a un desliz, en este punto, cuando dijeron "transferencia" y no repitieron el concepto del viejo 1211: "transferencia y constitución". Como decimos, constitución equivale a transferencia. En este punto, estoy de acuerdo con la postura de [Académico N.º 2] y de Zulma de que habría que hacer una interpretación hermenéutica para poder inscribir todos.

ACADÉMICA N.º 4.– En primer lugar, quiero felicitar a Zulma por su disertación, que ciertamente ha tomado un tema sobre el cual necesitamos muchas aclaraciones.

En segundo término, mi humilde comentario, después de haber escuchado a tantos jóvenes brillantes, es que creo que debemos aplicar la primera parte del 2667 en el sentido de que los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación. Esto es abarcador de todas las constituciones, transmisiones y cualquier modificación sobre los derechos reales. Y creo que es muy importante, en el segundo párrafo del 2667, la supresión de la exigencia de recurrir a un juez.

Si bien en el trabajo de Néstor [Lamber] se aclara muy bien que la actividad judicial en este tema no es un *exequatur* sino otro tipo de actividad, creo que esto es muy importante, es lo que tenemos que rescatar, más allá de las desprolijidades del lenguaje. Tenemos que rescatar que no necesitamos recurrir a ninguna autoridad judicial. Y creo que tenemos que promover la actuación del escribano en la protocolización, que es desburocratizar el trámite, sacarlo de la esfera judicial y llevarlo a la esfera notarial. ¿Por qué? El notario califica, califica el documento equivalente, si es que lo hubiere, porque acá es instrumento público, que puede ser escritura pública u otro documento de la misma categoría, a mi criterio, y utilizando toda la doctrina también citada por Néstor [Lamber] en su trabajo sobre poderes. Acá no hay documento equivalente. No puedo decir que no hay escritura pública y entonces usaron un instrumento privado firmado y certificado por un *notary public*, que no legitima, no analiza la capacidad. Entonces, me parece que no hay documento equivalente. Esa escritura pública se hace acá, bajo el régimen de la ley argentina. De cualquier manera, la calificación de si el instrumento que viene es equivalente o no, me parece muy interesante que nosotros promovamos que la deba hacer un notario. Es más, ya que la rogatoria también la tiene que hacer un notario.

Me perdí un poco con el tema de la defensa de jurisdicción, pero no importa, es el notario que ruega la inscripción. Creo que es un tema menor.

Sra. DODDA.— Lo que queda por analizar es que el notario puede rogar solo en dos casos: si protocolizó o si está autorizado en el documento extranjero para inscribir.

ACADÉMICA N.º 4.— Por supuesto, igual que cuando viene de otra jurisdicción donde hay defensa: puede protocolizar si está autorizado en el instrumento o lo tiene que rogar el otro escribano.

Finalmente, en relación con los poderes, tenemos una interpretación que, en cierta forma, es directa y, en otra forma, es indirecta, con respecto a qué es documento equivalente en la Convención de los Poderes de Panamá de 1975. Lo que pasa es que abarca una cantidad de países que la ratifican, no a todos, pero la usamos con los demás por analogía, respecto de un tema que en materia de forma es menos exigente.⁸

8. (N. del E.): La académica opinante se refiere a la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero B-38 firmada en Panamá el 30 de enero de 1975, aprobada en Argentina por [Ley nacional 22550](#); ver el estado de firmas y ratificaciones de la convención [aquí](#); última consulta: 12/9/2022.

ACADÉMICO N.º 5.— Estaba tratando de recordar cuando en el registro empezaron a llover las consultas porque una escribana presentó una gran cantidad de documentos provenientes de Uruguay y entonces hubo mucho trabajo al respecto. Obviamente, el autorizante no va a autocalificar su documento como documento público, por lo que el registro dispuso que se protocolizara ese documento extranjero y que se lo calificara como suficiente a los efectos requeridos por el código, aunque quizá no haya sido muy feliz la redacción de la disposición.

Saliendo un poco del tema, quiero plantear otra duda con respecto al *exequatur* de las sentencias que disponen la disolución de la sociedad conyugal en el extranjero: hasta qué punto un notario puede basarse en esa sentencia para producir en la Argentina la partición sin que la sentencia tenga *exequatur*. Hay quienes dicen que la sentencia tiene validez por sí misma, con la mera legalización, y el *exequatur* es requerido a los efectos de la ejecutoriedad de la sentencia, pero, para el uso de la sentencia como elemento de legitimación para poder partir, no sería necesario el *exequatur*.

La solución del Registro de la Ciudad de Buenos Aires fue que, si el escribano califica como suficiente, el registro no tiene por qué calificar. Entendíamos que era necesario el *exequatur*, pero, si el escribano calificaba que la sentencia era suficiente, el registro no intervenía. Lo presento como una duda más.

ACADÉMICA N.º 6.— Felicito a Zulma porque ha sido muy interesante la exposición. Y me parece muy bien la incorporación del tema de las particiones, que es muy común. Si me viene una partición hecha en el extranjero por escribano, no tengo ninguna observación; sin embargo, si me traen la sentencia y hago la partición, ahí estoy calificando. Hay que fortalecer la necesidad de que el notario califique, porque decididamente en este artículo falta [...]. Me parece increíble que no se haya consultado el tema, sobre todo porque es el notario el que califica el tema impositivo, aparte del documento, y, en consecuencia, da un visto de legalidad imprescindible para la registración de un documento auténtico.

Con respecto a la constitución de derechos reales, les quería comentar que [...] [al tratar] derecho de garantía, especialmente nos referimos a la factibilidad de utilizar el mecanismo, aunque diga "transferencia", para la constitución de derechos reales. Quería plantear que justamente nos inclinamos por la postura que después aclararon muy bien [los Académicos N.º 1 y N.º 2].

ACADÉMICO N.º 7.— Los preopinantes ya han agotado la casi totalidad de cuestiones que quería mencionar. Por supuesto, reitero mis felicitaciones a Zulma por la claridad de exposición sobre un tema sumamente interesante.

También a mí me causaba un poco de gracia que había que calificar que el instrumento que ingresaba al registro era un instrumento público. A veces, esto surge de la propia escritura. Si el escribano de la República Oriental del Uruguay está diciendo “la presente escritura que queda al folio tal concuerda con su escritura matriz, que firmo”, es evidente que está calificando que está haciendo una escritura y que esa escritura es un instrumento público. Entonces, parece una cosa absolutamente redundante.

Sí planteo el tema en aquellos países donde no existe el instrumento público, donde no hay manera de obtener el instrumento público. ¿Qué tratamiento le damos? En principio, no quedaría otro camino que protocolizar, me parece. ¿Vamos a pedir que nos manden un pasaje para ir a otorgar la escritura en Estados Unidos o decirles que vayan a Nueva Orleans, donde hay un sistema rudimentario de origen francés muy parecido al nuestro? Creo que para el derecho internacional privado la norma es general. Si, en el lugar donde no existe el notario y no hay instrumento público, hay un instrumento que es el de máxima envergadura que ellos pueden ofrecer, que es la certificación de la firma con ciertos requerimientos, habrá que aceptarlo.

En Inglaterra existe lo mismo, pero, por suerte, quien hace el atestado es un *solicitor*, que es un graduado en derecho. En el Estado de Israel pasa exactamente lo mismo, porque lo heredaron de la ocupación británica, y el que certifica es un abogado. En ese sentido, cumplen. Pero en Estados Unidos lo hace el boticario o el camarero [...] ¿Qué hacemos en esos casos? Lo mínimo que tal vez podemos hacer es darle matricidad acá.

Y planteo otro tema: ¿cuál es el grado de responsabilidad de la intervención del escribano que protocoliza? Resulta que el Registro de Provincia [de Buenos Aires] dice “no me interesa lo que pasó con Impositiva”. Me parece brillante. Para el notario, lo mismo: ¿no le interesa lo que pasa con Impositiva? Al registro, la AFIP no le va a decir nada, pero al escribano sí le va a decir. Esto habría que aclararlo. En principio, les quiero decir que una norma un poco difusa de nuestro Código Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires dice que ningún escribano podrá transcribir, relacionar o citar documentos que no hayan cumplido con el pago del impuesto de sellos.

ACADÉMICA N.º 6.— En Provincia, también.

ACADÉMICO N.º 7.— Entonces, por lo menos, tendría que mandarlo a pagar sellos. ¿Qué pasa con el impuesto a las ganancias? El famoso tema, que

conozco desde su génesis, porque ya viene peleado desde que existía la protocolización judicial, porque no se hacía la consulta de beneficiario del exterior. En ese caso, lo veo más claro. Para mí, el escribano no tiene responsabilidad, por dos temas. Primero, porque el acto ya está autorizado en el exterior; y segundo, porque hasta se puede aplicar por analogía la [Resolución 3026](#)⁹ de la DGI: cuando uno tiene cesiones intermedias y los diferentes cesionarios no cumplieron con su carga de agentes de retención, dejó constancia en la escritura solamente.

Por último, se habló de la CIDIP, que tiene una norma interesante. Dice que, si en el país de donde proviene el documento existiera el instrumento público tal cual lo exige nuestra ley, hay que aplicar el grado documental de mayor rigurosidad. Esto viene bien porque los notarios franceses se acostumbraron a trabajar con instrumento privado, porque están contaminados por los anglosajones. Entonces, cada vez que hay que pedir un poder a París, hay que pelearse; incluso, es difícil comunicarse con el Colegio porque no quieren hacer la escritura pública y mandan el documento certificado. Eso evidentemente está mal. Si ellos tienen la escritura pública, tienen que hacerlo por escritura pública.

9. (N. del E.): La Resolución general DGI 3026/1989 fue sustituida por la [Resolución general AFIP 2139/2006](#).

Servidumbres ambientales

Una herramienta del notariado para el compromiso medioambiental*

María Celeste Ghione

RESUMEN

En la búsqueda de herramientas disponibles en el derecho privado que puedan ser utilizadas con fines de protección ambiental, nos encontramos con el derecho real de servidumbre. Cuando hablamos de servidumbre ambiental, estamos refiriéndonos al derecho real del artículo 1887, inciso k), del Código Civil y Comercial, y regulado en sus artículos 2162 y siguientes. Es decir, no se trata de un nuevo derecho real, ni de uno con regulación especial, sino que es el típico derecho real de servidumbre, utilizado con la finalidad de proteger el medioambiente. En el título constitutivo de estas servidumbres, será fundamental establecer una ventaja real para el fundo dominante a fin de caracterizar a la servidumbre como real y, así, evitar su extinción por el solo hecho de la transmisión del inmueble dominante. Dentro del ámbito que nos compete, el derecho real de servidumbre constituirá una herramienta jurídica importante con la que cuentan los particulares a fin de comprometerse a evitar el deterioro de los recursos naturales.

PALABRAS CLAVE

Servidumbre ambiental; servidumbre ecológica; medioambiente; crisis ambiental.

Recibido: 2/3/2022

Aceptado: 3/6/2022

Publicado online: 9/8/2022

Sumario: 1. Introducción. 2. Definición de servidumbre ambiental. 3. Elementos de la servidumbre ambiental. 3.1. Fondos dominante y sirviente. 3.2. Utilidad. 4. Ventajas. 5. Clasificación. 5.1. ¿Servidumbre personal o real? 6. La primera servidumbre ambiental en nuestro país. 7. Experiencias internacionales. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

*(N. del E.): Este artículo consiste en una edición revisada, actualizada y ampliada de la ponencia homónima presentada por la autora en el 32 Encuentro Nacional del Notariado Novel (modalidad virtual, año 2021) y que fuera galardonada por el jurado del encuentro con el Primer Premio.



La humanidad ha declarado la guerra a la naturaleza, algo tan insensato como suicida [...] Poner fin a esta guerra no supone una renuncia a los logros en materia de desarrollo que tanto ha costado conseguir ni a las aspiraciones legítimas de las naciones y personas más pobres a disfrutar de un mejor nivel de vida. Al contrario, hacer las paces con la naturaleza, garantizar su salud y aprovechar los beneficios –tan esenciales como infravalorados– que aporta resulta fundamental para lograr un futuro próspero y sostenible para todos.

António GUTERRES¹

1. Introducción

Los datos relativos a la crisis ambiental son realmente alarmantes. Basta con prestar atención a las noticias de los últimos tiempos a nivel global: inundaciones de grandes magnitudes, aludes de barro devastadores, incendios forestales que devoran miles de hectáreas en pocos días, bajantes históricas en los cuerpos de agua dulce, a la par que el nivel del mar se ve incrementado producto del derretimiento de glaciares, olas polares y olas de calor récord, y así podemos continuar. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), en informe elaborado en febrero de 2021, estableció:

Los cambios actuales y previstos en el clima, la pérdida de biodiversidad y la contaminación dificultan aún más la consecución de los ODS [objetivos de desarrollo sostenible]. Por ejemplo, incluso los pequeños incrementos de temperatura, junto con los cambios que provocan, entre otros, en el clima, las precipitaciones, las lluvias más intensas, el calor extremo, la sequía y los incendios, aumentan los riesgos para la salud, la seguridad alimentaria, el suministro de agua y la seguridad humana, que se agravan a la par que el calentamiento. Solo en 2018, los daños causados por desastres naturales relacionados con el clima supusieron un coste de aproximadamente 155.000 millones de dólares. Todo el mundo carga con el peso que supone el deterioro del medio ambiente, aunque las personas pobres y vulnerables lo hacen de una manera desproporcionada. Asimismo, el peligro es todavía mayor para la juventud de hoy en día y las generaciones futuras...²

Existe en lo colectivo una idea equivocada acerca de lo que significa cuidar y preservar el medioambiente y de lo que implica la ecología. Se cree que

1. GUTERRES, António, (prólogo del secretario general de las Naciones Unidas)(online), AA.VV., *Hacer las paces con la naturaleza. Plan científico para hacer frente a las emergencias del clima, la biodiversidad y la contaminación. Mensajes clave y resumen ejecutivo*, Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2021, p. 4, en https://wedocs.unep.org/xmlui/bitstream/handle/20.500.11822/34949/MPN_ESSP.pdf, última consulta: 2/3/2022.

2. Ídem, p. 10.

ello implica salvar de la extinción a especies animales que nunca hemos visto, o que se relaciona con catástrofes climáticas que suceden en lugares recónditos del planeta. En base a esta idea errónea, no estamos viendo que la crisis medioambiental ya nos está afectando y afectará a nuestra descendencia (no muy lejana, por cierto) de manera negativa: los seres humanos no estamos preparados para soportar temperaturas tan extremas, tampoco lo están las plantas y animales de los cuales nos alimentamos, y mucho menos podríamos sobrevivir sin agua.

Las normas y políticas relativas a la protección del medioambiente, en nuestro país y en la mayoría de los países del mundo, pertenecen al ámbito del derecho público. Sin embargo, y como he dejado de resalto, se trata de una cuestión que afecta a todas y cada una de las personas, consideradas en comunidad e individualmente. Entonces, la pregunta que se nos impone es: **¿qué herramientas podemos ofrecer los notarios, que operamos primordialmente en el ámbito del derecho privado?** Nosotros, que, jurídicamente hablando, intervenimos en relaciones de índole privada, ¿qué podemos hacer desde nuestro lugar?

No es menor la cuestión si consideramos que, en nuestro país, la mayor parte del territorio pertenece al dominio privado de los particulares. Ello implica, en lo que en este punto nos interesa, que sus titulares tienen, de acuerdo con el artículo 1941 del [Código Civil y Comercial de la Nación \(CCyC\)](#),³ “todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley”. Asimismo, cabe recordar que, según el artículo 1945 CCyC,

El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios. El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales.

Esto implica que los particulares disponen de las más amplias facultades de explotación y disposición sobre la mayor parte del territorio argentino.

Por supuesto, siempre deberán ejercerse los derechos de forma regular, sin incurrir en abusos y respetando toda la legislación que rige en materia ambiental y que pertenece al derecho público. Sin embargo, aun dentro de estos límites, pueden producirse, y de hecho se producen, daños al medio ambiente que resultarán irreversibles.

3. (N. del E.): Los hipervínculos a textos normativos fueron incorporados por la *Revista del Notariado* y dirigen a fuentes oficiales –en caso de excepción, se hará la aclaración que corresponda–; la fecha de última consulta es 1/8/2022.

Si hablamos del ideal, sería importante que se produzcan cambios e innovaciones en nuestra legislación y políticas ambientales tendientes a sumar herramientas tanto en el derecho público como en el derecho privado; en el primer caso, reforzando las normas de protección y creando incentivos, exenciones impositivas, etc.; en lo que a derecho privado refiere, también hay mucho por hacer: por ejemplo, la creación de nuevos derechos reales, tales como el de reserva natural privada o el de conservación ambiental, que actualmente se utilizan como derechos personales; el reconocimiento de animales no humanos y ciertos territorios especiales (p. ej.: humedales) como sujetos de derecho, lo cual podría convertirlos en beneficiarios de fideicomisos, testamentos o cargos.

Mientras ello sucede, debemos utilizar todas las herramientas que tengamos actualmente a disposición. Como afirma Andraos:

... estamos convencidos que la función notarial tiene una oportunidad y un protagonismo innegable en el proceso de aplicación del derecho ambiental, máxime cuando se trata del territorio. Como encargados de contribuir a la faz preventiva de la justicia, los notarios estamos llamados a la capacitación constante sobre el tema, al conocimiento de la norma vigente y sobre todo al deber preventivo de daños. Ya el CCyCN en su art. 1710 establece que “toda persona tiene el deber en cuanto de ella dependa; de evitar causar un daño no justificado”. Sólo si advertimos la íntima relación del ambiente con el territorio, la absoluta inmediatez de las acciones antrópicas sobre los tres subsistemas que actúan como unidades complejas en permanente interacción: subsistema físico-natural; socio-económico y político-institucional; y la función preventiva de daños desde el ámbito jurídico, notarial, institucional y empresarial, podremos transitar por caminos de cambios deseados, en el marco del respeto y la cuidado por el ambiente, el territorio y las generaciones presentes y futuras.⁴

Explican Devia y Sibileau que

... desde hace varios años, existe un sector privado conservacionista que viene intentando colaborar en el diseño de políticas destinadas a hacer frente al avance de estas prácticas tratando de conservar los recursos naturales existentes en tierras privadas, sin pretender sustituir la potestad del Estado en la materia.⁵

4. ANDRAOS, S. Mariana, “Ambiente. Desarrollo. Territorio y el rol del notario” (online), *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, México, Liga Mundial de Abogados Ambientalistas, N.º 38, 24/12/2020, IJ-MII-254, en <https://latam.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=dfe4bcfb69d59c368e30fb9aecd982f>, última consulta: 2/3/2022.

5. DEVIA, Leila y SIBILEAU, Agnés, “La servidumbre ambiental en el nuevo código civil y comercial de la nación” (online), *elDial.com*, DC1F7A, 1/9/2015, en https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina1.asp?id=8118&base=50indice=doctrina, última consulta: 2/3/2022.

Dentro de este marco de protección “privada” del medioambiente, ubicamos, entre muchos otros recursos jurídicos, lo que se ha denominado **servidumbre ambiental o ecológica**, derecho real que pretendo analizar en el presente trabajo. Entonces, respondiendo la pregunta inicial sobre el rol del notariado en la protección del medio ambiente, aquí podemos encontrar una primera herramienta: constitución de servidumbres con fines ecológicos. Analizaré a continuación las particularidades que presenta en la materia.

2. Definición de servidumbre ambiental

Cuando hablamos de servidumbre ambiental o ecológica, estamos refiriéndonos al derecho real del artículo 1887 inciso k) CCyC, regulado en los artículos 2162 y siguientes. Es decir, no se trata de un nuevo derecho real, ni de uno con regulación especial, sino que es el típico derecho real de servidumbre, utilizado con una finalidad muy específica, cual es la de proteger el medioambiente.

Cabe recordar que las servidumbres constituyen una numerosa familia con un número no limitado por la ley. A través de este derecho real, el titular de un inmueble obtiene el derecho a servirse de otro inmueble en algún aspecto determinado, concreto y muy específico, que puede consistir en las cosas más diversas. Es el derecho real que menos facultades brinda a su titular, el más “pequeño” en cuanto a contenido, pero el más diverso en cuanto a posibles aplicaciones.

Podemos definir las servidumbres ambientales como el derecho real de servidumbre regulado en los artículos 2162 y siguientes CCyC por medio del cual el titular del inmueble sirviente restringe alguno de sus derechos de dominio sobre el mismo con el fin de garantizar la conservación de todos o algunos de los recursos naturales presentes en él en favor del inmueble dominante. Sirvan los siguientes ejemplos para ilustrar mejor la cuestión: servidumbres ambientales por las cuales el titular del inmueble sirviente se obliga a no realizar modificación alguna en el ecosistema reinante en el mismo –serán las más comunes–, a no talar ningún árbol o determinada especie, a no cazar animal alguno o determinada especie, a no realizar cierta actividad agropecuaria o industrial, o no realizarla con determinados métodos, a no intervenir de manera alguna sobre los cursos o cuerpos de agua presentes, a no utilizar determinados productos, como plaguicidas, con potencial dañoso para el medioambiente o sus recursos, etc. Puede ser especialmente utilizadas

...en terrenos donde existen corredores biológicos o regiones ricas en biodiversidad, terrenos parches boscosos o bien senderos ecológicos, fundos con belleza escénica, quintas ecológicas, en fincas deforestadas y erosionadas con aptitud forestal, en terrenos con potencial hidrológico, también puede utilizarse para impedir la caza de animales o el uso de plaguicidas o para limitar la construcción de edificios a una determinada altura a fin de aprovechar recursos naturales como el sol.⁶

Pensemos en el caso especial de lo que se puede denominar servidumbre solar: es el derecho de recibir luz solar que posee el fundo dominante a través del fundo sirviente, con el específico fin de generar energía solar. Tal como señala Peña Chacón:

Fundo sirviente sería aquel sobre el cual pesa una serie de obligaciones que le prohíben obstaculizar el acceso solar al fundo dominante. Por su parte, fundo dominante es aquel fundo donde se encuentra instalado un panel o recolector solar el cual posee un derecho al uso sin obstáculos de la radiación solar para la recolección, distribución y almacenamiento de la energía proveniente del sol, con el fin de transformarla en energía termal, mecánica, química o eléctrica, misma que será utilizada para el calentamiento o bombeo de agua, calentamiento o enfriamiento de edificaciones y la generación de electricidad.⁷

Las posibilidades son innumerables y siempre se relacionan con la protección del medioambiente en los inmuebles dominantes y sirvientes. Sin embargo, no debe pensarse que se trata de una completa limitación para el titular del inmueble sirviente en cuanto a producir o modificar el mismo. Esta puede ser una posible aplicación cuando el ecosistema reinante en el inmueble que soporta la carga real es tan especial que merece no ser intervenido. Pero también puede utilizarse para restringir únicamente ciertas actividades dañosas para el medioambiente, como los sistemas de monocultivo, la utilización de agroquímicos, la utilización irracional del fuego, las actividades turísticas desarrolladas de forma no sustentable, etc.

En este punto me gustaría aclarar que, para preservar y sanar el medioambiente, no se trata de dejar de producir, sino de hacerlo de una forma más sustentable y consciente. Valga la aclaración respecto de que se analiza en este trabajo el derecho real de servidumbre civil, reconociendo

6. LASAGNA, Lidia, "El derecho real de servidumbre: una estrategia que contribuye a preservar el medioambiente" (online), *Revista de la Facultad*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, v. 7, N.º 2, nueva serie 2, 2016, p. 157, en <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/24449/23749>, última consulta: 2/3/2022.

7. PEÑA CHACÓN, Mario, "Cambio climático y servidumbres ambientales" (online), *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Sevilla, Centro Informático Científico de Andalucía, N.º 21, junio 2010, en https://huespedes.cica.es/gimadus/21/06_cambio_climatico_y_servidumbres.html, última consulta: 2/3/2022.

también que existen servidumbres administrativas que se aplican con el mismo fin. Existe en nuestro país un caso especial de servidumbre administrativa ambiental, referida en la [Ley 4617 \(XI-18\)](#) de la provincia de Chubut, cuyo artículo 34 establece:

La Autoridad de Aplicación podrá acordar con los titulares de las tierras la constitución de servidumbres a favor del Estado Provincial, así como gestionar la obtención de beneficios adicionales para el sirviente.

No se analizará dicho tipo de servidumbre administrativa por exceder los fines del presente trabajo.

3. Elementos de la servidumbre ambiental

Como toda servidumbre, la ambiental participa de todos los caracteres que en general se regulan en los artículos 2162 y siguientes. En el caso puntual de este tipo de servidumbres, interesa destacar los siguientes aspectos.

3.1. Fondos dominante y sirviente

Sin duda alguna, desde la vigencia del actual Código Civil y Comercial, deben existir dos inmuebles, requisito que el artículo 2162 presenta como insoslayable. Así, deberán estar presentes el fundo dominante, que es aquel en cuyo beneficio se establece la servidumbre, el que obtiene la utilidad, y el fundo sirviente, que es aquel cuyo titular debe soportar la obtención de utilidad, aquel sobre el cual pesa la servidumbre como carga real.

Tal como lo expresa el artículo 2163, la servidumbre puede recaer sobre la totalidad o parte material del inmueble ajeno. Habrá que considerar las características del caso y el recurso a proteger a fin de determinar la extensión del derecho real y proceder a la mínima afectación posible, sin dejar de lado la cuestión planimétrica a los fines de la constitución.

3.2. Utilidad

La servidumbre ambiental debe concederle una ventaja objetiva socialmente apreciable al inmueble dominante o a su titular. En este sentido, cabe recordar que la misma puede ser de mero recreo.⁸

8. De acuerdo con el art. 2162 CCyC.

Parece que, tratándose de la protección del medioambiente, la cuestión de establecer cuál es la utilidad queda por sí sola respondida: consiste en la protección del medioambiente. Pero responder de esta manera puede llevarnos a múltiples cuestionamientos y nulidades; entre ellos, si la tarea de proteger los recursos ambientales es una cuestión de orden público reservada a la potestad estatal y, a su vez, tan general y poco específica que no puede considerarse que llena el requisito de "utilidad" a los fines de tener por constituido el derecho real de servidumbre. Mejor será expresar, en el acto de constitución, una utilidad más específica y concreta en favor del fundo o titular dominante. Volveré sobre el tema al tratar la clasificación de la servidumbre en cuestión como personal o real.

4. Ventajas

Las ventajas de constituir servidumbres con fines de protección ambiental coinciden con las que presentan los derechos reales por sobre los personales para ciertos casos. Así, la servidumbre ambiental tendrá oponibilidad *erga omnes*, es decir, deberá ser respetada no solo por el titular del inmueble sirviente sino por la comunidad toda. Esta cuestión se ve reforzada por la publicidad registral: la constitución de una servidumbre ambiental, **que debe hacerse por escritura pública** (art. 1017 inc. a) CCyC), accede al registro de la propiedad local para ser publicitada, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica (principalmente, en lo que hace a la buena fe de futuros adquirentes). No es este el lugar para explayarse sobre estas cuestiones, pero sirva la mención para destacar estos aspectos de las servidumbres ecológicas.

Asimismo, cabe recordar en este punto que el artículo 2177 CCyC es de vital importancia, ya que permite contribuir a la finalidad principal de la servidumbre ambiental, es decir, la protección del medioambiente y sus recursos: por medio de la facultad que ofrece este artículo, el titular dominante podrá obligar a quien hizo en el inmueble sirviente trabajos que menoscaban el ejercicio de la servidumbre a restablecer la cosa al estado anterior, a su costa. Frecuentemente, será el titular sirviente quien realice trabajos que menoscaban el ejercicio de la servidumbre, pero puede que ellos provengan de un tercero. En ambos casos, el titular dominante tendrá acción para obligar a la restitución al estado anterior.

Sumado a ello, cabe recordar que los titulares de derechos reales pueden defender su derecho mediante acciones reales. Se establece en particular

el uso de la acción confesoria a favor del titular de una servidumbre activa (inmueble dominante) cuando se le impide la misma (arts. 2264 y 2265)

Todos estos elementos deben ser ponderados a la hora de cumplir nuestra labor asesora.

5. Clasificación

En coincidencia con las clasificaciones que se establecen para todo tipo de servidumbres, las ambientales pueden ser:

- **Perpetuas o temporales:** La servidumbre ambiental podrá establecerse a perpetuidad únicamente si es real, o, por un plazo determinado, tanto en el caso de servidumbres reales como en el de las personales. Las servidumbres pueden estar sujetas a cualquier modalidad (art. 2171), entre ellas, a plazo suspensivo o resolutorio. A su vez, la servidumbre personal, además de ser posible sujetarla a plazo, se extingue con la muerte de la persona a cuyo favor se constituyó, aunque no estén cumplidos el plazo o la condición pactados; y, si se constituyó a favor de una persona jurídica, se extingue con su extinción o a los cincuenta años de su constitución si no se pactó un plazo menor (art. 2182).
- **Gratuita u onerosa:** La servidumbre ambiental admite ambas posibilidades, es decir, que su constitución sea a cambio de una contraprestación a favor del titular del fundo sirviente o que no exista tal contraprestación. En caso de duda, por el artículo 2170 CCyC, se presume que la constitución de la servidumbre es onerosa. Así, la posibilidad de obtener una ventaja económica para el titular del fundo sirviente puede constituirse en un incentivo adicional para afectar su inmueble cuando no estuviera del todo guiado por fines altruistas.
- **Positiva o negativa:** Tal como lo estipula el artículo 2164, la servidumbre será positiva si la carga real que pesa sobre el inmueble sirviente consiste en soportar el ejercicio de la misma. En cambio, será negativa si dicha carga real consiste en una abstención determinada. Nunca podrá tratarse de una obligación de hacer por parte del titular del inmueble sirviente. Normalmente, las ecológicas serán servidumbres negativas, por cuanto lo que se intenta es impedir que el titular del inmueble sirviente intervenga sobre el ecosistema o ciertos recursos del mismo, limitando una facultad que tendría en caso de no existir la servidumbre: no podrá modificar el ecosistema en lo absoluto, no podrá cazar, pescar o mermar de cualquier manera cierta especie animal o vegetal, no podrá utilizar agroquímicos, etc. No quita que puedan existir

servidumbres positivas con fines ambientales, como, por ejemplo, retirar hojas secas del inmueble sirviente o material orgánico con el fin de abonar el suelo del inmueble dominante, uso de energía solar en este último producida en paneles en el inmueble sirviente, etc. Los casos serán más limitados y requieren de un mayor cuidado y elaboración, pero no por ello menos posibles.

- **Personal o real:** Trataré esta clasificación en apartado especial, a continuación.

5.1. ¿Servidumbre personal o real?

La servidumbre ambiental, ¿debe establecerse como personal o como real? Es decir, ¿la utilidad es para el titular del inmueble dominante o para el inmueble en sí, respectivamente? De conformidad con el artículo 2165 CCyC, servidumbre personal es la que se constituye en favor de una persona, sin inherencia al inmueble dominante, mientras que la servidumbre real es aquella inherente a dicho inmueble. La inherencia al fundo sirviente existe en ambas clases de servidumbres.

De esta clasificación se derivan importantes consecuencias. Me interesa destacar, a los fines del presente trabajo, la transmisibilidad: mientras que la servidumbre personal se extingue por el cambio de titular en el fundo dominante (no así en el fundo sirviente), la servidumbre real no se extingue por este mismo motivo, ya que se traslada activa y pasivamente con ambos inmuebles.⁹ En consecuencia, la intención inicial de proteger el medioambiente o ciertos recursos presentes en él puede finalmente verse frustrada ante el cambio de titularidad en el fundo dominante si la servidumbre es personal: el titular del fundo sirviente o sus sucesores, singulares o universales, no tendrán ya la obligación de soportar la carga real por haberse ella extinguido. En cambio, si se establece que la servidumbre tiene carácter real, ella tendrá vocación de perpetuidad, con independencia de los cambios de titularidad en los inmuebles.

Ahora bien, establecer el carácter personal o real de una servidumbre no es simplemente una cuestión de así expresarlo en el título constitutivo, sin más. El artículo 2165 establece que “la carga de la servidumbre real debe asegurar una ventaja real a la heredad dominante”. Es decir que no basta con que las partes expresen que constituyen una servidumbre real; debe existir una utilidad concreta y real que beneficie al inmueble dominante. Ello

9. Art. 2165 CCyC.

tendrá importancia a la hora de un posible litigio en el que el titular del fundo sirviente alegue la inexistencia de utilidad real y pretenda calificar, así, la servidumbre como personal, exigiendo su extinción en los casos legalmente previstos (muerte del titular del fundo dominante, cambio en la titularidad del fundo dominante, etc.).

En caso de duda sobre la existencia de una servidumbre real, deben los magistrados examinar no sólo los títulos pertinentes, sino también analizar los hechos para determinar si se configuran los requisitos para admitirla.¹⁰

Retomando algunos de los ejemplos citados, en el caso de la abstención de cazar determinada especie animal por parte del titular sirviente, podrá alegarse que ello se establece con el fin de evitar la desaparición de una especie depredadora de una plaga en el fundo dominante; o, que la abstención de talar árboles obedece a la necesidad de evitar inundaciones en el inmueble dominante. En cambio, si queda establecido que en este último caso lo que se quiere es mantener la vista de un paisaje natural de la cual goza el titular del inmueble dominante, la servidumbre deberá considerarse como personal, por más que las partes hayan dicho lo contrario en el acto constitutivo. O, al menos, es el riesgo que se corre frente a un eventual litigio.

Será fundamental, entonces, establecer esa ventaja real para el fundo dominante a fin de caracterizar la servidumbre como real y, así, evitar su extinción por el solo hecho de la transmisión del inmueble dominante. Una forma de estipularlo consiste en que las partes lo describan expresamente en el título constitutivo de la servidumbre, es decir, en la escritura pública. Es decir, se debe expresar la causa de la constitución de la servidumbre. En este sentido, cabe recordar que el artículo 281 CCyC establece que “integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa”.

Entonces, si tomamos uno de los ejemplos planteados, si se establece una servidumbre ambiental por la que se prohíbe al titular del inmueble sirviente

10. Cám. Fed. de San Martín, Sala 1, 18/11/2008, “Paraje Los Ciervos SA c/ Estado Nacional (Administración de Parques Nacionales) y otro s/ Sumarísimo” (Sistema Argentino de Información Jurídica, FA08960863, en <http://www.sajj.gob.ar/camara-federal-apelaciones-local-buenos-aires-paraje-ciervos-sa-estado-nacional-adm-parque-nacionales-otro-fa08960863-2008-11-18/123456789-368-0698-0ots-eupmocsollaf?q=%20titulo%3A%20ciervos&o=1&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia/Fallo%7CFecha%7COrganismo%7CTribunal%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n&t=3>; última consulta: 2/3/2022); el fallo cita a AREÁN, Beatriz, “Servidumbres reales y personales” (comentario a los arts. 2971 y 2972), Bueres, A. J. (dir.) y Highthon, E. I. (coord.), *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 5, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, pp. 1095-1096.

utilizar ciertos agroquímicos que afectan la vida de las especies presentes en el fundo dominante y así se lo expresa en la escritura pública que constituye el derecho real, quedará debidamente establecido el carácter de real de la servidumbre. Si el titular del inmueble sirviente pretende demostrar que ello no es así, la prueba estará destinada a demostrar que, en los hechos, la utilidad expresada en el título constitutivo no existe y, por lo tanto, la servidumbre debe entenderse personal. Pero será una cuestión de acreditar hechos y no de interpretar la escritura constitutiva de la servidumbre.

6. La primera servidumbre ambiental en nuestro país

La primera servidumbre ecológica de carácter civil que se conoce en nuestro país

... se constituyó a favor de la Fundación Neuquén en las lagunas de Epulauquen (provincia de Neuquén), utilizándose una propiedad de 50 hectáreas situadas dentro de la Reserva Provincial Turístico Forestal única propiedad privada dentro de la reserva, donde se encuentra parte del bosque andino patagónico (fundo sirviente). Además, una propiedad de 144 hectáreas lindera a la reserva, formada por una extensión plana de bañados y humedales, surcada por un curso de agua que nace y muere en la propiedad y une dos lagos de origen glaciar (fundo dominante). De la lectura de la escritura constitutiva de la servidumbre, surge: "(...) La finalidad, objeto, duración y demás condiciones relevantes que regulan este contrato se relacionan a continuación: CLÁUSULA PRIMERA (CAUSA): la causa fin de este negocio jurídico es la preservación a perpetuidad de las ventajas ecológicas, escénicas y estéticas que en la actualidad el fundo sirviente proporciona al fundo dominante. Su cumplimiento se realizará a través de la conservación sustentable a perpetuidad de los recursos suelo, minerales, aire, paisaje, agua - en todos sus estados- y las distintas formas de energía existentes en el fundo sirviente. Asimismo, y por estar ligados en forma inescindible con los mencionados en primer término, se incluye la conservación de los recursos flora y fauna. CLÁUSULA SEGUNDA (OBJETO): Teniendo en cuenta que, en el fundo sirviente, en época estival, se desarrollan actividades ganaderas bovinas, las restricciones de uso que gravarán la propiedad persiguen el propósito de compatibilizar la conservación del potencial natural del fundo sirviente con una explotación rural que se sujete a pautas de producción sustentable (...)".¹¹

11. LASAGNA, Lidia, ob. cit. (nota 6), pp. 158-159. La servidumbre fue instrumentada por escritura N.º 643, del 16/7/2001, al folio 1645 del registro notarial N.º 1698 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; fue inscripta en el registro de la propiedad inmueble como servidumbre ambiental ("Laudo arbitral" [online], *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires,

La servidumbre fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Neuquén como servidumbre ambiental.

Pero esta servidumbre se sometió a laudo arbitral, ante la demanda interpuesta por la nueva adquirente del inmueble sirviente, quien, habiendo cambiado también y previamente la titularidad del fundo dominante, pretendía considerar extinguida la servidumbre, alegando que del texto de la escritura de constitución surgía como servidumbre personal y no real. La cuestión estaba reducida a probar que la utilidad y el carácter de real no surgían del título constitutivo, pero no a probar que, en los hechos, en la realidad, la utilidad no existía. Es decir, se trataba de interpretar el texto escriturario a fin de establecer si, conforme al mismo, la servidumbre era de carácter real o personal. El tribunal arbitral que finalmente emitió el laudo examinó detenidamente las cláusulas de la escritura de constitución de servidumbre ambiental, dictaminando:

Que la Servidumbre Ambiental que relaciona a los fundos (campos) es de carácter real y a perpetuidad. Por lo tanto, no se halla extinguida por la transmisión dominial perpetrada y continúa con independencia de la identidad de los titulares dominiales, ya sea del fundo sirviente o del fundo dominante. -200902.- Prof. Dr. Eduardo A. Pigretti. Prof. Dra. Lidia Garrido Cordobera y Prof. Dra. Ana Raquel Nuta.-¹²

Otro argumento importante que se planteó en este caso estuvo relacionado con el hecho de que la constitución de una servidumbre ambiental de carácter real y, por lo tanto, perpetua debía considerarse como una intromisión de los particulares en la esfera del poder público. El tribunal entendió que ello no es así, que la servidumbre traída a examen se rige por el derecho privado en cuanto a tal, pero también por el derecho público, pues, en el caso de que esté en juego el derecho ambiental, el interés que se resguarda es general y no particular.

El artículo 41 de [nuestra carta magna](#) establece que

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; **y tienen el deber de preservarlo.**¹³

N.º 874 [octubre-diciembre 2004], p. 159, en <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/39036.pdf>, última consulta: 2/3/2022).

12. "Laudo arbitral" (online), *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N.º 874 [octubre-diciembre 2004], p. 161, en <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/39036.pdf>, última consulta: 2/3/2022.

13. El destacado me pertenece.

Y, si bien luego pone en manos del Estado la tarea de proteger este derecho, es indudable que, constitucionalmente, la obligación de proteger el medioambiente corresponde a todos.

7. Experiencias internacionales

Las servidumbres ambientales o ecológicas tienen su origen en una adaptación del *common law*, específicamente del instituto denominado *conservation easement* o *environmental easement*.

Fueron establecidas primeramente en los **Estados Unidos**,¹⁴ pero no hay acuerdo en la literatura sobre la fecha exacta de su inicio. El mayor acuerdo es que las primeras se establecieron en la década del 30 del siglo XX y que su uso fue popularizado en la década del 60 del mismo siglo.

En ese país, existen ya más de tres mil propietarios que han usado esta herramienta, conservando por esta vía más de 160 mil kilómetros cuadrados. En el año 1981, se dictó la Uniform Conservation Easement Act, legislación federal que autoriza la creación de servidumbres perpetuas en predios con fines de conservación. El *common law* vigente en ese entonces prohibía tales servidumbres, por lo que era necesaria una regulación en ese sentido, a fin de garantizar la ejecutabilidad de las servidumbres ambientales. Asimismo, esta legislación otorga beneficios impositivos federales a quienes constituyan este tipo de servidumbres. Se trata de una ley marco a la que deben adherir los diferentes estados, habiéndolo hecho a la fecha la mitad de ellos. Además, Estados Unidos cuenta con una base de datos nacional mixta (pública y privada) de servidumbres ecológicas, la National Conservation Easement Database (NCED), que compila datos provenientes de todo el país. En base a los datos que contiene, se estima que más de 160 mil kilómetros cuadrados (40 millones de acres) se encuentran sujetos a servidumbre ambiental en los Estados Unidos. La NCED tiene registradas más de 130 mil servidumbres ecológicas, que totalizan casi 100 mil kilómetros cuadrados –el acceso a la base de datos es voluntario–.

Costa Rica fue el primer país latinoamericano en usar este instrumento por medio de la Iniciativa para la Conservación de Tierras Privadas de Centro América bajo la coordinación de las organizaciones Centro de Derecho Ambiental y los Recursos Naturales (Cedarena) y la Asociación

14. Para más información sobre servidumbres ambientales o *conservation easements* en Estados Unidos, ver: <https://www.conservationeasement.us>, https://www.lincolninst.edu/sites/default/files/pubfiles/1695_907_oct_09_article_2.pdf, <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=4297dc67-1a90-4e43-b704-7b277c4a11bd>; última consulta: 2/3/2022.

para la Conservación y Manejo de Bosques Tropicales (COMBOS). La primera servidumbre ecológica fue establecida en 1992, en San Ramón de Tres Ríos, un barrio cercano a la ciudad de San José. Desde ese año, cerca de tres mil hectáreas de tierras privadas se encuentran bajo esta figura de protección. Costa Rica es un país pionero en constitución de servidumbres ambientales; sin embargo, no cuenta con un programa estatal de incentivos respecto de las mismas.

La figura de las servidumbres ha incentivado la constitución de los denominados *landtrust*, definidos como aquellas organizaciones involucradas en proteger tierras por su valor natural, recreativo, escénico, histórico o productivo, realizando los estudios necesarios para el manejo sostenible de tierras. En el caso costarricense, los *landtrust* han adquirido terrenos en zonas ecológicamente estratégicas con el fin de crear servidumbres ecológicas que sirvan como corredores biológicos entre zonas protegidas, siendo su deber la inspección periódica y a perpetuidad de los inmuebles sometidos a un uso restrictivo.

En **Panamá**, la primera servidumbre ambiental se constituyó en el año 2002. Este país incentiva, por medio de su [constitución](#) y legislación, los medios privados de conservación, entre los cuales se encuentra la servidumbre ecológica.

México, uno de los países con mayor biodiversidad del planeta, tuvo su primera servidumbre ambiental en el año 1998, llamada servidumbre ambiental rancho Las Cañadas, en un espacio que se encontraba altamente deteriorado por la producción ganadera. En nueve años de vigencia de la servidumbre, se logró revertir por completo dicho deterioro.

En el año 2003, se estableció la primera servidumbre ecológica binacional a perpetuidad entre México y Estados Unidos, en el corredor fronterizo Tijuana-Tecate (estado de Baja California), protegiendo así dos mil hectáreas.

La primera servidumbre ecológica de América del Sur fue firmada en julio de 1999, en **Ecuador**, entre la Fundación Jatun Sacha y la Corporación Health and Habitat, en las cabañas Aliñahui. Sin embargo, tanto en este país como en el nuestro, el tema no ha tomado demasiada fuerza.¹⁵

En **Colombia**, la Fundación Proaves ha sido pionera en el tema, desarrollando programas tendientes a la constitución y control de servidumbres ecológicas:

15. CASTRO FIGUEROA, Sebastián, *La servidumbre ambiental o ecológica en el sistema jurídico ecuatoriano* (online), Quito, s. e., 2015, pp. 114-116, en <https://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/2339/1/UDLA-EC-TAB-2015-09.pdf>, última consulta: 2/3/2022.

El inicio del desarrollo de esta estrategia fue en Jardín, Antioquia en el 2006; estableciendo una figura entre dos predios particulares uno de ellos perteneciente a la Red de Reservas de la Sociedad civil con el fin de conservar el hábitat y área de forrajeo del Loro Orejiamarillo. Desde su inicio hasta la fecha, hemos establecido 24 Servidumbres Ecológicas protegiendo bajo esta figura 1.300 hectáreas de bosque alto andino, páramos y bosque húmedo.¹⁶

Perú tuvo su primera servidumbre ambiental en el año 2005. La servidumbre ecológica de Santa María es una de las pocas áreas boscosas que quedan cerca del centro de Cusco, zona de rápido crecimiento urbano. Ubicada a quince minutos del centro de Cusco, en los límites de los distritos de San Sebastián y San Jerónimo, alberga una gran variedad de aves, insectos, venados y otros mamíferos, además de variada flora. La Asociación Santa María, fundada en 1967, fue la que consiguió crear la servidumbre en el año 2005.

En Perú, las servidumbres ecológicas son reguladas mediante contrato privado. Dentro de la legislación peruana, son definidas como el gravamen o limitación de uso que un particular, de manera voluntaria, impone sobre una parte o totalidad de su predio con el fin de contribuir a la conservación, protección, restauración mejoramiento y manejo adecuado de los recursos naturales y de los valores ambientales existentes en este.

Chile presenta una novedad en el tema: mediante la [Ley 20930](#), que comenzó a regir en el año 2016, se creó el derecho real de conservación, muy próximo a lo que venimos denominando como servidumbre ambiental o ecológica. En su artículo 2 establece:

Definiciones. El derecho de conservación es un derecho real que consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste. Este derecho se constituye en forma libre y voluntaria por el propietario del predio en beneficio de una persona natural o jurídica determinada.

La importancia de esta ley radica en que

... le permite al sector privado llevar adelante iniciativas de conservación ambiental a un menor costo, pues antes de la ley las posibilidades quedaban circunscritas a la compra del predio que se quería conservar. Ahora, con esta ley, no será necesaria esa compra, sino que basta un contrato que suscribe quién desea conservar con el dueño del predio, a un precio que se determine y a un plazo, el cual puede ser indefinido. "Lo importante es que el derecho de conservación es un derecho real y no personal, por lo que, en caso de venta

16. "Servidumbres ecológicas" (online), s. f., proaves.org, en <https://proaves.org/servidumbres-ecologicas/>, última consulta: 2/3/2022.

del predio o muerte del dueño, se asegura que la conservación estipulada se mantenga en el tiempo”.¹⁷

Este nuevo derecho real se podrá constituir de forma voluntaria a través de un contrato solemne entre el propietario de un terreno particular y otra persona (natural o jurídica, pública o privada), quien es el titular del derecho. Ello nos marca una gran diferencia con nuestro sistema, por cuanto aquí se necesitan indefectiblemente dos inmuebles pertenecientes a diferentes personas para constituir una servidumbre, mientras que, en el caso del derecho real de conservación chileno, basta con un solo inmueble.

A fin de concretar el objeto del derecho, en el contrato debe establecerse, al menos, uno de los gravámenes establecidos en la ley (entre ellos, la restricción o prohibición de destinar el predio a fines inmobiliarios, comerciales, industriales o de otro tipo), la obligación de hacerse cargo o de contratar servicios para la mantención, descontaminación, reparación o administración, entre otros, y la obligación de ejecutar o supervisar un plan de manejo para el uso racional y sostenible de los recursos naturales de dicho terreno. Además, entre otras materias, el derecho real de conservación puede recaer sobre cualquier tipo de predio, público o privado, y puede constituirse por el tiempo que estime el propietario, ya sea con un plazo acotado o indefinido, y puede también constituirse a título gratuito u oneroso.

8. Conclusiones

A nadie se le escapa el hecho de que la situación de nuestro medioambiente es crítica. Por donde queramos mirar, a nivel local, nacional o global, la crisis ambiental se hace visible de las formas más voraces. La capacidad de la Tierra para satisfacer las crecientes necesidades de alimentos nutritivos, agua y aire respirable seguirá menguando si no se toman acciones contundentes y masivas inmediatamente. Y, si bien es cierto que la mayor responsabilidad corresponde a los principales actores, Estados nacionales y grandes empresas multinacionales, nadie está exento de tomar su parte en esta lucha:

Todo el mundo tiene un papel que desempeñar en la transformación de los sistemas sociales y económicos para un futuro sostenible. Todos los

17. “Derecho real de conservación: un nuevo aliado para los proyectos de inversión” (online), 24/8/2016, chilesustentable.net, en <https://www.chilesustentable.net/2016/08/derecho-real-de-conservacion-un-nuevo-aliado-para-los-proyectos-de-inversion/>, última consulta: 2/3/2022.

agentes tienen funciones individuales, complementarias y encadenadas que desempeñar para lograr un cambio transformador intersectorial y de toda la economía con efectos inmediatos y a largo plazo.¹⁸

Y los notarios somos uno de esos agentes. Es nuestro deber “explorar, adoptar y ofrecer novedosas formas contractuales a las personas que requieren nuestros servicios notariales”.¹⁹ Insisto en que, más allá de trabajar en proyectos de reforma, que constituirían una situación ideal para desempeñar mejor nuestra función, no por eso debemos dejar de lado y adaptar las herramientas que actualmente tenemos a disposición: fideicomisos con fines ambientales, en donde el fiduciario puede ser una organización especializada en el tema; cargos en donaciones y testamentos que tengan finalidad de protección ambiental; reservas naturales privadas (organizadas bajo derechos personales); derecho real de superficie constituida para proteger ciertas áreas. Y, seguramente, si se profundiza más, podamos encontrar muchas más herramientas de las que imaginamos.

El derecho real de servidumbre con fines ambientales es uno de esos recursos actualmente operativos en el derecho vigente. Muchos países de toda América están haciendo uso de las servidumbres ecológicas, con excelentes resultados. Sin embargo, no sucede lo mismo en Argentina, en donde tenemos muy poco desarrollo y utilización del instituto en cuestión.

No significa ello que no puedan constituirse en nuestro país servidumbres ecológicas, ya que, como lo hemos establecido, pueden ubicarse fácilmente dentro de la regulación general del derecho real de servidumbre. Sin embargo, teniendo en cuenta el posible conflicto descrito a la hora de establecer el carácter real de la servidumbre, será necesario prestar especial atención a este detalle al momento de la constitución.

Dentro del ámbito que nos compete, el derecho real de servidumbre constituirá una herramienta jurídica importante con la que cuentan los particulares a fin de comprometerse a evitar el deterioro de los recursos naturales. Se trata de una herramienta más que brinda el derecho vigente, no la única, por supuesto, pero sí una posibilidad más a fin de brindar una

18. “Mensajes clave” (online), AA.VV., *Hacer las paces con la naturaleza. Plan científico para hacer frente a las emergencias del clima, la biodiversidad y la contaminación. Mensajes clave y resumen ejecutivo*, Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2021, p. 13, en https://wedocs.unep.org/xmlui/bitstream/handle/20.500.11822/34949/MPN_ESSP.pdf, última consulta: 2/3/2022.

19. KRANNICHFELDT, Leticia, “Aportes del notariado para el logro del derecho ambiental eficaz” (online), *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, México, Liga Mundial de Abogados Ambientalistas, N.º 38, 24/12/2020, IJ-MII-267, en <https://latam.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=eb91dc31cd50c64bf2b7a8a2e334b631>, última consulta: 2/3/2022.

respuesta más pronta al problema, mientras esperamos que el Estado avance en políticas y legislación más adecuadas:

Más allá de las políticas, las iniciativas de los agentes de la sociedad que cuestionan las normas sociales o el statu quo actuales pueden suscitar la deliberación organizativa y social, que a su vez puede acelerar considerablemente las transformaciones²⁰.

9. Bibliografía

“Derecho real de conservación: un nuevo aliado para los proyectos de inversión” (online), 24/8/2016, chilesustentable.net, en <https://www.chilesustentable.net/2016/08/derecho-real-de-conservacion-un-nuevo-aliado-para-los-proyectos-de-inversion/>, última consulta: 2/3/2022.

“Mensajes clave” (online), AA.VV., *Hacer las paces con la naturaleza. Plan científico para hacer frente a las emergencias del clima, la biodiversidad y la contaminación. Mensajes clave y resumen ejecutivo*, Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2021, en https://wedocs.unep.org/xmlui/bitstream/handle/20.500.11822/34949/MPN_ESSP.pdf, última consulta: 2/3/2022.

“Resumen ejecutivo” (online), AA.VV., *Hacer las paces con la naturaleza. Plan científico para hacer frente a las emergencias del clima, la biodiversidad y la contaminación. Mensajes clave y resumen ejecutivo*, Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2021, en https://wedocs.unep.org/xmlui/bitstream/handle/20.500.11822/34949/MPN_ESSP.pdf, última consulta: 2/3/2022.

“Servidumbres ecológicas” (online), s. f., proaves.org, en <https://proaves.org/servidumbres-ecologicas/>, última consulta: 2/3/2022.

ANDRAOS, S. Mariana, “Ambiente. Desarrollo. Territorio y el rol del notario” (online), *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, México, Liga Mundial de Abogados Ambientalistas, N.º 38, 24/12/2020, IJ-MII-254, en <https://latam.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=dfe4bcf6b9d59c368e30fb9aecdb982f>, última consulta: 2/3/2022.

AREÁN, Beatriz, “Servidumbres reales y personales” (comentario a los arts. 2971 y 2972), Bueres, A. J. (dir.) y Highton, E. I. (coord.), *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 5, Buenos Aires, Hammurabi, 1997.

CASTRO FIGUEROA, Sebastián, *La servidumbre ambiental o ecológica en el sistema jurídico ecuatoriano* (online), Quito, s. e., 2015, en <https://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/2339/1/UDLA-EC-TAB-2015-09.pdf>, última consulta: 2/3/2022.

DEVIA, Leila y SIBILEAU, Agnés, “La servidumbre ambiental en el nuevo código civil y comercial de la nación” (online), elDial.com, DC1F7A, 1/9/2015, en https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina1.asp?id=8118&base=50&indice=doctrina, última consulta: 2/3/2022.

20. “Resumen ejecutivo” (online), AA.VV., *Hacer las paces con la naturaleza. Plan científico para hacer frente a las emergencias del clima, la biodiversidad y la contaminación. Mensajes clave y resumen ejecutivo*, Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2021, p. 24, en https://wedocs.unep.org/xmlui/bitstream/handle/20.500.11822/34949/MPN_ESSP.pdf, última consulta: 2/3/2022.

- GUTERRES, António, (prólogo del secretario general de las Naciones Unidas)(online), AA.VV., *Hacer las paces con la naturaleza. Plan científico para hacer frente a las emergencias del clima, la biodiversidad y la contaminación. Mensajes clave y resumen ejecutivo*, Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2021, en https://wedocs.unep.org/xmlui/bitstream/handle/20.500.11822/34949/MPN_ESSP.pdf, última consulta: 2/3/2022.
- KRANNICHFELDT, Leticia, "Aportes del notariado para el logro del derecho ambiental eficaz" (online), *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, México, Liga Mundial de Abogados Ambientalistas, N.º 38, 24/12/2020, IJ-MII-267, en <https://latam.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=eb91dc31cd50c64bf2b7a8a2e334b631>, última consulta: 2/3/2022.
- LASAGNA, Lidia, "El derecho real de servidumbre: una estrategia que contribuye a preservar el medioambiente" (online), *Revista de la Facultad*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, v. 7, N.º 2, nueva serie 2, 2016, en <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/24449/23749>, última consulta: 2/3/2022.
- PEÑA CHACÓN, Mario, "Cambio climático y servidumbres ambientales" (online), *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Sevilla, Centro Informático Científico de Andalucía, N.º 21, junio 2010, en https://huespedes.cica.es/gimadus/21/06_cambio_climatico_y_servidumbres.html, última consulta: 2/3/2022.
- <https://www.conservationeasement.us>; última consulta: 2/3/2022.
- https://www.lincolninst.edu/sites/default/files/pubfiles/1695_907_oct_09_article_2.pdf; última consulta: 2/3/2022.
- <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=4297dc67-1a90-4e43-b704-7b277c4a11bd>; última consulta: 2/3/2022.

Jurisprudencia citada:

- "Laudo arbitral" (online), *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N.º 874 [octubre-diciembre 2004], p. 159, en <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCR/ARTICULOS/39036.pdf>, última consulta: 2/3/2022.
- Cám. Fed. de San Martín, Sala 1, 18/11/2008, "Paraje Los Ciervos SA c/ Estado Nacional (Administración de Parques Nacionales) y otro s/ Sumarísimo" (Sistema Argentino de Información Jurídica, FA08960863, en <http://www.sajj.gob.ar/camara-federal-apelaciones-local-buenos-aires-paraje-ciervos-sa-estado-nacional-adm-parque-nacionales-otro-fa08960863-2008-11-18/123456789-368-0698-0ots-eupmocsollaf?q=%20titulo%3A%20ciervos&o=1&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Jurisprudencia/Fallo%7CFecha%7COrganismo%7CTribunal%7CPublicacion%7CF3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdiccion%7Cn%7Ct=3>; última consulta: 2/3/2022).

La vivienda como instrumento de dominación generador de situaciones de vulnerabilidad

“Te saco la casa”

Patricia A. Lanzón

RESUMEN

Tanto en el caso de las relaciones de pareja como en el vínculo entre hijos y padres (en particular si se trata de adultos mayores), la vivienda puede convertirse, en la dinámica familiar, en un elemento de dominación, generando un desequilibrio que se traduce en una situación de vulnerabilidad. La presencia del Estado resulta fundamental en estos casos, asistiendo a la persona afectada y proveyendo alternativas para su desenvolvimiento autónomo. El régimen de protección del Código Civil y Comercial, establecido en los artículos 244 a 256, apunta a la situación de los propietarios, pero no protege a los poseedores o tenedores, por cualquier título, o incluso sin él.

PALABRAS CLAVE

Protección de la vivienda; violencia familiar; violencia de género; adulto mayor; situación de vulnerabilidad.

Recibido: 11/5/2022

Aceptado: 20/7/2022

Publicado online: 22/11/2022

Sumario: 1. Introducción. 2. Casuística. 3. Adultos mayores. 4. Persona sin familia. 5. Vivienda y violencia. 6. Protección de vivienda. Crítica.

1. Introducción

La vivienda personal y de los hijos menores de edad puede constituir un instrumento de dominación y poder, sin distinción de géneros, pero



preferentemente en contra de la mujer y de los adultos mayores, provocando una dependencia a esa vivienda, que los coloca en situación de vulnerabilidad.

La vivienda es un elemento que integra la dinámica del poder en las relaciones familiares. Se ve en la forma de ejercicio de ese poder, a través de diferentes modalidades de sometimiento y maltrato, como la manipulación, la descalificación, las amenazas, la violencia psicológica, la agresión y el aprovechamiento; formas de relación que permiten que algún miembro de la familia ejerza control sobre otro, utilizando la necesidad de vivienda como sustento de la dominación.

El Estado, en todas sus instancias, en especial con legislación acorde, debe intervenir en los casos en que estos escenarios se produzcan, proveyendo a la persona sometida de alternativas de autonomía personal para evitarle padecer esa vivienda familiar insatisfactoria.

2. Casuística

Caso de relación hijo-padre viudo: El hijo ostenta una mitad de la propiedad de la vivienda heredada de la madre y presiona al padre viudo, dueño de la otra mitad, buscando de todas las formas posibles sacarlo de ella para poder venderla. O, posiblemente, no con la idea o necesidad de venderla, sino pensando que no puede vivir solo, que va a estar mejor en una residencia.

Esa vivienda de la familia, luego de la muerte de la madre, deviene en un condominio indeseado entre los coherederos; no es un ámbito pacífico para el padre adulto, mayor y viudo. Ese condominio derivado de la sucesión, ¿de qué forma podría haberse evitado?; ¿son útiles las herramientas como la indivisión forzosa testamentaria y/o la protección de vivienda? En este estado de situación, ¿puede el padre buscar algún tipo de apoyo para frenar la peligrosidad de las acciones de un hijo necesitado o insensible que inicia la acción de división del condominio?

Caso de relación matrimonial: Sirva como ejemplo el caso acaecido en Salta en el que una mujer y su cónyuge se inscribieron en un plan de viviendas provincial para adquirir la vivienda familiar; años después, el marido se retira del hogar por conflictos de violencia familiar, y la mujer demanda el divorcio por causa de injurias graves. En un acuerdo, ambos estipulan que los hijos menores quedarían bajo cuidado de la madre, en la vivienda familiar. Cuando la mujer informa lo acordado al Instituto Provincial de la Vivienda, se le cuestiona la falta de cumplimiento de la obligación, insistiendo en los derechos del hombre como adjudicatario e intimando a ambos a suscribir el

acta de tenencia y a recibir la vivienda, colocando a la mujer en la disyuntiva de reanudar la convivencia o quedarse sin la vivienda social. Finalmente, la Corte de Justicia de Salta revocó la sentencia y ordenó entregar la tenencia precaria a la mujer, luego de ocho años de pleito.¹

3. Adultos mayores

Por parte del Estado, nos encontramos con la falta de préstamos hipotecarios, el desconocimiento, la obstaculización y la falta de desarrollo de instrumentos como la renta vitalicia o la hipoteca inversa, por ejemplo, que conformen soluciones efectivas y sencillas para resolver temas de vivienda de la persona mayor. Al poner la mirada en estas instrumentaciones jurídicas, se advierte que no son operativas en este país, en parte por el tema inflacionario y la inestabilidad económica, y en parte por desconocimiento y falta de desarrollo de programas con incentivos. Es decir que, por este lado también, la persona mayor sufre las consecuencias de una sociedad ineficiente.

Sostenemos que, si las alternativas para acceder al dominio, usufructo o locación de una vivienda fueran más accesibles a la persona mayor, su derecho constitucional a la vivienda digna se consolidaría de forma más eficiente y segura.

4. Persona sin familia

Si bien es cierto que el derecho a la vivienda es un derecho fundamental, que tiene intrínseca relación con el derecho humano a la vida familiar, ello no debe dejar desatendido el lugar de la persona sola.

En este sentido, es remarcable la evolución en nuestro derecho civil de la protección de la vivienda, reemplazando el instituto del bien de familia, que impedía la protección de viviendas unipersonales.

5. Vivienda y violencia

Muchas mujeres no pueden tomar la decisión de poner fin a la violencia doméstica que las oprime, por temor de perder el techo para ellas y sus hijos.

1. Corte de Justicia de Salta, 4/6/2015, "S., I. V. c/ Instituto Provincial de la Vivienda s/ amparo - recurso de apelación" (*La Ley*, 19/11/2015). (*N. del E.*): ver [aquí](#); última consulta: 20/9/2022.

Cabe preguntarse qué tipo de injerencia del Estado se encuentra ausente en este caso.

Para muchas personas, el hogar donde viven puede representar sufrimiento, maltrato, etc., ocasionados por la situación familiar inamovible y rígida de la que no pueden escapar. Volvemos a prestar atención a la dinámica del poder en las relaciones familiares y el control que se ejerce sobre miembros en situación de debilidad y/o vulnerabilidad.

A las mujeres que tienen casa donde vivir, les resulta menos difícil adoptar y sostener las decisiones necesarias para poner fin a la violencia que las agobia, y, aunque ello no signifique que necesariamente vayan a superar el conflicto, por lo menos les permite atravesar la situación con mayor desahogo. No solo porque disminuye su angustia económica, sino porque las coloca en un lugar de poder que les facilita terminar la relación de pareja, sin temor de quedarse en la calle.

Desde 2009, rige la [Ley 26485 de Protección Integral a las Mujeres](#),² que, en su artículo 26, dispone:

Medidas preventivas urgentes. a) Durante cualquier etapa del proceso el/la juez/a interviniente podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las siguientes **medidas preventivas** de acuerdo a los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres definidas en los artículos 5º y 6º de la presente ley [...] b.3. Decidir el **reintegro al domicilio de la mujer** si ésta se había retirado, previa exclusión de la vivienda del presunto agresor; [...] b.9. Disponer el **inventario de los bienes** gananciales de la sociedad conyugal y de los bienes propios de quien ejerce y padece violencia. En los casos de las parejas convivientes se dispondrá el inventario de los bienes de cada uno; b.10. Otorgar el uso exclusivo a la mujer que padece violencia, por el período que estime conveniente, del **mobiliario de la casa**.

Es decir que la mujer victimada puede pedir como medida preventiva recuperar o mantener la vivienda familiar, con exclusión del agresor, con uso exclusivo de los muebles, sin límite de tiempo.

6. Protección de vivienda. Crítica

Se hace preciso destacar que la protección que el [Código Civil y Comercial](#) (CCyC) desarrolla en sus artículos 244 al 256 se refiere y aplica a personas que hayan podido llegar a ser **propietarias**. Esto dejaría fuera

2. (N. del E.): Los hipervínculos a textos normativos fueron incorporados por la *Revista del Notariado* y dirigen a fuentes oficiales –en caso de excepción, se hará la aclaración que corresponda–; la fecha de última consulta es 20/9/2022. Los destacados pertenecen a la autora.

de la protección a los innumerables casos de personas poseedoras, con o sin boleto de compraventa, usurpadoras o tenedoras. Es decir que estas personas, colocadas en diversos escenarios más endeblés, deberían recurrir judicialmente para pedir protección en defensa de la vivienda familiar.

A su vez, vemos que el CCyC aporta herramientas útiles para proteger la vivienda de aquellos miembros del grupo familiar que se encuentran en condiciones más vulnerables; por ejemplo, confiere la posibilidad de solicitar **la atribución de uso de la vivienda matrimonial o convivencial en forma cautelar** (arts. 721 y cc.) y enumera una serie de pautas a tener en cuenta para decidir esa atribución, que se asientan en el principio de protección de aquellos miembros más débiles del grupo. Plantea la ley que, deducida la acción de nulidad o de divorcio (o antes, en casos de urgencia), el juez puede tomar ciertas medidas provisorias para ordenar las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso. Entre ellas, especialmente puede determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, dejar asentado qué bienes se lleva de la vivienda el cónyuge que se va del inmueble. Incluso, se establece que podría determinarse una renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges.³

La vivienda es indispensable para llevar adelante una vida en condiciones de dignidad adecuadas. Integra la categoría de derechos económicos, sociales y culturales, que la reforma constitucional argentina del año 1994 incorporó al bloque de constitucionalidad; por eso, recaen sobre el Estado argentino obligaciones positivas tendientes a garantizar su cumplimiento y a diseñar los mecanismos adecuados para preservarlo y hacerlo compatible con los demás condicionamientos económicos y sociales de la población.

Vale la pena recordar que la llamada garantía al régimen del bien de familia goza de jerarquía constitucional, plasmada en el artículo 14 bis, último párrafo, de la [Constitución Nacional](#), apoyándose, además, en todo el bloque constitucional integrado por los instrumentos internacionales que defienden el derecho a la vivienda como un derecho humano.

3. En el art. 723 CCyC se aclara que el ámbito de aplicación de los arts. 721 y 722 se extiende a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente.

Convenio partitivo de bienes gananciales y propios por liquidación de la comunidad

Unidad negocial, forma del acto*

Mario G. Szmuch

RESUMEN

A fin de calificar el cumplimiento de la forma impuesta por la ley al acto documentado, se aborda el problema de determinar si las diversas prestaciones comprometidas en un mismo instrumento constituyen un negocio único o si nos encontramos ante una multiplicidad de negocios unidos por nexos que no excluyen el valor autónomo de cada uno. Se concluye que, para ello, debe atenderse a la causa, entendida como la función económico-social que el negocio cumple, conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.

PALABRAS CLAVE

Acuerdo partitivo; contratos conexos; división de condominio; efecto declarativo de la partición; forma del acto jurídico; liquidación de comunidad o sociedad conyugal; unión o combinación de actos o contratos.

Aprobado por la Comisión: 14/7/2022

Tratado por el Consejo Directivo: 10/8/2022

Publicado online: 27/9/2022

Sumario: 1. Doctrina. 2. Consulta. 3. Respuesta. 3.1. Marco doctrinario. 3.2. Normativa aplicable. 3.3. Encuadre del caso. 4. Conclusión.

* (N. del E.): Dictamen 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 14/7/2022 (expediente 16-01762-22).



1. Doctrina

- 1) La libertad de configuración contractual permite a los contrayentes diseñar a medida el o los instrumentos jurídicos que regirán su relación negocial. Para esto, bien pueden utilizar los tipos establecidos en la ley o crear un contrato específico que se ajuste a la operación concreta que se proponen.
- 2) Al interpretar los actos que se encuentran a lo largo del estudio de títulos, el operador debe evaluar cautelosamente si el contenido del documento bajo análisis consiste en un solo negocio o una pluralidad de estos unidos externa o internamente. Para lo primero, habrá de atender a la causa, entendida esta como la función económico-social que el negocio cumple, conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe.
- 3) El acto de adjudicación por división de condominio y el de adjudicación por liquidación de la sociedad conyugal se rigen por la misma forma, que por remisión es la que corresponde a igual acto en la partición hereditaria.
- 4) El acto a título oneroso por el cual cese la indivisión que recaía sobre una cosa común, pasando esta al dominio de uno de los comuneros, tiene efecto declarativo, aunque las partes le atribuyan carácter traslativo (art. 2696 del Código Civil anterior).
- 5) En el régimen actual, la doctrina no es unánime en cuanto a la forma de la partición que involucra un inmueble. Según una postura, en función de no existir una norma que permita el instrumento privado presentado al juez de la sucesión, por el artículo 1017 inciso a) del Código Civil y Comercial, cabe interpretar que la partición solamente puede otorgarse mediante escritura pública, fuera de los supuestos previstos en el artículo 2371. La otra postura entiende, en cambio, que, además de los referidos supuestos previstos en el artículo 2371 del Código Civil y Comercial, el ordenamiento en vigor permite otorgar la partición mediante escritura pública o instrumento privado presentado al juez para su homologación. Esta doctrina se basa en que no resulta de aplicación el inciso a) del artículo 1017, en virtud de tratarse de un acto declarativo, rigiendo al respecto la libertad de formas y lo previsto en el artículo 2369.

2. Consulta

La colega GF relata en su consulta que, en enero de 2019, autorizó una escritura por la cual la señora Liliana, divorciada de Carlos, vendió un inmueble sito en esta ciudad. Liliana (la vendedora) y Carlos habían adquirido el bien en 1979, siendo solteros. En 1987, tramitaron su divorcio, en cuyo escrito de inicio denunciaron el inmueble erróneamente como ganancial y acordaron su adjudicación, junto a los muebles allí existentes, a favor de Liliana. Además, denunciaron un automotor ganancial, el que fue adjudicado a Carlos en el mismo acuerdo. En julio de 1987 (aclaramos, ya vigente la [Ley 23515 de Divorcio Vincular](#)¹), se dictó la sentencia de divorcio; en octubre del mismo año, el juez homologó el acuerdo; y, en julio de 1988, este se inscribió en el registro de la propiedad.

Otra colega, la escribana CG, requerida para instrumentar la compraventa del mismo inmueble, observó la escritura *supra* relacionada. Advirtió que el inmueble

... no revestía carácter ganancial si no [sic] que era propio de cada cónyuge al haberse adquirido cuando ambos eran de estado civil solteros. Consecuentemente no se trataba de un bien integrante de la sociedad conyugal en indivisión postcomunitaria. La causa entonces de la transmisión podría haber sido transferencia del 50% propio en compensación -en el caso el otro bien se trataba de un automóvil- o bien haberse acudido a la figura de la división de condominio. En cualquier caso, al haberse efectuado en de [sic] la manera relatada, podría eventualmente considerarse incumplida la forma utilizada para la transferencia en cuestión al no tratarse de un supuesto de adjudicación por disolución de sociedad conyugal y no haberse acudido a la escritura pública para la transmisión del inmueble.

En opinión de la consultante,

... se parten un automotor de carácter ganancial y el cincuenta por ciento indiviso de un bien inmueble propio [...] adjudicándose el automotor al marido y a la cónyuge 50% del inmueble, porque ella ya era titular del otro 50%. - Al presentarse el acuerdo, fue considerado por el juez como un acto jurídico único y mixto...

1. (N. del E.): Los hipervínculos a textos normativos fueron incorporados por la *Revista del Notariado* y dirigen a fuentes oficiales -en caso de excepción, se hará la aclaración que corresponda-; la fecha de última consulta es 15/9/2022.

Cita, con respecto a esto último, una disertación de Braschi sobre partición, publicada en la *Revista del Notariado* N.º 842,² en la que se hace referencia a un voto del doctor Zannoni³ y el comentario al fallo hecho por la doctora Méndez Costa.⁴

Aclaración: no surge de la consulta ni de la documentación acompañada el tenor literal del convenio partitivo, ni se informa si, al tiempo de suscribirse este, residían en el inmueble hijos menores o incapaces.

3. Respuesta

3.1. Marco doctrinario

3.1.1. Unidad o pluralidad de negocios

Resultan útiles, para acometer nuestro análisis, las enseñanzas del jurista italiano Emilio Betti en torno a la clasificación del negocio jurídico según su composición o estructura, cuando nos encontramos ante una pluralidad de actos o declaraciones de voluntad, para establecer si hay: a) unidad de negocio o b) nexos de interdependencia entre negocios. Al respecto, dicho autor nos explica:

Puede ocurrir que el negocio sea simple, o bien que resulte de una pluralidad de actos que se integran recíprocamente en su contenido y componen una unidad en el negocio. Pero aquí se pregunta cuál sea el criterio por el que haya de establecerse la unidad del negocio partiendo de la pluralidad de los actos que en él se juntan. Fenómenos de observación cotidiana

2. BRASCHI, Agustín O., "Partición", *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N.º 842, 1995, pp. 447-459 (versión taquigráfica de la exposición realizada el 15/11/1994). (N. del E.): ver [aquí](#); última consulta: 16/9/2022.

3. Se trata de la sentencia de la CNCiv., Sala A, 14/8/1985, en autos "O. de G., N. H. c/ G., F." (*La Ley*, t. 1986-E, p. 160). De la doctrina de ese fallo resulta lo siguiente: "Entre los modos de operarse la partición cabe, como posibilidad, la de que uno de los esposos reciba bienes de más valor en su hijuela, compensando al otro mediante el reconocimiento de un crédito en dinero. A priori estas compensaciones dinerarias constituyen un modo de hacer posible la partición, y, por ende, la integran: el procedimiento constituye una operación de partición y no una compraventa de parte indivisa. Es que en tales casos lo que existe, en puridad, es un negocio mixto que conjuga la adjudicación declarativa y una translación patrimonial atributiva (el dinero con que se compensa el menor valor de los bienes adjudicados al cónyuge). Pero este negocio mixto constituye una unidad negocial que es la síntesis de la combinación de esas causas negociales en abstracto separables. La unidad negocial deriva de una relación jurídica que es también única -la creada por la división postcomunitaria entre los cónyuges- y por eso es indivisible".

4. MÉNDEZ COSTA, María J., "Partición de gananciales: negocio jurídico único", *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 1986-E, p. 155.

en el campo del Derecho nos colocan ante tal cuestión. Relaciones que requieren una regulación compleja encuentran ésta en negocios que constan de una numerosa serie de cláusulas, algunas centrales y otras de importancia colateral; cada una de estas cláusulas puede existir por sí y es perfecta de sentido, pero todas se coordinan en un complejo único y no son concebibles como una multiplicidad de negocios [...] **El problema [...] radica en ver cuándo y por qué se deba reconocer un negocio único con pluralidad de declaraciones y cuando, en cambio, nos encontramos ante una multiplicidad de negocios, unidos en un supuesto de hecho complejo, por nexos que no excluyen el valor autónomo de cada uno.** [...] Dada una pluralidad de declaraciones conexas ha de distinguirse si a cada una de ellas se acompañan, como efectos propios e independientes, los efectos jurídicos correspondientes a su finalidad, o bien, si tales efectos sólo se enlazan al complejo de las declaraciones conjuntas. En la primera hipótesis se tienen varios negocios coligados, en la segunda, un negocio unitario que consta de varias declaraciones...⁵

Luego pasa a examinar los diferentes tipos de nexos entre negocios jurídicos, los que, según él, pueden ser de concurso o continuidad. Es de concurso si hay una relación de síntesis y contemporaneidad ideal entre dos o más negocios que cooperan al mismo resultado económico-social. En cambio, es de continuidad o secuencia el nexo entre dos o más negocios en orden de sucesión temporal el uno respecto al otro, cuya secuencia contempla y alcanza un complejo resultado económico-social.

Aclara Betti que cada uno de los negocios, concurrentes o en vínculo de continuidad, produce los efectos jurídicos conformes a su destino, pero efectos tales que constituyen una unidad funcional; además, los negocios, en su síntesis, originan consecuencias jurídicas que no coinciden con las de cada uno de ellos individualmente considerado. Entre los negocios concurrentes, como entre los que se encuentran en relación de continuidad, el nexo es, por tanto, esencialmente teleológico y depende de la congruencia entre las respectivas funciones.

Por último, en lo que a nuestro análisis interesa, señala el autor que los concurrentes entre sí pueden ser negocios homogéneos, es decir, de la misma naturaleza jurídica, o negocios heterogéneos, o sea, de tipo y naturaleza jurídica diferente.

5. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comares, 2000 (traducción y concordancia con el derecho español por Antonio M. Pérez y José L. Monereo Pérez), pp. 250 y ss. El destacado es nuestro.

3.1.2. Especies principales de combinaciones de contratos o de elementos contractuales

El autor alemán Ludwig Enneccerus,⁶ seguido muy de cerca en nuestro país por Alberto G. Spota,⁷ hace un análisis más profundo de los contratos atípicos. Señala que ofrece dificultades especiales el trato jurídico de aquellos contratos que combinan diferentes tipos de contrato o varias prestaciones singulares reguladas en tipos diversos de contrato; y que los autores suelen limitarse a plantear si se trata de un contrato unitario o de varios contratos. Esta diferenciación, advierte, no es bastante clara ni es suficiente tampoco. La exposición que dicho autor hace de las especies principales de combinaciones de contratos o de elementos contractuales muestra más bien que las diversidades en cuestión no pueden destacarse debidamente por la mera división en contratos unitarios y pluralidades de contratos.

Va de suyo que es labor del intérprete determinar si la operación económica se verifica a través de un único contrato o si la unidad es solo aparente y, finalmente, las prestaciones o atribuciones se verifican a través de diversos contratos, como así también el vínculo que eventualmente exista entre estos. Según Enneccerus, la solución compete siempre, en última instancia, al arbitrio judicial, **atendiendo a las circunstancias del caso concreto, especialmente inspirándose en el fin económico y en los legítimos intereses de las partes.**

Este autor formula la siguiente clasificación:

- A)** Uniones de contratos (contratos unidos), comprensiva de tres casos:
 - 1. Unión meramente externa
 - 2. Unión con dependencia unilateral o bilateral
 - 3. Unión alternativa
- B)** Contratos mixtos en sentido amplio, entre los cuales hay tres clases principales:
 - 1. Contratos combinados
 - 2. Contratos mixtos en sentido estricto
 - 3. Contratos de doble tipo

Los agrupa bajo la denominación "mixtos en sentido amplio" para distinguirlos claramente de los contratos puramente típicos, de los

6. ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho de obligaciones*, v. II, Barcelona, Bosch, 1935 (traducción de la 35ª ed. alemana, por Blas Pérez González y José Alguer), pp. 5 y ss.

7. SPOTA, Alberto G., *Contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2009 (2ª ed. actualizada y ampliada por Luis F. P. Leiva Fernández), pp. 390 y ss.

totalmente atípicos y de los típicos con prestaciones subordinadas de otra especie (inciso C] siguiente).

Los incluidos en esta categoría, a diferencia de los de la especie anterior, no implican una pluralidad de contratos sino **uno** concreto que contiene elementos propios de otros tipos contractuales, ligados de manera tal que constituyen un todo unitario.

Respecto de estos contratos, advierte Enneccerus, solo puede trazarse el principio impreciso y, por tanto, difícil de aplicar, de que en determinadas circunstancias se aplicarán las disposiciones de esos distintos tipos de contrato, siempre que no contradigan el carácter específico y el fin total del contrato de que se trate.

C) Contratos típicos con prestaciones subordinadas de otra especie.

Sintetizamos cada supuesto:

A.1) Unión meramente externa: Se trata de varios contratos completos que solo están unidos externamente en el acto de su conclusión, por ejemplo, por la forma escrita, sin que proceda suponer la dependencia de uno respecto del otro. En este caso, cada contrato sigue exclusivamente las reglas que le son propias. Esta unión, meramente externa, puramente ocasional, carece de toda influencia.⁸ Es decir, aunque los contratos aparezcan unidos por haber sido celebrados coetáneamente por las mismas personas y hasta en un mismo instrumento, cada uno está separado del otro sin influirse y se aplican a cada contrato las reglas que le son propias.

A.2) Unión de contratos con dependencia unilateral o bilateral: En este caso, dos contratos completos son queridos solo como un todo, o sea, en recíproca dependencia o, al menos, de manera que uno dependa del otro y no este de aquel. Sin perjuicio de las consecuencias derivadas de la relación de dependencia (p. ej., la validez de uno de los contratos depende de la validez del otro, o la resolución por incumplimiento de uno de los contratos autoriza la rescisión del otro), cada uno de los contratos está sujeto a las

⁸. Esto no quiere decir, como expresa López Vilas, que esta unión meramente externa no puede producir excepcionalmente efectos jurídicos comunes a los dos negocios o contratos que aparecen así materialmente conectados. Menciona la hipótesis de la nulidad consecuente, por vicio de forma del único documento, para todos los negocios que exijan el acto escrito (LÓPEZ VILAS, Ramón, "Concepto y naturaleza jurídica del subcontrato", en *Estudios jurídicos*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, p. 382, nota al pie 20). Para este autor, la unión meramente exterior debería constituir un grupo aparte de la verdadera unión jurídica de contratos, puesto que, para calificar de jurídica la unión entre contratos, esta ha de ser realmente jurídica, es decir, debe ser de tal naturaleza que produzca verdaderos efectos jurídicos, que en una forma u otra se dejarán sentir en los contratos respectivos (ob. cit., p. 388).

reglas valederas para el tipo al que se ajusta. Los contratos conexos (arts. 1073 a 1075 del [Código Civil y Comercial \[CCyC\]](#)) encuadran en esta categoría.

A.3) Unión alternativa: En este caso, los contratos están unidos de manera que, según se cumpla o no una condición pactada, se entenderá concluido uno u otro contrato. Por ejemplo, compro un caballo para el caso de que este gane el próximo Gran Premio San Isidro, y, para el caso contrario, lo alquilo por tres meses. A diferencia de la categoría anterior, en los casos de unión alternativa no se da una relación de contemporaneidad (concurso y coexistencia) entre los contratos.⁹

B.1) Contratos combinados (o contratos gemelos): Uno de los contrayentes se obliga a varias prestaciones principales, que corresponden a distintos tipos de contrato, mientras que el otro contratante promete una contraprestación unitaria. Por ejemplo, el contrato por el cual el dueño de una casa se obliga a transferir la propiedad de esta y, a la vez, transmite a quien la adquiere los derechos y acciones posesorios respecto del terreno lindero (que no es una mera dependencia o accesorio de aquella casa), todo por un único precio. No son dos contratos unidos entre sí, sino dos tipos de contrato mezclados, de manera que solo pueden distinguirse en las obligaciones de uno de los contrayentes, no en las del otro. Para cada una de las prestaciones principales combinadas, en tanto se trate únicamente de ellas, es decisivo el tipo correlativo de contrato.

Explica Enneccerus que las disposiciones que afecten a una sola de las prestaciones combinadas solamente pueden ser aplicadas a la contraprestación en proporción al valor de ambas prestaciones. Y las causas de extinción que rigen para uno de los tipos de contrato solo extinguen la parte de contrato correlativa (de modo que también se reduce proporcionalmente la contraprestación). Pero, en la mayoría de los casos, de la combinación de estas partes para constituir un todo unitario y, en particular, de la relación económica en que se hallan las diversas partes del contrato, se habrá de deducir que solo deben existir unas con otras y que tienen que desaparecer conjuntamente. Entonces, se extingue también la otra parte del contrato.

B.2) Contratos mixtos en sentido estricto: El contrato contiene un elemento de otro tipo contractual. El ejemplo clásico es el de la *emptio cum donatone* (venta con donación). Por ejemplo, se vende un inmueble valuado en treinta millones de pesos por solo veinte millones, con el propósito

9. Ibidem, p. 388.

de atribuir gratuitamente (*animus donandi*) una parte del valor del bien al comprador, es decir, de enriquecerlo a costa del propio y deliberado empobrecimiento. Se trata, en esa medida, de una donación con el ropaje de la compraventa; por ello, no se da el supuesto de la lesión (art. 332 CCyC). En este caso, rigen para todo el negocio las reglas decisivas para su tipo. Pero, además, respecto de la parte integrante que, a la vez, representa el otro tipo de contrato, se aplican las disposiciones valederas para este, siempre que no se oponga a ello la naturaleza del negocio, considerado en su conjunto.

B.3) Contratos de doble tipo: El contenido del contrato encaja en dos tipos distintos de contrato, de modo que se manifiesta como contrato tanto de una especie como de otra. Por ejemplo, el contrato por el cual una parte se obliga a transferir una cochera a cambio de la reparación de una casa. Le son aplicables tanto las reglas de un contrato como las de otro y de manera inmediata, no solo por analogía. En caso de que las normas de ambos tipos de contrato se contradigan, deben investigarse las razones en que se basan una y otra regulación y sopesarse recíprocamente para aplicarlas o no al contrato en cuestión.

C) Contratos típicos con prestaciones subordinadas de otra especie: Aquí, al igual que en los contratos mixtos en sentido amplio, existe un contrato único, pero que, a diferencia de aquellos, por su contenido principal globalmente considerado, encaja solo dentro de un único tipo (el tipo básico). Pero obliga, además, a una prestación subordinada al fin principal y que se regula dentro de otra especie contractual. Toda vez que tal prestación está subordinada al fin principal del contrato, no puede alterar la naturaleza general de este y, por tanto, sería erróneo hablar en este caso de contratos mixtos.

Para juzgar el contrato, es decisivo, en primer término, el derecho que regula el tipo básico. Pero, a título complementario y con referencia a la prestación de la otra especie, pueden aplicarse también por analogía las disposiciones sobre el tipo de contrato a que correspondan, siempre que esas disposiciones tengan su fundamento en la naturaleza de esta prestación y la naturaleza general y el fin conjunto del contrato no exijan una desviación.

Aclara el autor que estos principios son aplicables aunque el contrato básico no encaje dentro de ninguno de los tipos de contrato regulado; solo que, entonces, lo que primero procede es dilucidar las normas de aquel.

Por último, subdivide esta especie en dos clases:

- 1) El contrato típico obliga regularmente a la prestación subordinada a su fin principal, pero solo determina esta prestación de una manera completamente general, como, por ejemplo, las normas de la sociedad y el deber de aportar lo prometido. En este caso, a pesar de existir únicamente un contrato de sociedad, el deber de aportar consistente en transferir la propiedad de una cosa puede ser tratado, por analogía, con la compraventa, dentro de los límites antes indicados; lo mismo, la prestación de aportación consistente en la concesión de uso (aporte de uso y goce) se regula por las normas del arrendamiento de uso; la aportación de servicios, por el contrato de servicios, en tanto en cuanto estas obligaciones no estén reguladas por el contrato de sociedad.
- 2) El contrato típico en cuanto tal no obliga a esta prestación subordinada, sino que esta se basa solamente en el convenio. Claro que tal prestación debe estar subordinada al fin principal del contrato, pues de otro modo se estaría en presencia de un contrato combinado (supra B.1). Tal subordinación puede presentarse de dos maneras:
 - a. cuando esa prestación se manifiesta como secundaria con relación al fin principal del contrato, por ejemplo, los servicios domésticos en el caso de alquiler de una habitación;
 - b. cuando no tiene importancia por sí sola, sino que tiende únicamente a posibilitar o facilitar la prestación principal, o sea, cuando sólo se manifiesta como medio para la realización de aquella.

3.1.3. El criterio de evaluación definitorio: la causa

El autor español Ramón López Vilas¹⁰ atiende la necesidad de aclarar en qué casos puede decirse que estamos ante un único negocio o, por el contrario, ante una pluralidad de ellos relacionados entre sí. Según él, la solución no puede reducirse a índices externos o síntomas exteriores, pues es evidente que, por ejemplo, la unidad del documento no bastará ni será decisiva para catalogar la naturaleza o el número de los negocios que allí constan o se originan.

El autor constituye tres grupos distintos con las opiniones dadas por la doctrina para determinar el criterio conforme al cual debe decirse cuándo hay un único contrato o una pluralidad de ellos, según que tales opiniones tengan por fundamento: a) el elemento subjetivo (voluntad de las partes), b) algún elemento objetivo (causa), o c) una estimación mixta en la que,

10. Ibidem, pp. 381 y ss.

remitiéndose para determinar la cuestión al elemento subjetivo, se integrase tal consideración con la de un elemento objetivo.

López Vilas acepta como el más acertado para dilucidar la cuestión el criterio objetivo de la causa. Y, así, el problema de la unidad o pluralidad de contratos queda reducido al de la causa, de modo que existirá un solo contrato cuando exista una sola causa y dos o más contratos cuando exista más de una, entre sí autónomas. Pero esto en realidad no resuelve plenamente el problema, pues la auténtica dificultad se planteará en cada caso a la hora de delimitar la causa. Aceptando el concepto objetivo de la causa como función económico-social que el negocio cumple, considera que, en la práctica, normalmente podrá tomarse como índice de la unidad de la misma la conexión objetiva de las prestaciones. O sea que, examinando en cada caso el grado de dependencia o independencia de aquellas, cree que se puede aclarar el problema de la unidad o dualidad de las causas, lo que, a su vez, debe resolverse en uno u otro sentido la duda de si estamos ante un negocio único más o menos complejo o si, por el contrario, se trata de unas hipótesis de dos o más negocios unidos o ligados jurídicamente. Y, así, si las prestaciones que integran la figura mantienen su independencia, deberá hablarse de dos contratos y de uno sólo en el caso contrario, estimando que las prestaciones serán independientes cuando una no sea necesaria para la ejecución de la otra.¹¹

Messineo también acude a la causa como elemento definitorio en la materia que nos ocupa:

El criterio al que se debe recurrir, aun en el caso de que la voluntad de las partes ofrezca elementos de juicio, es -como se sostiene, después de las discusiones a este respecto-, el de la causa, considerada como elemento típico que individualiza al contrato; y es un criterio simple, porque donde haya una causa única, aunque compleja, habrá unidad de contrato; en cambio, donde haya pluralidad de causas, habrá pluralidad de contratos, y si, como es mucho más frecuente, se tratara de causas correspondientes a otros tantos contratos nominados, habrá pluralidad de contratos nominados, o, en última hipótesis, pluralidad de contratos nominados y de contratos innominados.¹²

Y parece ser este también el criterio seguido por la doctora Méndez Costa al afirmar lo siguiente en su nota al citado fallo de la Sala A:

11. Téngase en cuenta que, sin embargo, en los contratos conexos, "un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato" (art. 1075 CCyC).

12. MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 393.

Si para clasificar los negocios jurídicos es uno de los criterios útiles y exactos el del contenido de la intención negocial, a él hay que recurrir en el análisis de la partición misma y de los negocios que puedan aparecer integrándola. No hay duda que **lo que se pretende, lo que se “quiere”, es transformar porciones alícuotas** de una universalidad (porciones alícuotas de la herencia, o la mitad de los gananciales) que son, simultáneamente, porciones alícuotas en los distintos bienes (de la herencia, o gananciales), **en bienes íntegramente atribuidos a cada heredero o a uno y otro cónyuge...**¹³

3.1.4. Reglas de interpretación

Ya en este punto queda claro que lo que particularmente interesa en la materia analizada es la determinación de las reglas a aplicar al contrato concreto. López de Zavalía, vigente el Código Civil anterior (CC), nos ilustraba con su característica brillante lucidez:

El contrato nominado se rige por las reglas del tipo (sometido por ende al derecho imperativo que a éste corresponde, y llenándose sus lagunas por el derecho supletorio estatuido en el tipo). Si un problema determinado no puede ser resuelto atendiendo a dichas normas, se acude a las reglas generales de los contratos, y sólo a falta de ellas se buscan las del tipo análogo.

En los contratos innominados (atípicos) el procedimiento es el mismo. Tan sólo que como no hay un tipo del cual partir, habrá que acudir primero a las reglas generales de los contratos. La opinión contraria que al contrato innominado aplica directamente las reglas del tipo con el que guarda mayor analogía saltea indebidamente una etapa, que es la de la subsunción en el género.

Hay que acudir subsidiariamente a las reglas de un contrato típico. En cuanto al procedimiento a seguir, las opiniones se encuentran divididas. Se han sustentado tres teorías, llamadas de la absorción, de la combinación, y de la aplicación analógica [...] observando con justa razón Messineo (Doctrina, I, pág. 401) que las dos primeras son especificaciones del principio de analogía. Para la teoría de la absorción corresponde fijar la atención en los factores prevalentes (cláusulas, prestaciones) del contrato innominado, aplicando las reglas del contrato típico al que aquéllos pertenezcan. Pero ello supone que hay factores prevalentes, y que corresponden a un tipo conocido, fallando en consecuencia cuando los factores prevalentes no son típicos, como acontece en los contratos innominados puros, o cuando no pueda hablarse de prevalencia por ser de idéntica jerarquía los factores pertenecientes a dos o más tipos, como acontece en los contratos mixtos [...] a ello debe agregarse que la doctrina de la prevalencia descuida la función

13. Ver MÉNDEZ COSTA, María J., ob. cit. (nota 4). El destacado me pertenece.

de los factores no prevalentes. Para la teoría de la combinación, hay que descomponer el contrato innominado en sus elementos típicos, y aplicar a cada porción las normas reguladoras del tipo correspondiente. Esta teoría deja sin solución los casos en los que lo atípico del negocio no se limita a una nueva combinación de factores conocidos, sino que además introduce factores atípicos, o directamente combina éstos; además, cabe señalar que si es fácil descomponer un contrato, ya no lo es el reconstruir un mosaico de normas reconduciéndolas a unidad. En cuanto a la teoría de la aplicación analógica, si con ella -para diferenciarla de las anteriores- se pretende que todo el contrato innominado quede regulado por todas las normas del contrato típico más parecido, cae en un exceso, al olvidar los factores atípicos que lo innominado pueda contener. Por nuestra parte, pensamos que cada una de estas teorías tiene su parte de verdad, si se la reduce en cuanto a su ámbito de aplicación y se la maneja con ciertas reservas. Como pauta general, válida para cualquiera de las teorías, debe tenerse en cuenta que cualquier regla de los contratos típicos que se aplique, debe hacérselo en la inteligencia de que armoniza con la **finalidad perseguida por los contratantes**, de tal modo que de haber previsto el problema, las partes verosíblemente la hubiesen querido (art. 1198). Con tal limitación, nos parece legítima la teoría de la combinación aplicada a los contratos mixtos, y en tal sentido nos decidimos en el texto, sub 2, b [*el autor se refiere a los contratos mixtos en sentido estricto*]; cuando aparecen factores atípicos, con idéntica reserva resulta correcta la teoría de la prevalencia; pero cuando todo es atípico, hay que acudir a la teoría de la aplicación analógica, con las mismas limitaciones. Sin embargo, es tan vasto el campo de lo innominado, que lo que antecede apenas son pautas, y lo decisivo será siempre la regla del art. 1198, primer párrafo, y en última instancia, ello constituirá un problema de interpretación.¹⁴

3.2. Normativa aplicable

Se aplican al caso traído a consulta las normas que estaban vigentes antes de entrar a regir el CCyC, pues tanto la sentencia de divorcio como la homologación del acuerdo partitivo están datadas en 1987, ya en vigor la Ley de Divorcio Vincular. Dado que el acuerdo involucró un bien propio (inmueble en condominio) y uno ganancial (el automotor), las reglas aplicables son respectivamente las de la liquidación del condominio y las de la liquidación de la sociedad conyugal.

No entraremos en la profusa discusión de cuál era, en el régimen entonces vigente, la naturaleza jurídica de los bienes gananciales tras

14. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, t. I "Parte general", Buenos Aires, Zavallia, 1997, pp. 97 y 98.

disolverse la sociedad conyugal en vida de ambos esposos (condominio, universalidad jurídica, etc.), ya que, en sede notarial, la doctrina, a la postre, era conteste en aplicar las reglas de la partición hereditaria. A su vez, estas últimas también eran las que correspondía aplicar a la división de condominio (art. 2698 CC).¹⁵

En definitiva, el núcleo del plexo normativo que rigió la situación, en lo que respecta a la forma del acuerdo y los efectos de este, quedó constituido finalmente por los siguientes artículos del CC: 2695 a 2698, respecto del inmueble;¹⁶ y 1184 inciso 2º), 3462, 3465 y 3503, con relación a ambos bienes. A la luz de estas normas, debemos dar nuestra opinión en el caso traído a consulta, sin perder de vista las reglas de interpretación de los contratos *supra* desarrolladas.

3.2.1. Prevención

Aclaremos, previamente a abordar el encuadre del caso concreto, que en el régimen actualmente vigente la doctrina no es unánime en cuanto a la forma de la partición que involucra un inmueble. Según una postura, al no existir una norma que específicamente permita el instrumento privado presentado al juez de la sucesión, por aplicación del artículo 1017 inciso a) CCyC, debe interpretarse que tal partición solamente puede otorgarse mediante escritura pública, fuera de los supuestos previstos en el artículo 2371. La otra postura entiende, en cambio, que, además de los mencionados supuestos previstos en el artículo 2371, el ordenamiento vigente permite otorgar la partición mediante escritura pública o instrumento privado presentado al juez para su homologación, con fundamento en que no resulta de aplicación el artículo 1017 inciso a) por tratarse de un acto declarativo, a cuyo respecto rige el principio de libertad de formas, específicamente recogido en el artículo 2369 del mismo ordenamiento.

3.3. Encuadre del caso

Los cónyuges Liliana y Carlos otorgaron, en el escrito de inicio para la promoción de su juicio de divorcio, cada uno con el asesoramiento de su letrado, **un** acuerdo de división de los **bienes comunes** habidos entre ellos,

15. Lo siguen siendo en el *Código actual* (art. 1996).

16. Estas normas también se aplicarían al automotor si se entendía, bajo el régimen anterior, que al disolverse la sociedad conyugal por divorcio se constituye un condominio sobre las cosas gananciales (Mazzinghi, Méndez Costa).

para someterlo a homologación judicial luego del dictado de la sentencia de divorcio.

Que en dicho acuerdo los cónyuges hayan tenido en cuenta como ganancial un inmueble que, en realidad, por imperativo legal, era propio constituyó un simple descuido, no un error grave, pues, desde un origen, ese bien era de cotitularidad de ellos en condominio por partes iguales, situación que lo dejaba equiparado, a los efectos prácticos, a uno ganancial tras la disolución de la sociedad conyugal en vida de ambos (sea en su consideración *ut singuli* o *sub especie universitatis*, según se adopte respectivamente la teoría del condominio o de la universalidad jurídica).

Respecto de ese bien propio en condominio, una vez vigente la Ley de Divorcio Vincular, no era necesario que aguardasen la homologación judicial del citado acuerdo partitivo para adjudicarlo en exclusiva propiedad a Liliana. La adjudicación anterior a dicha ley, con una compensación a favor del adjudicante o una renuncia de este a reclamarla, era cuestionada por una parte de la doctrina, que entendía vigentes las prohibiciones de los artículos 1358 y 1807 inciso 1º del CC Vélez.¹⁷ Sin embargo, los excónyuges decidieron aguardar la homologación judicial para que el acuerdo surta plenos efectos entre ellos. Es que, si una de las adjudicaciones era el correlato o contraprestación de la otra, efectuadas ambas en dicho acuerdo, era razonable que esperaran la homologación. Y también es que muy mal posicionados hubiesen quedado ambos si, luego de llevada a cabo la adjudicación del bien propio, el juez del divorcio no hubiera hecho lugar a la solicitud de homologación respecto del bien ganancial.

Habiendo finalizado su proyecto de vida en común, es de toda lógica que también quieran poner fin a la o las comunidades de bienes de las que son parte, con independencia de si estos son propios o gananciales y si la comunidad recae sobre un bien concreto o sobre un conjunto de bienes.

En este caso, ambos bienes eran de los dos cónyuges, por partes iguales –el inmueble, por haber sido adquirido en su soltería en condominio en esas proporciones, y el automotor, por ser ganancial en estado de indivisión postcomunitaria–, por lo que la calificación en propios o gananciales no tenía relevancia a la hora de su reparto. Lo que pudo importar era si se trataba de la vivienda del no adjudicatario que habitara allí con hijos menores o incapaces, a los efectos de la eventual ulterior exigencia del asentimiento para el caso de disposición del bien por el adjudicatario mientras subsistiera esa situación habitacional (art. 1277).

17. Ver MÉNDEZ COSTA, María J., ob. cit. (nota 4).

En este caso, los cónyuges, para evitar un litigio y despejar las incertidumbres propias de los estados de indivisión, transaron en lo relativo a la forma y contenido del acto partitivo de esos bienes comunes a ambos. El acuerdo versó sobre materia patrimonial, la cual es por regla libremente disponible. Siendo cada adjudicación el correlato de la otra, las cláusulas que las contenían eran indivisibles (art. 834) y mal hubiese podido el juez del divorcio homologar solo la parte que refería al bien ganancial (automotor).

Carecía de sentido dividir el condominio sobre el bien propio a través de una acción autónoma que diera andamiaje a una partición mixta, conformada por el acuerdo entre los condóminos y su ulterior homologación judicial (art. 1184 inc. 2º), dado que tal acción hubiese sido acumulada a la de liquidación de la sociedad conyugal, y viceversa (art. 87 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [CPCCN]). Obvias razones de economía procesal justificaban la promoción de ambas acciones en forma conjunta, bajo un mismo expediente judicial. Además, el artículo 8 inciso p) de la Ley 21180 de Creación y Organización de los Tribunales de Familia de la Capital Federal les atribuye competencia a estos para entender en “toda cuestión conexas” con el divorcio, siendo difícil no entender que en el caso traído a consulta la división del condominio que recaía sobre el bien propio era, para los cónyuges peticionantes, un efecto derivado del divorcio. En definitiva, desde el punto de vista procesal, el juez del divorcio admitió lisa y llanamente su competencia para intervenir y resolver en la división de bienes planteada en el escrito de inicio por quienes fueron las partes del proceso; y no faltaron razones de economía procesal para que decida en ese sentido, lo que quedó plasmado en una resolución pasada en autoridad de cosa juzgada, exigencia ineludible de la seguridad jurídica.

El convenio regulador del divorcio contenía, pues, un acuerdo de división de los bienes tenidos en común por los excónyuges. Parafraseando a la doctora Méndez Costa, en la citada nota al fallo de la Sala A, no hay duda de que lo que pretendieron los cónyuges, lo que quisieron de mutuo acuerdo, era transformar sus porciones alícuotas en bienes íntegramente atribuidos a cada uno. Tal fue la **única causa** de dicho convenio, el que indudablemente no puede escindirse en dos contratos unidos jurídicamente con dependencia recíproca, o en dos contratos materialmente unidos de manera externa por estar contenidos en un único escrito. No cabe, pues, visualizar de un lado una división de gananciales y del otro una del condominio que recaía sobre el bien propio, pues la causa única que movió a los cónyuges en proceso de divorcio fue cristalizar en bienes concretos los que tenían en comunidad, fuera *sub specie universitatis* o *ut singuli*. De un lado y del otro hubo adjudicaciones, no actos jurídicos separados.

No se trató entonces de una “transferencia del 50% propio en compensación” cuya forma se incumplió, como sostuvo la escribana CG, que, de tal manera, cuestionó el obrar profesional de la colega que la precedió. Tal transferencia, además, no podía tener lugar en la ley sino solamente en el mundo de las palabras, no coincidente, va de suyo, con el discurso jurídico. En este, tal transferencia no existe, pues la ley le resta tal efecto al acto al establecer como su consecuente el efecto meramente **declarativo** para “cualquier acto a título oneroso” que “hubiera cesado la indivisión absoluta, pasando la cosa al dominio de uno de los comuneros” (art. 2696 CC).

Pero predicar el efecto declarativo de la división no es lo mismo que comprender sus alcances. Si la ley impone considerar al excondómino adjudicatario como que hubiese sido, desde que se incorporó a la indivisión, propietario exclusivo de la cosa (art. 2695), mal pudo el adjudicante transmitirle esta (por una parte indivisa) en momento posterior alguno a tal incorporación o formación de la comunidad.

Cumplida una de las formas impuestas por la ley admitidas para la división de las herencias, aplicable, como se dijo, a la liquidación de los gananciales y también a la división del condominio, no cabe objetar el referido convenio –el que, reiteramos, es un único contrato y no dos contratos unidos– por una cuestión relacionada con el elemento exterior del acto jurídico.

4. Conclusión

No es objetable el título pasado ante la escribana consultante, pues el antecedente inmediato que le fuera cuestionado, documentado privadamente y homologado por instrumento público judicial, no contiene un acto con finalidad traslativa de un bien propio, el que, de ser tal, hubiese requerido necesariamente la forma de escritura pública, sino que consiste en una división de bienes comunes llevada a cabo a través de una partición mixta, que es una de las formas legalmente impuestas admitida para el acto partitivo.

Un interesante antecedente de publicidad registral

Los *horoi* en el derecho griego clásico de los siglos V a III a. C.

Héctor B. Slemenson

RESUMEN

Breve ensayo acerca de los *horoi*: estructuras de piedra utilizadas en la Grecia clásica para informar al público que aquellos fundos en los que se ubicaban se encontraban afectados por sus propietarios como garantía del cumplimiento de obligaciones por préstamos de dinero, detallando en forma somera los datos del inmueble, el acreedor, el deudor y el monto de la deuda. Una ingeniosa propuesta de publicidad registral inmobiliaria en el mundo antiguo.

PALABRAS CLAVE

Derecho registral; historia de la publicidad registral; Grecia clásica; helenismo; *horoi*; hipoteca.

Recibido: 13/7/2022

Aceptado: 20/7/2022

Publicado online: 22/11/2022

Un muy interesante caso de publicidad registral inmobiliaria de la Grecia clásica (entre los siglos V y II a. C.) se pudo observar a partir del descubrimiento, en la campaña griega, de los *horoi*. Originalmente, los *horoi* eran mojones de piedra que demarcaban los límites de los campos entre los linderos. Aproximadamente para el año 400 a. de C., los atenienses comenzaron a utilizarlos con otro fin. En caso de que los fundos fueran afectados por sus propietarios como garantía del cumplimiento de obligaciones por préstamos de dinero, en estos monolitos se comenzó a grabar inscripciones que informaban al público de dichas circunstancias, detallando en forma somera los datos del inmueble, el acreedor, el deudor



y el monto de la deuda. Estos monolitos se colocaban en las entradas o en lugares bien visibles del fundo, para el mejor conocimiento público de estas circunstancias.

La hipoteca, como gravamen de garantía sobre un inmueble, no fue conocida en el Ática antes del siglo V a. C. De hecho, no se encontraron vestigios de este contrato antes de la guerra del Peloponeso, y tuvo muy poco uso antes del siglo mencionado.¹ Y ello fue así porque, antes de dicha guerra, existía el tabú o prohibición de enajenar la tierra. Esto cambió luego de las desastrosas consecuencias que la guerra trajo para las ciudades y las plagas que sufrieron los campos. Solón, designado poco después del año 600 a. C. como legislador con poderes extraordinarios, prohibió garantizar el pago de las obligaciones con las personas o sus familias, y, al mismo tiempo, fue cayendo en desuetudo dicho tabú de la enajenación de tierras, empezando a usarse la garantía real que mencionamos. No es que no existiera la garantía real de la tierra, sino que casi no se utilizaba dicho sistema, pero, luego de la prohibición de Solón, fue prácticamente el único modo de los campesinos y aristócratas de garantizar los préstamos que tomaban.

Los arqueólogos han encontrado más de doscientos cincuenta monolitos de esta especie en la zona del Ática y en cuatro islas egeas dependientes de Atenas, todos ellos grabados entre los años 400 y 250 a. C. Aproximadamente ciento ochenta se encuentran en estado de ser analizados.

Un *horos* típico, aunque uno de los más detallados, dice, más o menos, lo siguiente:

...[en el arcontado] de Praxíbulo [es decir, 315-314 a. C.] *horos* de la tierra y casa presentadas como fianza a Nicógenes de [el demo de] Aixones, 420 [dracmas] según el acuerdo celebrado con Cleredemo de [el demo de] Ramno...²

Pocas inscripciones eran tan completas. Algunas mencionaban solo la deuda, o el nombre del acreedor, o del deudor. Pero siempre se mencionaba el monto garantizado. En algunos, más completos, se mencionaba incluso la superficie del fundo gravado. No figuraban las fechas, ni el plazo, ni el interés, que generalmente estaba subsumido en el capital, y algunas veces ningún otro dato más que el monto garantizado con el inmueble.

1. FINE, John V. A., *Horoi: Studies in Mortgage, Real Security, and Land Tenure in Ancient Athens*, Athens, American School of Classical Studies, 1951 (Hesperia Supplement series, v. 9). (N. del E.): Ver [aquí](#); última consulta: 21/9/2022.

2. FINLEY, Moses I., *La Grecia antigua. Economía y sociedad*, Barcelona, Crítica, 1985 (colección "Biblioteca de Bolsillo"), pp. 95-96.

Es muy probable que, tratándose de sociedades pequeñas, y perteneciendo las tierras a un grupo social aún más chico, el resto de los datos fuera conocido públicamente por los ciudadanos, pero lo cierto es que con la existencia de los *horoi* era suficiente para informar sobre la existencia y algunos datos del gravamen sobre el predio.

Si bien los *horoi* publicitaban el gravamen que pesaba sobre la propiedad, generalmente no informaban sobre el negocio subyacente y, en general, no tenían un propósito crematístico.³

Los contratos o actos jurídicos que se garantizaban, generalmente, eran préstamos no comerciales (se encontraron préstamos para rescatar soldados prisioneros o convertidos en esclavos) o, a veces, de casos de personas designadas para administrar bienes de menores huérfanos que no querían o no podían hacerlo y pasaban esa administración a terceros, que daban garantía de buena administración, y los casos de dotes que se otorgaban a las hijas en caso de matrimonio. Como en el caso de fallecimiento de estas hijas sin dejar descendencia la dote volvía al padre, este se garantizaba dicha devolución constituyendo un gravamen sobre un fundo de su yerno que caducaba al momento del nacimiento de un nieto de su hija.

Ello porque en la antigua Grecia ática prácticamente no existía el mercado inmobiliario. La tierra no era una mercancía relevante, a tal punto que no existían vocablos para las palabras “bienes inmobiliarios” y tampoco para los conceptos “vendedor de bienes inmobiliarios” ni “agente inmobiliario”, como sí existía para el vendedor de perfumes o de granos o de pan. No existía ningún registro de la propiedad de las tierras ni de los gravámenes que pudieran existir sobre las mismas.

Y esta fue una forma práctica de solucionar el problema de la publicidad registral inmobiliaria de los ciudadanos griegos de las polis de la época clásica.

3. Ibidem, pp. 85-102. Ver también PALAO HERRERO, Juan, *El sistema jurídico ático clásico*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 2018 y ss.

